

de REVISTA
ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

NUMERO

38

JULIO-DICIEMBRE

1 9 7 9

INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA
SECCIÓN DE DERECHO MILITAR

CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ESCUELA DE ESTUDIOS JURIDICOS DEL EJERCITO

Consejo Asesor de la Revista:

Eduardo de No Louis, José M.^a Rodríguez Devesa
y Francisco Morales Souviron

Director de la Revista:

Francisco Jiménez y Jiménez - *General Auditor*

Secretario - Administrador:

Benito Egido Trillo-Figueroa - *Capitán Auditor*

Consejo de Redacción:

Juan Miranda González - *Coronel Auditor*
Javier Sánchez del Río y Sierra - *Tte. Coronel Auditor del Aire*
Jesús Valenciano Almoyna - *Tte. Coronel Auditor*
Pablo Casado Burbano - *Comandante Auditor*
Juan Gonzalo Martínez Micó - *Comandante Auditor*
Antonio Mozo Seoane - *Capitán Auditor de la Armada*
Arturo Beltrán Núñez - *Capitán Auditor*
Antonio Millán Garrido - *Capitán Auditor*

Corresponsales regionales:

1.^a Región Militar - Jesús Valenciano Almoyna
2.^a » » - Antonio Millán Garrido
3.^a » » - José Paláu Gimeno
4.^a » » - Antonio Martí Coll
5.^a » » - Eduardo Fuembuena Ferrández
6.^a » » - Gonzalo Gutiérrez Lanza
7.^a » » - Virgilio Peña Peña
8.^a » » - Adolfo Seirul-lo García-Alvarez
9.^a » » - Juan Aliaga Morell
Canarias - Pablo Matos Martín
Baleares - Antonio Martínez y Eduardo Calderón

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

Suscripciones:

Precio del ejemplar para el suscriptor: 400 pesetas.

Para números atrasados y colecciones completas, dirigirse
a la Administración o corresponsales de la Revista.

DD

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA

SECCION DE DERECHO MILITAR



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

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

N U M E R O

38

MADRID
Julio - Diciembre
1979

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
ISSN 0034 - 9399

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

SUMARIO

ESTUDIOS

«La evolución histórica de la Jurisdicción penal militar en España», por NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO	9
«Las Fuerzas Armadas en la Constitución española» (Esbozo de una construcción institucional), por FEDERICO TRILLO-FIGUEROA M.-CONDE	67
«La expropiación forzosa en el Ejército de Tierra», por PABLO MATOS MARTÍN	105
«Los secretos militares en su aspecto penal», por RAMÓN BLECUA FRAGA	163

RECENSIONES DE LIBROS

«Revista Argentina de Derecho Militar», núm. 0. Buenos Aires, 1979	183
---	-----

NOTICIAS

VIII Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra	187
Premio Ciardi 1982	190

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar ...	191
--	-----



Estudios

LA EVOLUCION HISTORICA DE LA JURISDICCION PENAL MILITAR EN ESPAÑA (*)

Por Nicolás GONZALEZ-DELEITO Y DOMINGO

Profesor Numerario de Derecho Procesal
de la Universidad Complutense de Madrid

INTRODUCCION

En el ámbito del Derecho Militar, nuestros tratadistas o ensayistas y nuestros compiladores de textos legales han guardado silencio sobre muchos de sus aspectos históricos. Más interesados en demostrar la sustantividad del Derecho marcial o en exponer la legislación dotada de vigencia en el mundo de las armas, sólo han dedicado referencias sintéticas al pasado de los órganos jurisdiccionales castrense. A lo sumo, cuatro o cinco nombres podrían constituir la excepción: José Antonio Portugués, que en los años de 1764 y siguientes publica la «Colección General de las Ordenanzas Militares, sus innovaciones y aditamentos» (1); el profesor Joaquín Marín Mendoza, autor de la «Historia de la Milicia Española desde las primeras noticias que se tienen por ciertas hasta los tiempos presentes», cuya publicación se inicia en 1776 (2); Antonio Vallecillo, a quien se deben

(*) El trabajo de tan ilustre Profesor de la Universidad Complutense constituye su Tesis Doctoral y estimamos que la publicación del mismo ha de ser de gran interés para los lectores de la Revista, dado su vigor y actualidad.

(1) JOSE ANTONIO PORTUGUÉS, Caballero del Orden de Santiago, Comendador de Villarrubia de los Ojos en la de Calatrava, del Consejo de S. M. y su Secretario con ejercicio en la primera Mesa de la Secretaría de Estado y del Despacho Universal de la Guerra: *Colección general de las Ordenanzas Militares, sus innovaciones y aditamentos*. Diez tomos, años de 1764 y sigs., Madrid, Imp. de Antonio Marín.

(2) JOAQUÍN MARÍN MENDOZA, Abogado de los Reales Consejos y del Colegio de esta Corte, Catedrático del Derecho Natural y de Gentes en los Reales Estudios de San Isidro e Individuo de la Real Academia de la Historia, etc.: *Historia de la Milicia española desde los primeros tiempos que se tienen por ciertos hasta los tiempos presentes*. Madrid, 1776 y sigs.

trece tomos de «Legislación Militar antigua y moderna», que sin comentarios fundamentales ven la luz en los años de 1853 a 1856 (3); Alejandro de Bacardi, que entre 1851 y 1884 enriquece la bibliografía militar con tratados y apéndices de Derecho castrense y un Diccionario de Legislación (4), y el Auditor Martínez de la Vega, que en Zaragoza, y en 1912, da a las prensas sus investigaciones sobre «El Derecho Militar en la Edad Media: Fueros Municipales» (5), brindándonos como impresión resumidora de su estudio, la seguridad de que nuestra Edad Media no ha conocido órganos jurisdiccionales militares *stricto sensu*, sino que unos mismos Jueces y Tribunales —los de la Jurisdicción ordinaria— aplicaban unas veces las leyes comunes y otras las especiales de carácter marcial. Aparte de estos cinco autores, pueden ser citados como investigadores del origen y evolución de la vida judicial militar algunos juristas que han publicado ensayos, monografías o artículos en la *Revista de Derecho Militar*, fundada en Madrid el año de 1956 (6). Fuera del ámbito castrense, los historiadores del Derecho español (historiadores por vocación y profesión) han insertado en sus obras, dentro de la complejidad de su labor, esquemas expositivos de materias marciales, facilitadores de una investigación especializada (7).

Penetrar en la historia de la Jurisdicción penal militar española tiene, en cierto modo y en lo afectante a ordenada exposición de su desarrollo evolutivo, todo el riesgo y misterio inicial del internamiento en una selva virgen. Nadie ha estudiado hasta el presente, con mancomunado afán de historiador y de jurista, la total vida pretérita de nuestras Instituciones judiciales castrenses. No pretendo afrontar una responsabilidad tan grave. Atinadamente, el profesor García-Gallo ha escrito: «El método de la Historia del Derecho resulta de combinar los métodos pe-

(3) *Legislación Militar de España Antigua y Moderna*, recogida, ordenada y recopilada por don ANTONIO VALLECILLO. Madrid, Establecimiento tipográfico de T. Fortanet, Madrid, años de 1853 y sigs., trece tomos.

(4) ALEJANDRO DE BACARDI: *Nuevo Colón; o sea, Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*. Barcelona, 1851. *Apéndice al nuevo Colón; o sea, Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*. Barcelona, 1858. *Diccionario de Legislación Militar*. Barcelona, 1884.

(5) JUAN MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRI: *El Derecho Militar en la Edad Media. España. Fueros Municipales*. Zaragoza, Oficina tipográfica de Pedro Carta, año MCMXII.

(6) FAUSTINO MUGA LÓPEZ: *Revista Española de Derecho Militar*, números 1 y 2, Madrid, 1956. SALVADOR ESTEBAN RAMOS: *Idem*, núm. 11, Madrid, 1961. SEBASTIÁN MONTSERRAT ALSINA: *Idem*, núm. 21, Madrid, 1966.

(7) HINOJOSA, E. DE: *Historia del Derecho español*. Tomo I y único, Madrid, 1887. MINGULJÓN, S.: *Historia del Derecho español*. Cuadernos I a XII, años de 1926 a 1934, editados en Zaragoza. TORRES LÓPEZ, M.: *Lecciones de Historia del Derecho español*. Salamanca, 1933-34 y 1935-36. GARCÍA GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid, 1964.

culiars de la Ciència històrica i de la Ciència jurídica de una manera pròpia i característica. Quan esta combinació de mètodes no se lleva a cabo con la debida ponderació, el resultat de los estudios se resiente de ello y se dice entonces que un trabajo sobre instituciones es, según el caso, más histórico que jurídico, o viceversa» (8). ¿Es posible el equilibrio? La función de historiador no es constitutiva de un simple narrar. Quiérase o no, sobre el sentido de relato acaba prevaleciendo el de interpretación. Y el jurista, aun queriendo limitarse a una exposición de datos, no puede liberarse de su más íntima significación espiritual. Como ha dicho Sartre en «*La nausée*», «cuando el Derecho se apodera de un hombre, no hay exorcismo que pueda expulsarlo» (9). Es el mismo recién citado profesor García-Gallo quien puntualiza a tal respecto: «Es evidente que toda investigación o exposición que no se reduce a enumerar datos, sino que trata de ordenarlos o de reconstituir y dar vida al pasado y explicar su evolución o su significado, aunque su autor crea otra cosa, y por mucho que se esfuerce en ser objetivo es, en sí, una hipótesis o interpretación personal más o menos cierta o probable, lo que suele llamarse una teoría» (10).

En primer término, debe señalarse que la palabra *jurisdicción* va a emplearse, a veces, con un sentido convencional, un tanto alejado de las concepciones jurídico-procesales contemporáneas. La consagración del concepto de Jurisdicción como poder y función de declarar el Derecho, de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (como en el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870), de desarrollar actividades procesales con absoluta independencia de la Administración, es una conquista reciente. Históricamente, Jurisdicción indica potestad decisoria, enjuiciamiento, *ius puniendi*, ejercicio de diversas funciones, pero sin independencia de la Administración. Como muy bien advierte Eugene Petit (11), «la separación entre las autoridades administrativas y judiciales, tan cuidadosamente establecida en nuestro Derecho moderno, era desconocida en la mayor parte de los pueblos antiguos y, sobre todo, entre los romanos». (Y precisamente el Derecho militar romano inspira la organización de los ejércitos en nuestra Edad Media, sobreviviendo —en muchos aspectos— a la extinción del dominio de Roma en España.) Por lo demás, aun en nuestra época, el concepto de Jurisdicción resulta un tanto complicado —si ha

(8) GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. III.

(9) SARTRE, JEAN-PAUL: *La náusea*. Trad. esp. de Aurora Bernárdez. Buenos Aires, 8.ª ed., 1966, pág. 93.

(10) GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. XI.

(11) PETIT, EUGENE: *Tratado Elemental de Derecho romano*. Madrid, 1926, trad. española del profesor Ferrández, pág. 638.

de procederse con criterio de exactitud— en el ámbito marcial. Las supremas autoridades militares no sólo son autoridades jurisdiccionales, sino también autoridades administrativas (vgr.: arts. 7.º ; núm. 2, y 8.º, núm. 2 de la Ley de 17 de julio de 1948, sobre Conflictos entre Jurisdicción y Administración). Y el funcionamiento de los órganos enjuiciadores conserva los reflejos históricos de épocas en que era difícil, cuando no imposible, la diferenciación de «mandar» y «juzgar». «Quien manda debe juzgar», es principio proclamado por el Derecho bizantino o romano-oriental (12) y por el régimen cesarista de Francia bajo Luis XIV (13).

En segundo término, la imprescindibilidad de los ejércitos permanentes, no sólo en tiempos pasados, sino también en el actual, justifica la existencia y subsistencia de una Jurisdicción penal militar. Los peligros de un ejército sin Justicia, sin organización judicial *ad hoc*, se han puesto constantemente de relieve, tanto por militares como por juristas (14). Por ello, si bien la Jurisdicción es especial en algunos aspectos, tiene, como función permanente, cierto sentido de jurisdicción ordinaria (de *ordo, ordinis*), de jurisdicción estable. Resulta obligado —y justo— resaltar que ha sido el profesor Prieto-Castro, entre los procesalistas de nuestro país, quien ha puntualizado este carácter de posible «jurisdicción ordinaria con matices especiales» en la función judicial castrense: «Únicamente con referencia a la Justicia militar puede hablarse de una jurisdicción especial, *no porque la actividad que la misma realiza no sea la que hemos visto que es propia de esta función* (Jurisdicción), sino porque, frente a la que no es militar, presenta diversas notas propias, de las que indicaremos las más salientes. En primer lugar, no se ejerce por Magistrados (aún: todos los Jueces militares no son peritos en Derecho) ni sobre la generalidad de los ciudadanos (salvo en casos excepcionales bélicos o de extrema gravedad); en segundo lugar, es sólo penal (con alguna salvedad...); en tercer lugar, no se extiende —en tal orden punitivo— más que a determinados delitos que se imputan a ciertas personas y que se han cometido en tiempo y lugares concretos; y por último, la aplicación de las normas penales no persigue (en tiempos de normalidad), di-

(12) Prof. DIEHL, CHARLES: *Grandeza y servidumbre de Bizancio*. Traducción española de Augusto E. Lorenzana, Madrid, 1963, págs. 44 y 45.

(13) MARTÍNEZ DE LA VEGA, J.: *Ob. cit.*, notas documentales.

(14) MONTSERRAT ALSINA recuerda el *Discurso en que trata del cargo de Maestro de Campo general*, publicado en 1603 por el Capitán CRISTÓBAL LECHUGA, en que éste afirma: «Un Ejército sin Justicia es como un bosque de ladrones» («El Ejército Real y la Jurisdicción de Guerra; estado de la Justicia Militar en España durante el reinado de la Casa de Austria», en *Rev. Esp. de Derecho Militar*, núm. 21, Madrid, 1966, pág. 23).

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

rectamente, la defensa de la sociedad entera contra el delito, sino la protección de los derechos, intereses y categorías que importa defender para la conservación, disciplina y eficiencia de las fuerzas del Ejército y de las a ellas equiparadas» (15).

Interesa ahora el estudio de la vida pretérita de la Jurisdicción penal militar en España. Todo estudio histórico puede conducir —y, de hecho, conduce— a la fijación de postulados de posible invocación en la era presente. Hay un momento en que la historia vivida se fusiona, establece contacto con la historia viviente. Y no se sabe si la misión de historiar ha terminado ya o va a comenzar realmente entonces... Pero la idea de límite es imperativa para todo jurista. Y este trabajo se limita a una exposición de tipo histórico-jurídico, sin perjuicio de que al final —y sintéticamente— se formulen unas conclusiones congruentes con el momento actual. «Para comprender algo humano, personal o colectivo —dice Ortega y Gasset (16)— es preciso contar una historia. Este hombre, esta nación hace tal cosa y es así, porque antes hizo tal otra y fue de tal otro modo. La vida sólo se vuelve un poco transparente ante la razón histórica». Por ser así, va a intentarse, en esta Memoria, la exposición histórica de la organización jurisdiccional militar española. Sin duda, la Jurisdicción marcial existe y funciona hoy porque antes, en un pasado que la hace transparente, existió y funcionó también (aunque con otras características).

LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA ESPAÑA PRIMITIVA Y EN LA ESPAÑA ROMANA

Con criterios de rigurosa historicidad, no es posible una referencia exacta ni aproximada a la exactitud sobre un Derecho español primitivo, ni menos sobre un Derecho especial atinente a organización de ejércitos y jurisdicciones marciales. Goza de vigencia a este respecto la apreciación con que, en 1874, encabeza don José-María Antequera su «Historia de la legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días»: «La historia de la legislación propiamente dicha no puede ir a buscar sus orígenes en épocas tan remotas en que las conjeturas o las fábulas ocu-

(15) Prof. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal*. Parte I, tomo I, Madrid, 1952, Sáez, págs. 139 y 140. En parejo sentido, profesor GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*. Tomo I, pág. 280. Distingue este autor la función jurisdiccional ordinaria de la Jurisdicción militar (tiempo de paz) y la función jurisdiccional extraordinaria de la Justicia militar (Estado de Guerra).

(16) ORTEGA Y GASSET, J.: «Historia como Sistema». Madrid, *Rev. de Occidente*, 3.ª ed., 1958, pág. 49.

pan las más veces el lugar de la verdad, y de las que ninguna tradición se conserva en nuestras leyes antiguas ni modernas» (17). Recientes estudios como los de Adolf Schulten (18) y del profesor García Bellido (19) vienen a confirmar la inexistencia de datos fehacientes sobre aspectos tan interesantes de la España primitiva.

La organización militar de los primeros habitantes de la Península era, en extremo, rudimentaria. Los jefes estaban investidos de poderes absolutos y las penas más rigurosas y crueles eran impuestas sin previo enjuiciamiento. Los historiadores de nuestro Derecho hacen referencia a un régimen de «clientela militar», caracterizado por la obediencia ciega al jefe, por la obligación de éste de alimentar a la hueste y la desaparición de las tropas a la muerte del jefe (a quien sus soldados no pueden sobrevivir).

«Entre los españoles —escribe el profesor García-Gallo—, lo mismo que entre los celtas y germanos, muchos jóvenes guerreros se unen a un jefe valeroso y lleno de prestigio por sus hazañas y cualidades; para, formando una banda, ir, bajo su dirección, a robar sus riquezas a otros pueblos o a guerrear en otras partes». Como la vida del jefe es más interesante que la propia, el «cliente» muere cuando se extingue la vida del jefe. Está consagrado por la «devotio» y la obediencia ha de ser ciega (20).

Bajo fenicios, cartagineses y griegos, sí cabría una hipótesis menos arriesgada sobre existencia de instituciones judiciales militares.

Fenicios y cartagineses poseen una magistratura constituida por los llamados «suffetes» o «suffetos», con atribuciones políticas y judiciales. El mando supremo correspondía a un Jefe de Ejército y a los «suffetes». (Esta palabra significa, en realidad, Jueces; pero los griegos la tradujeron por «reyes» con alguna frecuencia, como destaca el profesor Aymard) (21).

García-Gallo considera los «suffetes» como magistrados tem-

(17) ANTEQUERA, JOSÉ-MARÍA: *Historia de la Legislación española desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*. Madrid, Imprenta a cargo de D. R. P. Infante, 1874, pág. 13.

(18) SCHULTEN, ADOLF: *Los cántabros y astures y su guerra con Roma*. Traducción española, 1962. Madrid (Espasa-Calpe), 250 págs. *Tartessos*. Traducción española de José M. Sacristán, Madrid, 1971, 295 págs.

(19) Prof. GARCÍA BELLIDO, A.: *La España del siglo I de nuestra Era* (según P. Mela y C. Plinio), Buenos Aires, 1947. *España y los españoles hace dos mil años* (según la Geografía de Strabon), 4.ª ed., Madrid, 1968, 301 págs., la primera obra, y 270, la segunda.

(20) Prof. GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, págs. 492-3.

(21) Prof. ANDRÉ AYMARD: *Roma y su Imperio* (en colaboración con JEANNINE AUBOYER), trad. esp. del profesor E. Ripoll Perelló, 2.ª ed., Barcelona, 1962, pág. 41.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

porales y electivos (el pueblo los designa por sufragio, para ejercicios anuales) (22).

La organización judicial griega, vigente en las colonias helénicas de la Península, ha sido estudiada entre nosotros por el doctor Casimiro Pérez García, en su tesis sobre «Organización judicial de Atenas: los diotetes, los heliastas, el aerópago, los efetas. Comparación y juicio crítico del procedimiento egipcio y el ateniense» (Madrid, 1878).

Grecia conoce, al lado de los *arcontes*, titulares de jurisdicción ordinaria, los *estrategas*, encargados de la instrucción de todos los procesos relativos a delitos militares, tales como desertión, abandono de la escuadra por sus tripulantes, inacción de ésta durante un combate naval y, por último, les correspondía convocar y presidir el Tribunal juzgador de dichas infracciones penalmente relevantes (23).

Resulta sensible desconocer la legislación del reino de Tartessos. Sólo se sabe que han regido leyes tartessias, redactadas en forma métrica, de seil mil años de antigüedad, «testimonio seguro —dice Schulten— de la cultura espiritual más antigua de Occidente» (24). Para el profesor Aymard, Tartessos es «el primer intento de fundar en la Península un Estado organizado». Su destrucción por los cartagineses hacia el año 500 antes de Cristo —según García-Gallo—, o entre 520 y 509 según Schulten (25), constituye, sin duda, una de las tragedias más lamentables desde todos los puntos de vista culturales, en especial los jurídicos.

JURISDICCIÓN MILITAR EN LA ESPAÑA ROMANA

La dominación romana en España, iniciada en el año 206 antes de Jesucristo y finalizada en el 409 de la Era cristiana, supone, tanto por razón de conquista como por inexistencia de un Derecho propiamente español —uniforme y viable—, la vigencia del Derecho de Roma en nuestro país. Como muy bien afirma el profesor García-Gallo (26), «la administración de justicia o la represión penal por las autoridades romanas desplazaron las cos-

(22) Prof. GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. 498.

(23) PÉREZ GARCÍA, CASIMIRO: *Organización judicial de Atenas: los diotetes, los heliastas, el aerópago, los efetas. Comparación y juicio crítico del procedimiento egipcio y el ateniense*, tesis doctoral leída el 15 de diciembre del año de 1878, Madrid, 1878, pág. 30.

(24) SCHULTEN, ADOLF: *Tartessos*. Madrid, 1971, trad. de José M. Sacristán, págs. 229 y 230.

(25) Prof. AYMARD: *Ob. cit.*, pág. 290. Prof. GARCÍA-GALLO: *Ob. cit.*, pág. 38. SCHULTEN, A.: *Ob. cit.* en nota anterior, pág. 125.

(26) Prof. GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. 49.

tumbres procesales y penales españolas». Por ser así, la dominación romana lleva aparejada la existencia en España de una Jurisdicción penal militar, en consonancia con las instituciones castrenses del ocupante. Piero Stellacci ha escrito: «*La giurisdizione penale militare-assurta a vero e proprio istituto giuridico nel diritto romano-é fenomeno di ogni tempo e, attualmente, quasi di ogni paese...*». Y funda su apreciación histórico-jurídica en un pasaje del título XVI del Libro XLIX del Digesto: «*Militum delicta sive admissa aut propria sunt aut cum ceteris communia: unde et persecutio aut propria aut communis est*» (26 bis).

Pablo Krüger, en su «Historia, fuentes y literatura del Derecho romano», no sólo se refiere al interés de los jurisconsultos romanos por las cuestiones militares (vgr.: Tarruntero Paterno, primer autor de un tratado sobre *Jus militare*; Arrio Menander, autor de cuatro libros de *Re militarii*; Paulo, autor de diversas monografías, bajo el título *De poenis militum*, etc.), sino que también cita los principales textos de Derecho Militar: *Digesta*, de Celso y Juliano; *Constitución imperial*, de Teodosio II; *Código teodosiano* de 15 de febrero del año 438, cuyo libro I se titula *Res militares*; el Libro XII de las *Constituciones*, de Justiniano; el *Código* de este mismo emperador [(XII, XIII)], y la *Nove-la* 162 (27).

Teodoro Mommsen, en su «Derecho Penal romano», afirma que la Jurisdicción militar era ejercida por los Tribunos de las legiones y estaba delegada de una manera general en los Oficiales. Los Generales, en caso de convicción personal de delitos, pueden castigar «sin ninguna forma de proceso». La Jurisdicción militar se basa en la necesidad de reprimir *secundum disciplinam militarem*, estando dotado de preferencia para juzgar el Tribunal del lugar del delito (C. Th., 9,7,9). Los Tribunales militares conocen y juzgan de los delitos de desertión, abstención de concurrencia a alistamientos para el servicio militar, desobediencia, huida del campo de batalla, tránsito a zona ocupada por el enemigo y delitos perpetrados por soldados en el servicio o con ocasión de él, salvo si la víctima del hecho criminoso era persona civil. (En tal supuesto, se consideraba excesiva la intervención de la Justicia Militar) (28).

(26 bis) STELLACI, PIERO: «Giurisdizione Penale Militare», en *Novissimo Digesto Italiano*. VII, Turín, 1957, págs. 1073 a 1079.

(27) PABLO KRÜGER: *Historia, fuentes y literatura del Derecho romano*. Madrid, La España Moderna, S. A., págs. 123, 131, 179, 188, 194, 209, 242, 253, 257, 269, 312 y 318. Vid. YELA UTRILLA, JUAN F.: *Literatura latina*. Lérida, 1927, págs. 41, 172, 173, 181, 182, 183 y 235.

(28) MOMMSEN, T.: *Le Droit pénal romain*, trad. del alemán al francés por J. Duquesne, profesor de la Facultad de Derecho de Grenoble. Tomo I, París, 1907, págs. 29 y sigs. 36, 37, 47, 48, 49, 51, 337 y sigs., 364.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

El mismo autor, en su *Derecho Público Romano* dice que el ejercicio de jurisdicción criminal puede ser contemplado como «parte integrante del *imperium* militar». Cita a los tribunales militares y a los *praefecti socium* como ejercientes de la misma (DIG. 49,16,12,2) y afirma que, en algunos casos, la autoridad jurisdiccional militar aparece asistida por un *Consilium* de magistrados (28 bis).

En tres autores españoles de Derecho Militar —Colón de Larriategui (29), Feliú de la Peña (30) y Guzmán (31)— se hallan referencias a los antecedentes romanos de la Jurisdicción militar. El primero cita los títulos *De re militari*, *Officio militarium iudicum*, *Officio magistri militum* y *Apparitoribus magistrorum militum*, del *Codex* y del *Digesto*; recordando seguidamente al emperador Constantino por haber transferido al *Magister Militum* la potestad jurisdiccional que el Prefecto del Pretorio tenía sobre los soldados. El segundo ve también en la decisión de Constantino sobre ejercicio de la jurisdicción por el *Magister militum* la existencia indubitada de una Justicia Militar auténtica. Y el tercero, invocando la ley 18, párrafo tercero, de *De re militari*, del *Codex*, resalta cómo el cargo de General lleva anexo el de Juez, y cita al *Magister militum* como sucesor del Prefecto del Pretorio en el ejercicio de la jurisdicción marcial, y a los *apparitores* como encargados de la ejecución de las sentencias.

El profesor Manuel Marín Peña ha publicado en 1956 un estudio sobre *Instituciones militares romanas*. La obra trata de los mandos superiores e inferiores, de la organización, encuadramiento, servicios, duración de éstos, disciplina, orden de combate, marchas, campamentos, armamento, intendencia, sanidad, voluntariado, etc. Y hay en ella también ciertas referencias a la Jurisdicción militar romana. Puede ésta juzgar de delitos militares y comunes perpetrados por soldados y oficiales. Se consideran delitos comunes los de robo en campamento, falso testimonio y «delitos contra las buenas costumbres». Y se califican de militares los delitos de cobardía, abandono de guardia, abandono de armamento en combate, desertión, sedición y facilitación de informes falsos. El mando militar lleva aparejado la

(28 bis) MOMMSEN, T.: *Le Droit public romain*, trad. del alemán al francés por el profesor Paul-Frederic Girard, de la Universidad de Montpellier, París, 1887, tomo I, págs. 135 y sigs., 142 y 346 a 361; y tomo II, París, 1892, pág. 74.

(29) COLÓN DE LARRIATEGUI, FÉLIX: *Juzgados Militares de España y sus Indias*. Tomo I, Madrid, 1817, págs. I a XVI.

(30) FELIÚ DE LA PEÑA, FRANCISCO: *Fundamentos de un nuevo Código Militar*. Barcelona, 1850, pág. 37.

(31) GUZMÁN, ANTONINO: *Tratado Elemental del Derecho Militar y nociones de Derecho Internacional durante la guerra*. Valladolid, 1882, páginas 7, 85 a 89.

coertio o poder punitivo. Bajo la República, los cónsules reciben el nombre de *praetores* y ejercen alto mando, y los Comandantes en jefe pueden imponer castigos capitales, como también los Tribunos (por sí, en casos leves y, con autorización del General, en los graves). En el Imperio, la jurisdicción capital (*Ius gladii, potestas gladii*) sobre los soldados corresponde al Senado; aunque, de hecho, la ejerce el Príncipe —en cuyo nombre actúan los Gobernadores de provincias imperiales, a partir del siglo I, y los de todas las provincias o territorios por igual, desde el siglo III—. También ejercen jurisdicción, en delitos no capitales, el *Legatus legionis* y los Comandantes de los *Auxilia* («cohortes» de Infantería, «alae» de Caballería y *cohortes* mixtas de Infantería y Caballería, o *cohortes equitatae*). Finalmente, en el Bajo Imperio, Diocleciano separa el poder civil del militar y aparecen los *magistri militum* y los *magistri equitum*, jefes supremos, salvo el poder imperial, de la Infantería y la Caballería, respectivamente. Y Constantino despoja de atribuciones militares jurisdiccionales al prefecto del Pretorio y encomienda la jurisdicción a los *magistri armorum* o *magistri militum* (32).

Las normas preexpuestas sobre organización de la Justicia Militar rigen en España, donde se encuentra uno de los más importantes Ejércitos, como confirma Marín Peña (33).

Augusto, Trajano y Adriano promulgaron Ordenanzas Militares, pero no han llegado a nosotros, como tampoco los libros de Catón el Censor, Cornelio Celso, Frontino y Paterno (34).

Por el contrario, el *Epitome Institutionum Rei Militaris*, de Flavio Vegecio Renato, sí ha llegado a nosotros. En España se han publicado dos traducciones de esta obra —dedicada a Valentiniano II—: la de 1601, por el Capitán don Juan Venegas Quijada, y la de 1764, por el Cadete don Jaime de Viana. Interesante desde el punto de vista puramente militar, la obra carece de datos sobre Jurisdicción marcial (35).

(32) MARÍN PEÑA, MANUEL: *Instituciones Militares Romanas*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Patronato Menéndez Pelayo, Madrid, 1956, págs. 205, 224, 238 y ss., 339, 346, 107, 116, 117, 104, 105, 109-112.

(33) MARÍN PEÑA, M.: *Ob. cit.*, pág. 97.

(34) MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO: *Diccionario de la Administración Española*. Tomo VI, 6.ª ed.; voz EJÉRCITO: *Desarrollo histórico del Derecho Militar*, págs. 240, 249 y 250. MARÍN PEÑA, M.: *Ob. cit.*, pág. 107.

(35) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Ob. cit.*, páginas citadas. La última traducción española de la obra de VEGECIO lleva este título: *Instituciones militares de Flavio Vegecio Renato*. Traducidas del latín al castellano por don Jaime de Viana, Cadete del Regimiento de Reales Guardias de Infantería Española, Madrid, 1784, Imprenta Joaquín Ibarra.

LA JURISDICCION MILITAR EN LA EDAD MEDIA

La Edad Media española —como la europea en general— es una era caracterizada por el prevailecimiento de las empresas bélicas y de las manifestaciones teológicas. Muchas veces, lo religioso y lo guerrero aparecen fundidos. El castillo y el monasterio son los símbolos del Medievo. Las guerras son consideradas «santas» y los sentimientos religiosos son concebidos como expresión de lucha. Era de «Cruzadas» y de pugnas entre la Cruz y la Media Luna, entre el dogma (o los dogmas) y la herejía (o las herejías). Toda la vida es un combate constante, una tensión permanente. No obstante, las huestes (los *ejércitos*), por estimar suficiente el ímpetu guerrero y la organización de las batallas, renuncian a un atributo o privilegio de Grecia y de Egipto, de Roma y de Bizancio: el ejercicio de jurisdicción. El guerrero es hombre de lucha. Juzgar sólo incumbe a los Jueces. Y unos mismos Jueces —los ordinarios— ven y sentencian las causas por delitos comunes y los procedimientos por infracciones castrenses. A esta conclusión llega el Auditor don Juan Martínez de la Vega y Zegrí en su estudio «El Derecho Militar en la Edad Media: España-Fueros Municipales»: «No se observa tampoco en ellos (en los Fueros municipales) ninguna particularidad de jurisdicción; la cual, aun en campaña, conservaba su carácter civil y era ejercida por funcionarios de este orden, quienes asumían a la vez los mandos militares y juzgaban los delitos propios de la situación de guerra» (36).

El fenómeno parece general en Europa. El profesor Edouard Perroy (37) afirma que la monarquía franca, de origen bárbaro, es esencialmente militar y que, durante las hostilidades, «el menor desfallecimiento acarrea los castigos más severos»; pero que ello es compatible con una unidad jurisdiccional a cargo de un Cuerpo restringido. Cita las Ordenanzas de Carlos el Temerario (1473), que, en el final del Medievo, reflejan el espíritu de los diez siglos integrantes de la Edad Media (v a xv).

Con relación a España, Albert du Boys, autor de una «Historia del Derecho penal de España», traducida al castellano por José de Vicente Caravantes, dedica parte de su estudio a cuestiones de Jurisdicción y procedimiento, resaltando la existencia de autoridades judiciales concedoras de «toda clase de causas» (... *qui judicent causas totius populi*...). Recientemente, el profe-

(36) MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRI, J.: *Ob. cit.*, pág. 82.

(37) Prof. EDOUARD PERROY: *La edad Media*, trad. esp. del profesor E. Ripoll Perelló, Barcelona, 1967, págs. 267, 288, 141, 142 y 506.

sor Gibert, en su monografía sobre «El Derecho municipal de León y Castilla, pone de relieve el espíritu de unidad de fuero latente en los leoneses («... *Omnes habitantes ... semper habeant et teneant unum forum...*») (38).

Con relación a la vida judicial militar, el hecho de identificarse en la Edad Media, a partir de la caída del Imperio visigótico, con la vida judicial ordinaria, puede obedecer al especial sentido medieval captado por Ortega y Gasset: la diferenciación entre guerrero y militar (39). «La Edad Media —afirma nuestro filósofo— desconoció el militarismo.» Es decir: el ímpetu guerrero coexistía con la absoluta renuncia a menesteres extracastrenses. El guerrero defiende su castillo, símbolo del derecho de la persona frente al Estado. Y el militar es la creación del Estado contra el castillo. Esta es la interpretación histórica de Ortega, defensor entusiasta de la Edad Media. «Se da la paradoja —escribe— de que la Edad Media, que una estúpida historiografía nos ha pintado como un tiempo tenebroso y lleno de angustia, ha sido la sazón de las filosofías optimistas, al paso que, en nuestra Edad Moderna, apenas si han resonado más que voces de pesimismo». Por ello, en otro de sus estudios, se refiere a «... la Edad, con mal acuerdo llamada moderna...» (40).

Son muy escasas las manifestaciones de un Derecho judicial militar en nuestro Medievo. Iniciado éste en el año 414 —es decir, cinco años después de la entrada de los visigodos en nuestro país— y no publicándose la *Lex Visigothorum* hasta el siglo VII (¿654?), rige, en un principio, un Derecho diverso, multiforme, caracterizado, como resalta Pérez Pujol (41), por la absorción del elemento godo por el hispanorromano.

En el reino visigótico (Imperio desde finales del siglo v), toda jurisdicción emana del Rey. Y en lo militar, según el profesor Marín Mendoza (Joaquín), es ejercida por los *tiuphados*, asistidos de los «centenarios» y decanos. El profesor Ballesteros Beretta hace referencia a los *prepósitos* como titulares de la Jurisdicción militar, subdividiéndolos en «*tiufados o milenarios*», a cuyas órdenes actúan los llamados «quingentarios», «centenarios» y «decanos». Ballesteros da como seguro que estos jefes ejercían el mando militar y supone, además, que ejercían funciones judi-

(38) ALBERT DU BOYS: *Historia del Derecho penal de España*, trad. de José de Vicente Caravantes, Madrid, 1872, págs. 51, 77, 81, 113-114, 123 a 125, 129 a 133, 189-190. Prof. GIBERT, R.: «El Derecho Municipal de León y Castilla», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1961, pág. 697.

(39) ORTEGA Y GASSET, J.: *Notas del vago esto*. 7.ª ed., Madrid, 1955, páginas 128, 137 y 138.

(40) ORTEGA Y GASSET, J.: *Ob. cit.* en nota anterior, pág. 138. «El tema de nuestro tiempo», 12.ª ed., *Rev. de Occidente*, Madrid, 1956, pág. 47.

(41) PÉREZ PUJOL, E.: *Historia de las Instituciones sociales de la España goda*. Valencia, 1896, pág. 67.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

ciales. Marín Mendoza los supone delegados del «Conde» para la aplicación y ejecución de las leyes (42).

Procede resaltar que la última empresa militar de Justiniano se dirige contra los visigodos de la Península Ibérica; donde, durante setenta años, desde 554 a 624, ocupa Bizancio gran parte del sudeste de España, con las ciudades de Cartagena, Málaga y Córdoba. En esos setenta años rige el Derecho justiniano en el territorio ocupado. El Código Militar bizantino, por ser obra de León III el Isáurico (siglo VIII), no llega a regir en España, aunque influya, tal vez, en alguna regulación especial de orden castrense (43).

EL DERECHO MILITAR EN EL «LIBER JUDICIORUM» (FUERO JUZGO)

La *Lex Visigothorum*, llamada más tarde *Liber Judiciorum* y *Fuero Juzgo*, representa, en nuestro siglo VII, la unificación del Derecho hispanorromano y el germánico —propio de los visigodos—. El título de su Libro IX puede ser considerado como expresión de lo que, en su época, preocupaba más a reyes y gobernantes: la abstención de un servicio militar obligatorio, la huida del campo de batalla... Se titula así el Libro IX: *De fugitivis et refugientibus*. El título II de este Libro señala, como obligación de los jefes o caudillos y de todos los ciudadanos, la de ir a la guerra y acudir a la defensa del país. Las leyes 1.^a, 4.^a y 5.^a imponen sanciones punitivas a los jefes que, por dádivas o por otra consideración, eximen a alguien del cumplimiento de tales deberes. Las leyes 3.^a y 4.^a castigan a quienes no se presentan en las huestes o las abandonan. Y la 9.^a, con referencia a traidores y desertores, establece que el Rey «faga dél todo lo que quisiere».

No se regula institución judicial distinta de los Jueces y Tribunales a que se refiere el Libro II («*De negotiis causarum*»). El Rey encarna la suprema potestad jurisdiccional. Tanto para lo común como para lo especial actúan, en su nombre, unos mismos Jueces y Tribunales, sin perjuicio de que ese *fazer lo que quisiere* pueda delegarse, en caso de guerra, en los jefes de las huestes (aunque ello no aparezca claramente regulado).

(42) Prof. MARÍN MENDOZA, JOAQUÍN: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 310 y 311. Prof. BALLESTEROS BERETTA, A.: *Historia de España y su influencia en la Historia Universal*. Tomo I, Cap. II, págs. 515 y sigs., y 521, 522 y 523 (edic.: Barcelona, 1919).

(43) Prof. VASILIEV, A. A.: *Historia del Imperio Bizantino*, trad. esp. de Juan G. de Luaces, Tomo I, Barcelona, 1946, págs. 170, 171, 306 y 312.

EL DERECHO MILITAR EN EL FUERO REAL
Y EN EL «ESPECULO»

Al margen de la polémica sobre prioridad del *Fuero Real* respecto del *Especulo* (o *Libro del Fuero*), o viceversa, y con cierta inclinación al criterio de la coetaneidad esencial de ambos Cuerpos legales, interesa resaltar lo que en ellos aparece sobre Derecho militar y ejercicio de una jurisdicción especial castrense (44).

El *Fuero Real*, en su Libro IV, contiene un título IV, cuya ley XIV se refiere al «que va en hueste e ficiere alguna fuerza», disponiendo al efecto: «e por la osadía esté a merced del Rey...». Y el título XIX del propio Libro IV es de este tenor: «*De los que no van a la hueste o se tornan della*». Contiene este título XIX cinco leyes. En ellas se establecen penas para el *rico ome*, o *infanzón*, o *cavallero*, o *otro ome qualquier*, por no acudir a la hueste, por no ir a la batalla en el plazo señalado, o por abandonar antes de finalizar tal plazo el campo de batalla, o por cometer deserción, o favorecerla, o inducir a ella. Las penas podían ser de tipo económico (pérdida de tierra y de maravedises), de carácter moral (degradación) y, en los casos más graves, de muerte. Bien clara es, a este respecto, la expresión de la ley II del título XIX: «... e del cuerpo faga el Rey lo que quisiere...» (por no acudir a la batalla). Como la de la ley V de igual título: «... esté a merced del Rey que faga dél lo que quisiere» (por desertar).

No hay más reglas de carácter militar en el *Fuero Real*. La jurisdicción se encarna en el Monarca.

En el *Especulo* («Espejo del Derecho» o «Espejo de todos los Derechos»), se encuentran reglas de Derecho militar, tanto en lo penal sustantivo (Libro III, título V, leyes 17, 18, 19, 10, 9) —tipos de traición, abandono de servicio y deserción, y sus consecuencias punitivas—, como en lo procesal-orgánico o jurisdiccional —Título VIII, Preámbulo, ley I y ley IX del mismo Libro III—.

El Preámbulo del título VIII declara: «... E por esta justicia sea estable es o a meester que la guarde firmemente tan bien en

(44) MARICHALAR Y MANRIQUE: *Historia de la Legislación española*. Tomo XXI, pág. 4. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Reseña histórica de la legislación española*, citado por ANTEQUERA: *Ob. cit.*, pág. 235. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales Cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, y especialmente sobre el Código de Don Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*. Madrid, 1845, Lib. VII, núm. 24.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

las huestes como las cavalgadas, como en otra manera de guerra, qualquier que sea...».

El epígrafe de la ley I del título VIII del citado Libro III reza así: «En quantas maneras se departe la justicia para escarmentar los que fazen algún mal en guerra».

Y la ley IX de iguales título y Libro establece *alcalles* para *fazer justicia de todos los malos fechos*, «por mandado del cabdiello, o del adalid ó del rey non fuere», añadiendo seguidamente: Justicia que *dixiemos que deve seer fecha en toda manera de guerra*.

Del estudio de estos Cuerpos legales, promulgados recién iniciada la segunda mitad del siglo XIII, se infiere el propósito de establecer una Justicia especial de carácter bélico, que se confía a los *alcalles*.

EL DERECHO MILITAR EN LAS «PARTIDAS»

«Con la publicación de las *Partidas* —ha escrito el profesor Prieto Castro—, asistimos al espectáculo de un cambio casi radical en la dirección jurídica iniciada unos años antes. Porque entre 1252 y 1255 se publica el *Fuero Real*, cuya inspiración es francamente germánica (tradicional), ya que en algunos puntos copia al *Liber* (reaparecido entonces con el renacimiento de los estudios jurídicos, posible ahora por los avances alcanzados en la tarea de la Reconquista, con el nombre romanceado de *Fuero Juzgo*), y un decenio más tarde nos hallamos ante una colección como las *Partidas*, el instrumento de la recepción del Derecho romano, que aportan un sentido jurídico nuevo, compuesto de elementos romanos (el *Corpus Juris*), canónicos (las *Decretales*), feudales (los *Libri Feudorum*) y privados (como son las obras del mentor del Rey Alfonso X, Maestre Jacobo Ruiz)» (45).

La segunda de las *Siete Partidas* se consagra a la constitución política y militar del reino. Los títulos IX, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIII, XXV, XXVII y XXVIII de la Partida II se refieren al orden marcial. «... Donde el Derecho militar de la Edad Media —escribe el Auditor Salcedo— se manifiesta cumplidamente es en las *Partidas*». Por ello —añade el mismo autor— son consideradas «muchísimo tiempo como el cuerpo general y común del Derecho militar en España» (46).

(45) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Zaragoza, 1949, págs. 34 y 35. *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1968, págs. 271 y 272.

(46) SALCEDO Y RUIZ, ANGEL: *Sustantividad y fundamento del Derecho Militar* (discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 27 de abril de 1913). Madrid, 1916, págs. 424 a 434.

Desde la caída del Imperio visigótico, es la primera vez que se instituyen órganos jurisdiccionales castrenses.

La ley XVI del título II de la Partida II regula la institución del *Alférez del Rey* (especie de General en Jefe que manda la hueste si el Rey no acude a las batallas, o especie de Jefe de Estado Mayor del Rey, cuando éste asume directamente el Mando supremo). «*Que deve ser el Alférez del Rey e que es lo que pertenesce a su oficio*» —reza la citada ley XVI—. Refiriéndose a los Oficiales dice: «*E de estos el primero, e el mas onrrado es el Alférez, que avemos mostrado: ca a el pertenesce de guiar las huestes, quando el Rey non va ay por su cuerpo, o quando non pudiesse yr, e embiasse su poder. E el mismo deve tener la seña cada que el Rey oviere batalla campal. E antiguamente el solia justiciar los omes granados por mandado del Rey, quando fazian por que. E por esto trae la espada delante el, en señal que es la mayor Justicia de la Corte. E bien assi como pertenesce a su Oficio, de amparar y de acrescentar el Reyno...*» Más adelante se dice: «*... E assi como pertenesce a su Oficio, de fazer justicia a los omes onrrados que fizieren por que; otrosi a el pertenesce de pedir merced al Rey por los que son sin culpa ... E de buen seso ha menester que sea, porque por el se han de librar los pleytos grandes que oviere o acaescen en las huestes...*»

El Alférez del Rey tiene, además, otras atribuciones: Proveer de Abogado a las viudas, huérfanos o hidalgos, cuando no hubiere quién actuase voluntariamente, y a cuántos fueren demandados por «*fechos dubdosos que no quieren abogados*».

El Monarca ha de *fazerle mucha onrra e bien*, pero si la gestión del Alférez es desacertada, sufrirá pena *segund el yerro que fiziere*.

Otro órgano jurisdiccional castrense es el *Adalid* (el que sirve de guía, el avisador). Se le exige sabiduría, esfuerzo, buen seso natural y lealtad. Tiene la misión de organizar *algaras* (excursiones o correrías en campo enemigo, para causar perjuicio a los adversarios). Y está investido de jurisdicción para castigar, en nombre del Rey, a quienes no le obedezcan. La ley IV del título XII dice que los adalides... «*han de judgar muchas cosas ... ca ellos judgan los de las cavalgadas SOBRE LAS COSAS QUE ACAESCEN EN ELLAS*» (facultad amplísima, sin excepciones).

Subordinados inmediatos de los Adalides son los «*Almocadenes*» y los «*Almogávares*» (jefes de combatientes a pie, los primeros; combatientes mixtos, a pie o a caballo, los segundos). Pero a ellos no se les asignan cometidos judiciales de clase alguna (leyes 5.ª y 6.ª del título XXII de la Partida II).

En la Marina, se ejerce la Jurisdicción militar por el *Almirante* («*guarda mayoral del Armada*») —según la ley II del título XXIV— y por el *Còmitre* («*Cabdillo del mar so el Almirante*», ley IV del citado título XXIV). Los Còmitres acaudillan los na-

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

víos y «*pueden juzgar las contiendas que nascrieren entre ellos*», pero si los justiciables no se conformaren con sus decisiones, *puedense alçar para el Almirante, pero no para el Rey, sino quando el mesmo fuesse en la Flota...* (ley y título ya citados).

Es pues, el *Còmitre* un órgano jurisdiccional de primera instancia. Y el *Almirante* se configura como Tribunal unipersonal de alzada. Para el primero se prevé la imposición de pena «*si errase en los juyzios*».

En cuanto a Derecho militar, hay también preceptos penales sustantivos, con clasificaciones de delitos y penas. Normas procesales especiales de orden militar no aparecen en el Código alfonso. Sólo se instituyen órganos ejercientes de jurisdicción, sin una delimitación clara y precisa de la competencia objetiva. Ha de considerarse, pues, que la jurisdicción se extiende a todo cuanto acaezca en la hueste o en los navíos.

EL DERECHO MILITAR EN LOS FUEROS MUNICIPALES

El Auditor y académico don Angel Salcedo Ruiz afirma *que casi todos los Fueros municipales contienen normas de Derecho militar*, considerando notables a tal respecto los de Cuenca y Molina, ambos del siglo XII, y el de Teruel, del mismo siglo —especialmente estudiado por el Auditor Martínez de la Vega— (47). Son ciertas las afirmaciones de Salcedo, pero es preciso puntualizar que las normas de Derecho Militar de los Fueros Municipales suelen referirse a servicio militar, a tributos de índole castrense (*fonsado*), a exenciones de deberes militares y a penas imponibles a desertores y otros delincuentes. Reglas de Derecho judicial militar, de organización de la Jurisdicción marcial no se encuentran en ellos, tal vez por no ejercerse por Jueces especiales, sino por los mismos de la Jurisdicción ordinaria.

Basta un examen de los principales Fueros para acreditar lo preexpuesto:

Siglo XI

- a) Privilegio de Población dado en el año 1100 a *Barbastro* por Pedro I de Aragón. Exime a los habitantes de la ciudad de ir a la guerra, a no haber batalla campal, y en tal caso, sólo por tres días.
- b) Fuero otorgado a *Nájera* el año 1020 por el Rey de Navarra, Don Sancho el Mayor. Concede privilegios y exen-

(47) SALCEDO Y RUIZ: *Ob. cit.*, pág. 424 y sigs. MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRI: *Ob. cit.*, págs. 5 a 17, 28, 38 a 43 y 70 a 82.

NICOLÁS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO

ción de muchos tributos militares y señala la pena de «diez sueldos de Multa» al Infanzón de Nájera que no fuere al fonsado.

- c) Fuero otorgado a la villa de *Yanguas* en 1045 por don Iñigo Ximénez, «tercero señor de los Cameros». Establece reglas y preceptos militares, pero no de carácter jurisdiccional-castrense.
- d) Fuero otorgado a la ciudad de *Jaca* por el Rey Don Sancho Ramírez el año de 1074, eximiendo a sus habitantes de ir a la *hueste*, salvo el caso de batalla campal o de estar cercado el Rey por sus enemigos, y
- e) Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VI en 1076 a la villa de *Sepúlveda*, eximiendo a sus habitantes de ir a la guerra e imponiendo 60 sueldos a los de anejos del término de Sepúlveda que no vayan al *fonsado*.

Siglo XII

- a) Fuero de *Zaragoza*, otorgado en 1115 por Alfonso I el Batallador. Señala como obligación de sus vecinos la de ir a batalla campal y a sitio de castillo con pan para tres días. Y establece la pena de muerte para el infante que no acuda.
- b) Fuero de *Escalona*, dado en 1130 en virtud de orden del Rey Don Alfonso VII, por los hermanos Diego y Domingo Alvarez, concediendo exención de la contribución militar llamada *anubda* e imponiendo sólo un *fonsado* al año. El no ir al fonsado se pena con diez sueldos, si no existe legítima excusa.
- c) Fuero otorgado en 1130 a la villa de *Marañón* por Alfonso I el Batallador, eximiendo de *fonsado* a sus caballeros por cierto tiempo.
- d) Fuero de *Calatayud*, otorgado por Alfonso I el Batallador en 1131, disponiendo que en caso de batalla campal, acuda la tercera parte de los caballeros, con pena de un sueldo al que no fuere a la hueste.
- e) Fuero de *Logroño*, otorgado por Alfonso I el Batallador en 1132, hallándose en dicha ciudad, a favor de la Villa de *Asín*, cuyos habitantes quedan dispensados por siete años de «ir en hueste».
- f) Fuero otorgado por Alfonso I el Batallador a *Mallén* en 1132, concediendo a los pobladores mozárabes la exención de ir en hueste.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDIOCIÓN PENAL MILITAR

- g) *Privilegio* otorgado por el Rey Don Alfonso VI el año de 1113, concediendo a los caballeros de *Guadalajara* ciertas exenciones y determinando cómo han de ir en hueste y parte que les corresponde en las «presas de la guerra».
- h) Fuero otorgado en *Burgos* a la Villa de *Balbás* el año de 1135, para que sus habitantes no paguen más que una *fonsadera*, eximiendo de este tributo a los carentes de heredades.
- i) Fuero otorgado a la villa de *Lara* en 1135 por el Rey Don Alfonso VII, eximiendo de *abnuda* a sus moradores.
- j) Fuero otorgado por el Rey Don Alfonso VII el año de 1139 a los pobladores del Castillo de Aurelia, hoy *Colmenar de Oreja*, eximiéndoles de algunos tributos militares.
- k) Fuero otorgado por Don Ramón Berenguer, Conde de *Barcelona*, el año de 1142, al Concejo de *Daroca*, para que sus pobladores no fueren al *ejército* contra su voluntad y para que conservasen los castillos aquellos que los conquistasen.
- l) *Fuero de Molina*, dado por el Conde Don Manrique de Lara el año de 1152, estableciendo varias disposiciones militares y otorgando al Juez la posesión de las llaves de Molina.
- m) *Confirmación de los Fueros antiguos de Toledo* por el Rey Don Alfonso VIII el año de 1155, concediendo a sus caballeros el ir entre los peones y ejercer autoridad sobre ellos.
- n) *Fuero* otorgado por el Rey Don Alfonso VIII a *Ocaña* en 1156, para que sus vecinos sólo fueran a la hueste en caso de ir en ella el Rey contra los sarracenos.
- o) *Privilegio* otorgado en Benavente a la Villa de *Llanes* por el Rey Don Alfonso VIII, concediendo, en el año de 1168, varias franquicias y exenciones militares.
- p) *Fueros* dados por el Obispo de *Burgos*, Don Pedro, y confirmados por el Rey Don Alfonso VIII en 1168, eximiendo a los habitantes de la Villa de *Madrigal* de la obligación de ir en hueste.
- q) *Fuero de Teruel* dado por el Rey Don Alfonso II de Aragón el año de 1176, estableciendo reglas y exenciones militares. Se atribuyen al Juez —al Juez ordinario, único existente— las funciones de juzgar a los sospechosos en el orden militar y de acordar, con el Concejo, quienes han

de custodiar la Villa al salir de ella la hueste. Contiene este Fuero reglas de Derecho penal sustantivo: fijación de tipos delictivos (como el del centinela que se duerme) y señalamiento de penas. En campaña, el delito contra la propiedad es castigado con doble multa que en época de paz. Y quien cometía hurto o robo de víveres era sancionado con mutilación de las orejas. Como observa Martínez de la Vega (48), la Jurisdicción ordinaria juzgaba de los delitos propios de la situación de guerra.

- r) *Fuero de Uclés* otorgado en Toledo por el Maestre de la Orden de Santiago don Pedro Fernández, el año de 1179, eximiendo de tributos militares a los moradores del citado pueblo.
- s) *Fuero de Cuenca* otorgado por el Rey de Castilla don Alfonso VIII el año de 1180. Su Capítulo XXX contiene reglas atinentes al gobierno y régimen de los *ejércitos* o *huestes*. Concede a Jueces y Alcaldes la guarda de la ciudad. Y dicta normas sobre jurisdicción, considerando al Adalid como Juez especial en contiendas relacionadas con las *cavalgadas* (III, XIV, 37). Los aspectos procesales y judiciales de este Fuero han sido estudiados por el profesor Alcalá-Zamora y Castillo (49).
- t) *Fuero de San Sebastián de Guipúzcoa* otorgado el año de 1180 por el Rey de Navarra Don Sancho el Sabio, concediendo a sus vecinos la exención de ir en hueste.
- u) *Fueros de Salinas de Añana*, en Alava, otorgados por el Rey de Castilla, Don Alfonso VIII, en 1192, concediendo liberación de la *fonsadera* por dos sueldos, y
- v) *Privilegio* otorgado por Don Alfonso VIII a los vecinos de *Avila* el año de 1193, liberándoles del pago de la quinta parte de las presas si el Rey no estuviere en la hueste.

Siglo XIII

Los Fueros dados a *Alcalá de Henares* (año de 1208), *Cáceres* (1229), *Baeza* (1241), *Córdoba* (1241), *Tuy* (1250), *Carmona* (1252) y *Soria* (1294) —el primero, por el Arzobispo Ximénez de Rada; el segundo, por Alfonso IX de León; el tercero, cuarto, quinto

(48) MARTÍNEZ DE LA VEA Y ZEGRI, Ob. cit., pág. 82.

(49) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: «Instituciones Judiciales y Procesales del Fuero de Cuenca», en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 47 y 48, julio-diciembre de 1950, págs. 301 a 303 (México, D.F.).

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

y sexto, por Fernando III el Santo, y el séptimo, por Alfonso X el Sabio— contienen reglas similares a los citados con anterioridad de los siglos XI y XII. Sólo tiene un especial relieve, a los efectos del presente estudio, el *Fuero de las Leyes*, dado a Cáceres, por establecer reglas sobre sumisión de alcaldes y adalides al Juez, y por fijar tipos de delitos militares, como el de *quien levare pan a tierra de moros* («Que fagan dél iustitia» —se añade—).

EL DERECHO MILITAR EN EL FUERO DE LAS «CAVALGADAS» (50)

Descubierto este Fuero, en Perpignan, el año de 1807, por el P. Fray Jaime de Villanueva, ha llegado a atribuirse al emperador Carlomagno. Consta de ciento tres títulos, de los cuales interesan, a efectos jurídico-militares, el III, el V, el VI, el XXX, el LXV y el XCVIII. La semejanza del «Fuero de las Cavalgadas» con muchos Fueros españoles es evidente.

Se concede «fuero bien guardado» a los adalides, para que *fagan derecho a los cavalgadores* (Tít. III).

Los adalides reciben rango de *Juezes*, pueden «dar sentencias contra los cavalgadores», siendo éstas inapelables (Tít. V).

Nadie puede juzgar «cosas que sean de cavalgadas», de no ser adalid (Tít. VI).

Tres *almucatenes* pueden juzgar y dar sentencia, a falta de adalides (Tít. XXX).

Se otorga la facultad de nombrar «cabdiellos» al señor de la Villa, al Juez y a los alcaldes (Tít. LXV).

El Juez y los alcaldes tienen derecho a *cuatro maravedís*, cuando la hueste «buena ganancia ficiere». En otro caso, no tienen derecho a percepción alguna de carácter guerrero (Título XCVIII).

LAS ORDENANZAS DE PEDRO IV DE ARAGON, EL CEREMONIOSO (1369)

Con el título de «Ordenanzas hechas por el rey don Pedro IV de Aragón, el Ceremonioso, para el oficio de Condestable, que creó en mayo del año 1369», ha publicado este interesante Cuerpo

(50) MORENO CASADO, J.: «Para la Historia del Derecho Militar: el *Fuero de las Cavalgadas*». *Rev. Ejército*, Madrid, núm. 319, diciembre 1949.

legal castrense la Real Academia de la Historia (Código E, 156 páginas, 2.^a traducción del señor Capmany).

En los capítulos XXVI y XXIX se regula la jurisdicción otorgada al Condestable, especie de Generalísimo y de Jefe de Estado Mayor del Rey.

«El Condestable debe juzgar todos los debates que acaezcan entre la gente de a caballo y de a pie del Ejército, sobre *presas* y *cavalgadas* que hubiesen hecho. Y asimismo si los quadrilleros se retenían algo de las tropas, hará darlas fiel cuenta, como asimismo de todas las presas y ganancias que se hicieren al entrar en una villa u otro lugar tomado por fuerza de armas. Y para esto tendrán su observancia las Leyes de España, hechas sobre el repartimiento de presas, cavalgadas y ganancias que se hacen en la guerra, y qué derechos deben hacer los almugatenes y adalides, y los cabos de las compañías, y los quadrilleros, y los hombres de a caballo, y los de a pie, a fin de que el Condestable pueda *con equidad juzgar todos los delitos* que hubiere entre las gentes del ejército; todo esto por las leyes que sobre este punto hicieren los Reyes de España» (Cap. XXVI).

Tras conceder al Condestable la facultad de dictar bandos, previa consulta al Monarca, éste dispone «que todas las condenas, castigos y justicias de las personas del ejército, como también todos los tratantes y otros que vengan para el servicio de dicho ejército, son de la *jurisdicción y conocimiento* de dicho Condestable, y no de otros...», «salvo la gente de mar, si hubiere allí esquadra, porque éstos son de la jurisdicción del Almirante» (Cap. XXIX).

Como puede observarse, se reconocen dos potestades jurisdiccionales castrenses: la del Condestable, en el «Ejército» terrestre, y la del Almirante, en la Marina de Guerra (51).

LAS ORDENANZAS MILITARES DE JUAN I DE CASTILLA (1390)

Su título es el de «Ordenanzas Militares otorgadas por don Juan I en Segovia en el año de 1390, las cuales contienen varios capítulos sobre las disposiciones de armas que deben tener los vasallos del Rey».

Algunos autores (52) consideran estas Ordenanzas como representativas de una importante etapa en la elaboración o des-

(51) CAPMANY: *Traducción castellana de las Ordenanzas de Pedro IV el Ceremonioso de Aragón*, publicada por la Real Academia de la Historia, Código E, 156, pág. 2.^a

(52) SALCEDO Y RUIZ: *Ob. cit.*, pág. 424 y sigs. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Ob. cit.*, pág. 248 y sigs. VALLECILLO, A.: *Ob. cit.*, Tomo IV, págs. 553 a 562.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

envolvimiento histórico del Derecho Militar. Sin embargo, sus disposiciones no trascienden de lo puramente castrense (servicios de armas) y no hay en ellas ninguna regulación de actividades jurisdiccionales militares. Se alude a los *Alcalles et Justicias*, a quienes se manda que guarden las Ordenanzas en sus *lugares et juridiciones*. Pero no hay más puntualizaciones regulativas.

¿UN SUPREMO CONSEJO DE GUERRA MEDIEVAL?

No debe concluirse el capítulo referente a Derecho Militar en la Edad Media sin aludir a una institución de cuya existencia no hay referencias consistentes, aun cuando aparezca estudiada, o mencionada al menos, por algunos autores.

Colón de Larriategui, basándose en el testimonio de Rodrigo Méndez de Silva y de Alonso Núñez de Castro, enuncia la posibilidad de que el Real y Supremo Consejo de Guerra debiese su existencia al Rey Don Pelayo. Méndez de Silva sitúa el nacimiento del Consejo en el año de 737. Núñez de Castro da como año de nacimiento del Real y Supremo Consejo el de 720. Ambos autores coinciden en atribuir la paternidad a Don Pelayo y en configurarlo como organismo mixto, con «Consejeros de capa y espada» y «Consejeros Togados» (52 bis).

Bacardi recoge también las aserciones de Méndez de Silva y Núñez de Castro, pero se inclina a creer que, en realidad, había en la Edad Media un solo Consejo que, entre otras materias, estudiaba las de guerra y emitía dictamen sobre cuestiones militares (53).

Finalmente, don Nicolás de la Peña Cuéllar cita a Núñez de Castro y admite la posibilidad de un Supremo Consejo de Guerra medieval, con Consejeros de capa y espada, un Ministro Togado, dos Secretarios y un Oficial (54).

En realidad, no existen argumentos suficientemente permisivos de afirmar la realidad o irrealidad del Consejo medieval en materia de guerra, aunque parece admisible la opinión de Bacardi: existencia de un Consejo, órgano consultivo supremo, con facultades dictaminadoras sobre asuntos de guerra y cualesquiera otros en que fuere consultado por el Monarca.

(52 bis) MÉNDEZ DE SILVA, RODRIGO: *Catálogo Real y Genealógico de España*. Madrid, 1656, Cap. XXXIV, folio 26 vuelto. NÚÑEZ DE CASTRO, ALONSO: *Sólo Madrid es Corte*. Madrid, 3.ª ed., 1675, pág. 59. COLÓN DE LARRIATEGUI: *Ob. cit.*, Tomo II, págs. 1 a 47.

(53) BACARDI, A. DE: *Ob. cit.*, págs. 186 a 193. Tomo I.

(54) PEÑA Y CUÉLLAR, NICOLÁS DE LA: *Introducción al estudio del Derecho Militar y Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra*. Madrid, 1886, pág. 177 y sigs.

**LA JURISDICCION MILITAR BAJO LOS REYES CATOLICOS
Y LA CASA DE AUSTRIA: PRIMERAS ORDENANZAS
GENERALES**

**JUSTICIA MILITAR EN EL REINADO
DE LOS REYES CATOLICOS (1474-1504)**

El Auditor don Ramiro Fernández de la Mora ha escrito con toda exactitud: «La Justicia Militar no nace ni se constituye, propiamente dicha, hasta la organización de los Ejércitos permanentes; embrionaria y esporádicamente han existido preceptos de orden penal y procesal, y orgánico de carácter militar, desde muy antiguo, y, concretándonos a nuestra legislación patria, podrían citarse numerosos en nuestra legislación medieval; pero, como algo sustantivo, como rama especial del Derecho, con vida propia y con características que la separan y distinguen de otras ramas del Derecho, no ha tenido existencia más que a raíz de la creación del Ejército permanente en la Edad Moderna». En igual sentido se manifiesta el profesor García-Gallo cuando afirma que a fines del siglo xv «se constituye también con autonomía el Derecho referente a la guerra u organización militar, como consecuencia de la formación de los ejércitos permanentes y de la necesidad de mantener su disciplina». Registra también García-Gallo el hecho de que a partir de entonces se escriben libros «de Derecho Militar» (55).

La creación del Ejército permanente es obra de los Reyes Católicos en nuestra Patria. «Fernando el Católico —dice Ortega y Gasset— es el primer rey que comprende ser necesario al Estado una nueva forma de Ejército, entiéndase un ejército que sirva para ganar batallas, fabricado a medida de esta finalidad y no meramente para pasear pendones y dar, si acaso, lugar al heroísmo singular y romántico del romance fronterizo. Tal vez pueda afirmarse que delante de Málaga se hace el primer ensayo, aún muy rudimentario y tullido, de un ejército moderno...». De él —agrega— «surgió, no mucho tiempo después, el tercio castellano, prefiguración de todos los ejércitos posteriores hasta la Revolución francesa, y aún, en ciertos caracteres, hasta la fecha actual» (56).

(55) FERNÁNDEZ DE LA MORA, RAMIRO: *Conferencias pronunciadas en la Academia del Cuerpo Jurídico-Militar en el curso 1940-41*. Madrid, 1941, página 36. GARCÍA-GALLO, A.: *Ob. cit.*, pág. 263.

(56) ORTEGA Y GASSET, J.: «Aventuras de un capitán español» (Prólogo a «Aventuras del Capitán Alonso de Contreras»). *Rev. de Occidente*, 1943, Madrid, pág. 164.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Organizado el Ejército Real —permanente y nacional— se crea, en 1480, el cargo de Capitán General; asistido, desde un principio, por Auditor (Justicia Militar) y Preboste (Policía Militar). Para Francisco-Manuel de Melo, «la dignidad del Capitán General es la más alta que usan o pueden formar los Reyes» (57).

No forman los Reyes Católicos un Cuerpo legal (Ordenanza o Código) sobre Jurisdicción Castrense, pero en varias de sus reales cartas aparecen preceptos o instrucciones sobre aspectos judiciales del ámbito marcial. Así, la expedida en Málaga a 23 de agosto de 1487, sobre nombramiento de Corregidor de Guipúzcoa a favor del Capitán General don Juan de Ribera; la de 28 de julio de 1488, signada en Murcia, sobre recursos ante la Real Persona, en las causas y casos de Guipúzcoa; la de 20 de mayo de 1496, dada en Almazán, concediendo al príncipe Don Juan el señorío de Ronda, con la más amplia jurisdicción criminal; la de 28 de los mismos mes y año, también dada en Almazán, concesiva del señorío de Loja al mismo príncipe Don Juan, con amplísimas facultades jurisdiccionales, civiles y criminales, comunes y especiales; y la de 1500 (mes de mayo), nombrando General de la Armada de las Costas de Sicilia, amenazadas por los turcos, al Capitán General Don Gonzalo Fernández de Córdoba, facultándole para conocer «de todos y qualesquier pleytos y diferencias, causas asy civiles como criminales que entre las gentes de a cavallo y de a pie oviere de aquí en adelante...», y para verlos «como nuestro juez de tales pleytos y causas», determinándolos «como fuese justicia», por medio de «sentencia o sentencias, asy ynterlocutorias como definitivas», con potestad también de llevarse «a pura y devida ejecución» los fallos.

Como impresión resumidora, cabe decir que los Reyes Católicos crean un Capitán General investido de Mando y Jurisdicción, con potestades realmente virreinales.

JUSTICIA MILITAR EN EL REINADO DE CARLOS I (EMPERADOR CARLOS V) (58)

El reinado de Carlos I se extiende desde 1517 a 1556. Corresponden a este brillante período, en materia de Justicia militar, las siguientes ordenaciones:

a) «*Ordenanzas militares hechas en la ciudad de Taxcatecle por Hernán Cortés, como Capitán General y Justicia Mayor en Nueva España, a 22 de diciembre de 1520, para el régimen y gobierno de las tropas españolas en aquellos dominios*». No es un

(57) MELO, FRANCISCO-MANUEL DE: *Política Militar en Aviso de Generales* (con prólogo de Joaquín R. Arzúa). Madrid, 1944, págs. 113 y 114.

(58) VALLECILLO, A.: *Ob. cit.*, Tomo XI, pág. 243 y sigs.

texto articulado, sino una Ordenanza sumaria, tendente a organizar la vida castrense propiamente dicha, no la jurisdiccional castrense. Se prevé la existencia de «un Juez que sentenciare», sin especificar si es un Juez militar o un Juez común, ni si es unipersonal o colegiado.

b) «*Ordenanzas de las guardas de Castilla expedidas en Madrid por el rey Don Carlos I a 5 de abril de 1525*». Constan de 84 artículos o disposiciones. El punto o artículo 11 dispone que el Alcalde de Guardas juzgue de las «diferencias o debates de entre Escudero a Escudero», y de no estar el Alcalde, juzgará «el Capitán de cuya Capitanía fuesen los Escuderos, o su lugarteniente». Entre escuderos y paisanos («labradores o personas de los lugares»), actuará la Justicia ordinaria, sola o en colaboración el Alcalde de Guardas, o Capitán, o Lugarteniente (Modalidad de Jurisdicción mixta). En los puntos o artículos 11, 13, 40, 46, 82 y 83 se cita al Supremo Consejo de Guerra, con la denominación de «Consejo de la Guerra».

c) «*Instrucción dada en Génova por el Emperador Carlos V a 15 de noviembre de 1536 para el régimen y organización de su ejército en Italia; designando, entre otras cosas, las atribuciones, sueldos y demás del Virrey, Capitán General, Maestres de campo, Sargentos mayores, Capitanes, organización de las compañías o tercios, nombramiento de gentiles hombres (ayudantes de campo), trenes de artillería; pie y fuerza de todo el ejército, alabarderos para el Capitán General, agregados de la nobleza, auditor, comisarios y régimen para la administración militar*». En esta interesante Ordenanza, con relación a la Justicia Militar, se dice: «ITEN; es nuestra merced que en el dicho nuestro ejército haya un auditor para determinar en Derecho y sentenciar las causas que en él hubiere entre partes...». Se menciona al Capitán de Justicia de la Ciudad de Milán y se le nombra «nuestro Proveedor y Comisario General del dicho nuestro ejército». Y se designan «treinta soldados arcabuceros que ha de tener en su compañía (el Marqués de Mariñán, Maestre de Campo general de la Infantería italiana «del dicho nuestro ejército») para la ejecución de nuestra justicia».

d) «*Executoria real de 10 de mayo de 1544*» (ratificada en 1584, 1620, 1630 y 1661 por Felipe II, Felipe III y Felipe IV en sus respectivos reinados). En ella, ratificando su Real Provisión de 1522, dispone que en las causas contra navarros y guipuzcoanos por contiendas con aforados conozcan conjuntamente el Juez natural de los moradores o habitantes (Justicia Ordinaria) y el Capitán General —o su lugarteniente, en su ausencia—. «En las causas criminales que fueren graves, en que el delincente mereciere pena de muerte o mutilación de miembro, el que de ellos

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

previniere, haga el proceso, y no sentencie la causa sino juntamente con el otro, y no conviniendo en la dicha sentencia, consulten a Su Magestad, enviando el processo de la causa juntamente con el parecer de cada uno, para que mande ver y proveer lo que sea justicia». Este sistema de jurisdicción mixta puede ser considerado como un lejano precedente del régimen jurisdiccional castrense existente en algunos países de Occidente (Francia, Canadá, Dinamarca, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza...), en que los Magistrados administran justicia en unión de juzgadores específicamente castrense, bajo un signo evidente de juridicidad y de tutela de las garantías procesales.

ORDENANZAS DE ALEJANDRO FARNESIO, EN EL REINADO DE FELIPE II:

13 de mayo de 1587, adicionadas en 22 de mayo de 1587

En el reinado de Felipe II (1556-1598) se produce el nombramiento de Alejandro Farnesio, Duque de Parma y de Plasencia, para el cargo de Gobernador y Capitán General de los Estados de Flandes, en sustitución de Don Juan de Austria. Corresponde este relevo, exactamente, al año de 1578. Nueve años más tarde, el nombre de Farnesio se incorpora, definitivamente, a la historia del Derecho militar español, al promulgar las Ordenanzas de 13 de mayo de 1587, adicionadas en 22 de iguales mes y año. En estas Ordenanzas ven los principales comentaristas la iniciación de la moderna Justicia Militar. Así, Almirante (59), Núñez de Prado y el profesor Fraga (60), cuyas opiniones invoca Moreno Casado (61), al publicar en el *Anuario de Historia del Derecho español* el texto íntegro de este trascendental Cuerpo legal castrense, inserto con anterioridad en la obra de Francisco-Ventura de la Sala y Abarca, titulada *Después de Dios, la primera obligación...* (Nápoles, 1681), y en la *Colección general de Portugués* (Madrid, 1764) (62).

(59) ALMIRANTE, J.: *Diccionario Militar etimológico, histórico, tecnológico*. Madrid, 1869. *Voz Ordenanza*, pág. 844.

(60) NÚÑEZ DE PRADO, JOSÉ: *Estudio sobre el Derecho Militar en el Código Penal militar y la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra*. Madrid, 1844, pág. LIV. Prof. FRAGA IRIBARNE, M.: «Baltasar de Ayala», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1948, páginas 135 y 137.

(61) MORENO CASADO, J.: En *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tomo XXXI, Madrid, 1961, «Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio, de 1587», págs. 431 a 458.

(62) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 19 a 37.

Aunque las Ordenanzas de Farnesio sólo se promulgan para los Estados de Flandes, fueron observadas en todos los «Ejércitos» de España. Montserrat Alsina (63) lo atribuye a tres circunstancias: primera, la presencia en Flandes de la inmensa mayoría de las fuerzas militares españolas disponibles, dada la «permanente situación de rebeldía» de aquel territorio. Segunda, la extraordinaria difusión alcanzada por las referidas Ordenanzas en todos los medios castrenses. Y tercera, la inexistencia de «otras normas legales similares que regulasen estas materias (las de Justicia Militar)». A las propias circunstancias atribuye Montserrat Alsina la inserción de su texto en la Compilación de Portugués —pese a carecer de origen auténticamente regio— y la mención, por parte de Colón de Larriategui, en su «Discurso preliminar» de la obra «Juzgados Militares de España y sus Indias» (editada por vez primera en 1787) (64).

Portugués inserta la Ordenanza de 13 de mayo de 1587 bajo este epígrafe: «Ordenanza de 13 de mayo de 1587, dispuesta por Alejandro de Farnesio, Duque de Parma y Plasencia, Gobernador y Capitán General de los Estados de Flandes, sobre lo que toca al cargo del Auditor General, y particulares del Ejército; Fuero de los que sirven en él y sus Testamentos» (65). Moreno Casado, al publicarlas en 1961, las denomina «Ordenanzas e Instrucción del Duque de Parma y de Plasencia, lugarteniente gobernador y capitán general por S. M. en los Estados de Flandes sobre el ejercicio y administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo Ejército».

La Ordenanza complementaria de 22 de mayo de 1587 se titula así: «Edicto, Ordenanza e Instrucción del mismo Farnesio sobre el Oficio de Preboste general y los demás Capitanes de campaña y barricheles del Ejército».

La de 13 de mayo de 1587 consta de 39 artículos o reglas, estableciendo que el Capitán General es la autoridad judicial en lo castrense, pero con delegación amplísima en el Auditor. La competencia de la Jurisdicción marcial no sólo surge por razón de la materia, sino también por motivos de lugar y persona.

La de 22 de mayo de 1587 sólo consta de 18 artículos y trata de los colaboradores y coadyuvantes de la Administración de Justicia militar: *Prebostes, barricheles, Capitanes de campaña y demás ministros y oficiales de Justicia* —con funciones, a veces, de intendencia y policía—.

Son de interés los dos primeros artículos o reglas de la Ordenanza de 13 de mayo de 1587. «El oficio del Auditor general

(63) MONTSERRAT ALSINA: *Trab. cit.* en nota 14, pág. 30.

(64) MONTSERRAT ALSINA: *Trab. cit.* en notas 14 y 63, pág. 31.

(65) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 19.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

—dice el primer artículo— es muy preeminente y de mucha importancia, porque (es) la persona sobre quien el Capitán general descarga todos los negocios y casos de justicia, que el propio avía de juzgar y determinar, y así se puede decir que tiene el ejercicio de la jurisdicción del Capitán general, y por tanto queremos y es nuestra voluntad que ninguna persona de cualquier condición o calidad que sea deste ejército, fuera del Maestre de campo general, en quanto dependiese de su cargo tenga tanta autoridad en las cosas de justicia quanta el Auditor general y que en todo lo que originase concerniente a su oficio ninguno le contradiga, sino que le den asistencia y favor, so pena de la desgracia del Rey mi señor por lo qual le avemos dado *todo el poder y autoridad* que tenemos de su Magestad en las cosas de justicia». «Por ello —señala el artículo segundo—, el Auditor general ha de tener particular cuidado de mantener la autoridad, jurisdicción y disciplina militar, porque a Nos como Capitán general y a los ministros de guerra, para ello ordenados a causa de sus oficios y cargos, toca toda la cognición, jurisdicción y determinación de todos los casos, querellas, delitos y maleficios que acontecieren entre soldados y gente de guerra, sin que ningunos otros jueces, justicias, Consejos ni otro qualquiera pueda tomar esta cognición o jurisdicción...»

La Jurisdicción militar se concibe como fuero personal, ejerciendo el Auditor, por delegación del General en Jefe, potestad judicial civil y criminal ordinaria sobre los aforados («... todos los pleitos o diferencias, así civiles como criminales...» —dice el artículo quinto—), sin más excepciones que los procesos en que se ejerciten acciones reales hipotecarias y de sucesión de bienes raíces y patrimoniales (arts. 3.º y 4.º).

El Auditor general *procederá de oficio* —preceptúa el artículo 6.º—, salvando las atribuciones de los Coroneles maestros de Campo y de los auditores y jueces particulares.

«Ausentes Nos o el Auditor general —dice el artículo 8.º— ... cualquier Auditor que allí se hallare podrán hazer la justicia que conviene...» (en caso de «desorden o motín de soldados»).

Los Auditores son de dos clases: el General y el Particular. El primero, a la inmediación del Capitán general, como asesor y delegado suyo en materias de Justicia. Y el Auditor Particular, como encargado de los negocios judiciales en su Cuerpo, Tercio o Regimiento. El artículo 11 asigna al Auditor Particular «las causas entre los de un mismo regimiento», pudiéndose apelar, contra la sentencia, ante el Auditor General. Sobre el Auditor Particular sólo tienen jurisdicción —según el artículo 31— el Capitán General y el Auditor General.

Se prevén y regulan los «casos mixtos entre soldados y los de tierra» (aforados y civiles), preceptuándose que sean fallados con

«intervención de *ambas las Justicias*» (la militar y la ordinaria) —art. 29—.

En cuanto a ejecución de pena de muerte, contiene una regla especialmente discriminatoria el artículo 9.º. No podrá ejecutarse la pena capital en «persona de calidad y notable», sin parte previo al Capitán General. Pero si se trata de la «vida de otro de menos calidad», sólo se dará parte al máximo jerarca marcial si discreparen el Maestre de campo y el Auditor, si entre ellos hubiere «diferente voto y parecer».

El Edicto complementario de 22 de mayo de 1587 regula el cargo de PREBOSTE, asignándole la misión de «executor de van-dos y órdenes del Capitán general y constituciones militares y asimismo de las sentencias y decretos del Auditor general que en nuestro nombre administra la dicha justicia...» (art. 1.º). En las reglas o artículos 6.º, 7.º y 9.º se les asignan las misiones de ejecución de penas corporales, aprehensión de delincuentes, comunicación de las detenciones al Auditor dentro de las veinticuatro horas siguientes, etc. En síntesis: el Preboste es un órgano de Policía judicial y de ejecución de sentencias.

Seis años después de la promulgación de las Ordenanzas de 1587 —las principales y las adicionales—, publica el Maestre de Campo del Tercio de Lombardía, don Sancho de Londoño, su famoso «*Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado*» (Madrid, Luys Sánchez, año 1593). Viene a constituir una exégesis castrense de las instituciones del Auditor, Maestre de Campo, Barracheles (o Barricheles), Prebostes. Al Preboste le denomina «Barrachel general». Y postula que los «Maestres de campo de los Tercios deven tener la autoridad que tenían los Tribunos prefectos de las legiones y para dar órdenes y administrar justicia a los Capitanes, Oficiales y soldados de sus Tercios...» (66).

La literatura de la época hace referencia a las modalidades judiciales castrenses. Así, la autobiografía de Miguel de Castro: «*Vida del soldado español Miguel de Castro (1593-1611)* escrita por él mismo». En ella hace mención del «Auditor de Tercio» (o auditor particular), del «Auditor General», del «Sargento Mayor» (como partícipe en funciones judiciales) y del «Capitán de Justicia», como asimismo del «proceso de justicia» y de las «graves e inviolables penas» (67).

Moreno Casado, en su citado e interesante trabajo de 1961,

(66) LONDOÑO, SANCHO DE: *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado*. Madrid, 1593, págs. 13, 14, 15, 21, 22, 29 y 30.

(67) CASTRO, MIGUEL DE: *Vida del soldado español Miguel de Castro (1593-1611)*, escrita por él mismo. Buenos Aires, 1949, págs. 12, 29 a 31, 16, 77, 78 y 103.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

publica un diccionario castrense de las voces más usuales en la época historiada. Al Barrachel o Barrichel le considera como «Oficio jurídico militar del siglo XVI, Capitán de alguaciles o alguacil mayor del campo o ejército, capitán de campaña». Y al Preboste, como órgano de persecución de malhechores, con asignación de funciones de policía y el cometido específico de velar por la observancia de los bandos y órdenes del General. También señala como propia del Preboste la de *formar sumaria* a los malhechores, función ésta que le asigna Felipe V en sus Ordenanzas de 1728, es decir, ciento cuarenta y un años después de las de Alejandro Farnesio (que, en realidad, sólo le encomienda funciones de Policía judicial y de ejecución de sentencias firmes de los Auditores actuantes en nombre de la Autoridad militar suprema).

ORDENANZAS DE FELIPE III:

8 de julio de 1603 y 17 de abril de 1611

Algunos autores, expositores o compiladores de nuestro Derecho Militar (68) omiten la cita de las dos Ordenanzas Militares promulgadas por Felipe III. Por el contrario, aparecen citadas por Querol (69), Goicoechea (70), Montserrat Alsina (71) y Marfil (72). Es curioso que Portugués (73) reproduzca una Real Cédula de 11 de diciembre de 1598, expedida por Felipe III y atinente al Supremo Consejo de Guerra, y no haga mención de las dos Ordenanzas —sin duda, de más trascendencia que la disposición reproducida—.

Las primeras Ordenanzas de Felipe III son de 8 de julio de 1603. Son unas Ordenanzas embrionarias, tendentes a contrarrestar la creciente relajación de la disciplina militar. El soldado de 1600 ha sido definido por Ortega como «hombre suelto, sin raíces en ninguna disciplina interna que, sabiéndose sometido a la externa de la ordenanza, encuentra en ello motivo para emanciparse de todo otro respecto». A juzgar por los documentos de

(68) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Ob. cit.*, pág. 240 y sigs. MÉNDEZ ALANIS, R.: *Legislación militar*. Tomo I, La Habana, 1896, pág. 86 y sigs. GUZMÁN, ANTONINO: *Ob. cit.*, págs. 85-89. FELIÚ DE LA PEÑA: *Ob. cit.*, pág. 9 y sigs., etc.

(69) QUEROL Y DURÁN, FERNANDO DE: *Principios de Derecho Militar Español* (Madrid, 1948). Sobre Ordenanzas del siglo XVII.

(70) GOICOECHEA, A.: *Conferencias pronunciadas en la Academia del Cuerpo Jurídico Militar en el curso 1940-41*. Madrid, 1941, pág. 70.

(71) MONSERRAT ALSINA: *Trab. cit.*, pág. 52.

(72) MARFIL, MARIANO: *Voz Ordenanzas militares*, en el Tomo XXIV de la *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, sin año, pág. 22 y sigs.

(73) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 47 a 49.

la época, las Ordenanzas tampoco lograban esa externa disciplina (74).

En 17 de abril de 1611 son revisadas estas Ordenanzas de 1603, en un sentido más tuitivo de la disciplina. En esencia, las primeras y las obtenidas de su revisión tienen un mismo contenido: cualidades personales y prendas morales, capacidad de instrucción y servicios de los Maestros de Campo y Capitanes, sus respectivas funciones, leyes penales y organización de Tercios. Desde el punto de vista procesal-orgánico, subsiste la autoridad jurisdiccional del Capitán o Comandante General, asistido del Auditor, en quien puede delegar sus funciones judiciales.

En 10 de diciembre de 1603, el Archiduque Alberto se dirige a Felipe III desde Bruselas. Su carta es un comentario, breve y respetuoso, de las Ordenanzas de 8 de abril del mismo año. Las considera «muy difíciles de cumplir», sin duda por un exceso de conceptos abstractos y de reglas morales, coexistentes con una escasez de preceptos concretos de sentido pragmático.

También para la Marina promulga Ordenanzas Felipe III: la «Ordenanza para las Armadas del Mar Océano» (1606) y las «Ordenanzas de Galeones y Galeras» (1608, 1613, 1618).

El profesor Olesa Muñido, que ha estudiado la organización de la Marina en los siglos XVI y XVII, no cita las Ordenanzas de Felipe III. Tan sólo hace alusión a los «alguaciles de galeras» y a los «Cómitres y subcómities» de un modo eventual (75).

En definitiva, el reinado de Felipe III (1598-1621) viene a resultar intrascendente en la historia de la Jurisdicción penal militar, constituyendo sólo un puente entre las Ordenanzas de 1587 y las de 1632, entre Alejandro Farnesio y Felipe IV. Con este reinado se inicia la decadencia española. En la vida militar se refleja ostensiblemente. Aún quedan soldados que saben comportarse de modo valeroso, pero van desapareciendo los impulsados por una moral de victoria. Y las promulgaciones legales resultan muchas veces ineficaces frente a una indisciplina creciente.

ORDENANZAS DE FELIPE IV (28 junio 1632)

En el reinado de Felipe IV (1621-1665), las Ordenanzas de Felipe III son sustituidas por las de 28 de junio de 1632, cuyo título general es éste: «Real Ordenanza de 28 de junio de 1632

(74) ORTEGA Y GASSET, J.: *Ob. cit.* en nota 56, pág. 165.

(75) OLESA MUÑIDO, FRANCISCO-FELIPE: *La organización naval de los Estados mediterráneos y en especial de España durante los siglos XVI y XVII*. Madrid, 1968, Tomo I, pág. 376, Tomo II, pág. 703.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

sobre Disciplina Militar, mando, sueldos, ventajas, provisiones de empleos y otras cosas» (76).

Como preámbulo justificativo de la promulgación figura esta frase, reveladora del estado de indisciplina de la época:

«EL REY. Por quanto la Disciplina Militar de mis Exércitos ha decaído en todas partes, de manera que se hallan sin el grado de estimación que por lo pasado tuvieron; habiéndose experimentado diferentes sucessos que los del tiempo en que estaba en su punto y reputación, lo qual ha causado la falta de observancia de Mis órdenes, y por convenir tanto a mi servicio restaurar lo que se ha relajado con los abusos que se han ido introduciendo, mandé formar una Junta de Ministros de mis Consejos de Estado y Guerra, donde se vieron las Ordenanzas que el Rey, mi Señor y Padre (que haya Gloria) mandó establecer en 16 de abril del año de 1611, y advertencias que sobre ello se me dieron, precedidas de lo que la experiencia ha mostrado, que conviene disponer para el mejor gobierno de mis Armas; y habiéndome consultado muy particularmente sobre todo, he resuelto lo siguiente: ... (Siguen las reglas a que debe ajustarse la vida militar en sus diversos aspectos.).»

Como dice Montserrat Alsina (77), estas Ordenanzas contienen «muy escasos preceptos sobre Justicia militar», aun siendo «algo más amplias que las de Felipe III». Tan escasos son los preceptos reguladores de la Jurisdicción marcial que, en realidad, quedan reducidos a la Regla 65:

«Y por quanto en algunos de mis Exércitos, con la larga Paz, se han ido introduciendo muchos abusos, y entre ellos estoy informado que ni a los Maestres de campo, ni a los Capitanes les dexan sus Generales la mano que en razón tengan sobre sus Tercios y Compañías, como las tienen en las Provincias que hay Guerra rota: mando que los Auditores particulares en la primera Instancia conozcan de todas las causas civiles y criminales que se ofrecieren entre la gente de los dichos Tercios y que las sentencias que pronunciaren sean (executivas), consultándolas primero con los dichos Maestres de campo, y si las Partes apelaren de ellas, otorguen las apelaciones para los Auditores generales.»

De esta Regla 65 de las Ordenanzas de Felipe IV se infiere:

a) Doble instancia en las causas civiles y criminales del personal castrense; la primera, confiada a los Auditores particulares

(76) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 66 a 123.

(77) MONTSERRAT ALSINA, S.: *Trab. cit.*, pág. 52.

(los de los Tercios); la segunda, a los Auditores generales (los de las Provincias, o regiones, y los de los Ejércitos en campaña).

b) Intervención de autoridades militares (como los Maestros de campo) en el ejercicio de la Jurisdicción, por vía de consulta, y

c) Concepción de la Jurisdicción militar como fuero o privilegio especial de los militares, puesto que tanto las causas civiles como las criminales de los mismos se sustraen al enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios.

El profesor Deleito y Piñuela (78), que ha estudiado profundamente la España de Felipe IV, señala la presencia de «un auditor letrado» en cada Tercio y, con referencia a los «ejércitos en campaña», afirma que sus jefes supremos, los Capitanes generales, ejercían «jurisdicción militar» (aun cuando eran los Auditores quienes actuaban en nombre de los mismos). El propio profesor, refiriéndose al grave estado de indisciplina castrense de la época, afirma que por «espíritu de Cuerpo», las autoridades militares se oponían a toda intervención de las civiles en la represión de desmanes de sus subordinados. Las acusaciones o reclamaciones de autoridades civiles (judiciales o gubernativas) se estimaban menoscabos del fuero militar y «entrometimientos de otro cuerpo y de otra jurisdicción», hasta el punto —añade— de constituir «gallardía temeraria o heroica» la defensa de la competencia de la Jurisdicción ordinaria en causas por delitos extramilitares, cometidos en lugares no castrenses, por personas pertenecientes a los «ejércitos».

En los *Avisos de Pellicer* del 14 de junio de 1639 (79), se afirma, explícitamente, que la confianza de los soldados en sus propios órganos jurisdiccionales les impulsa a cometer, en la Corte, diversos delitos que, tal vez, no se perpetrarían de saber que el enjuiciamiento iba a corresponder a Jueces y Magistrados de la Jurisdicción ordinaria.

FUEROS ESPECIALES EN LA JURISDICCION CASTRENSE

Dentro de la organización jurisdiccional especial de Guerra, los monarcas de la Casa de Austria conceden fueros especiales a determinados Cuerpos. Usando de frase del profesor Prieto-Castro, respecto de situación similar reciente, podría hablarse de «especialidad de la especialidad» (80).

(78) Prof. DELEITO Y PIÑUELA, J.: *El declinar de la monarquía española*. Madrid, 1947, 2.ª ed., págs. 163 a 224.

(79) PELLICER: *Avisos*. Cita del profesor Deleito en obra citada nota anterior, pág. 219.

(80) Prof. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho procesal penal (esquema)*. Madrid, 1968, pág. 4.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Carlos I, por Real Ordenanza de 13 de junio de 1551, promulgada «para el Gobierno y Paga de las Compañías de *Caballería*, nombradas *Guardas Viejas de Castilla*», dispone en la regla 21 de las mismas: «Mandamos que qualquiera pleytos que ovieren e se ofrecieren entre la gente de nuestras Guardas, assi sobre causas Civiles, como Criminales, las haya de juzgar, e juzgue el Alcalde que es, o foere de la gente de nuestras Guardas; e que no hallándose presente en el Aposento donde residen, sea Juez de los dichos pleytos, e diligencias el Capitán de cada Compañía; pero si el dicho Alcalde veniere al Aposento antes de ser sentenciada la causa, deberá abocarla a sí, y acabar de determinarla; é queremos, que si la sentencia que da dicho Capitán quiesieren apelar, lo puedan hacer, é se les otorgue la apelación» (81).

El mismo monarca, por Real Cédula de 10 de febrero de 1553, concede fuero especial al Cuerpo de Artillería (82).

Felipe II, por Reales Cédulas de 3 de noviembre de 1586 y de 18 de noviembre de 1593 confirma el propio fuero especial de la Artillería (83).

Felipe III hace lo propio por Real Cédula de 3 de noviembre de 1612 (84).

Felipe IV ratifica el mismo fuero especial por su Real Cédula de 13 de junio de 1630 (85).

Por último, Carlos II, por Real Cédula de 24 de febrero de 1670, viene a confirmar el mismo fuero (85 bis).

No hay, pues, un solo rey de la Casa de Austria que omita esta «especialidad de la especialidad».

EL SUPREMO CONSEJO DE GUERRA DURANTE LA CASA DE AUSTRIA

Como señala Alejandro de Bacardi (86), en el siglo XVI se organiza «de modo netamente militar» el llamado «Real y Supremo Consejo de Guerra», o «Supremo Consejo de Guerra», o simplemente «Consejo de Guerra» —denominación esta última que, por su afán de simplificación, ha dado motivo a confusiones; pensándose, a veces, que el moderno Consejo de Guerra jurisdiccional existió antes de Felipe V—. De la Peña Cuéllar (87) ha considerado como «Consejo de Estado castrense», más que como «Tri-

(81) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 1 a 13.

(82) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 1 y sigs.

(83) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, págs. 7 y 8.

(84) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, págs. 13 y 14.

(85) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, págs. 15 a 18.

(85 bis) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 25.

(86) BACARDI, A. DE: *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 186 y sigs.

(87) PEÑA CUÉLLAR, N. DE LA: *Ob. cit.*, pág. 177 y sigs.

bunal de Justicia», a este «órgano superior consultivo», investido de algunas funciones jurisdiccionales, al decidir de agravios producidos por sentencias de autoridades judiciales castrenses. Sobre todo, lo ha estimado así con relación a la época de la Casa de Austria, considerando acertado que Felipe II confiase a los «Alcaldes de Casa y Corte» las funciones de dicho Consejo en «negocios de justicia».

Felipe II, por Real Cédula de 21 de mayo de 1594, dispone que, salvo en cuestiones afectantes a la disciplina militar, todas las causas civiles y criminales asignadas al Consejo Supremo de Guerra sean, en lo sucesivo, de la competencia de los Alcaldes de Casa y Corte; disponiendo, además, que, en cualidad de Asesores, queden agregados dos Letrados al citado «Consejo de Guerra».

Felipe III, por Real Cédula de 11 de diciembre de 1598, revoca la dictada por su agusto padre en 1594 y manda que «*el Consejo de Guerra vuelva a conocer de los negocios de justicia que se habían cometido a los Alcaldes de Corte*» (88).

Sin ninguna alteración en lo concerniente a su competencia objetiva ni a la funcional, aluden al Supremo Consejo de Guerra la Carta-orden de *Felipe IV* de 15 de julio de 1659 y el Auto de Carlos II de 15 de marzo de 1697. Esta última resolución confirma el carácter de Tribunad de apelación concurrente en el Supremo Consejo (89).

En síntesis: este Consejo, concebido inicialmente como órgano consultivo en materia militar asume, a lo largo de su historia, más por imperio de la costumbre que por señalamiento legal de atribuciones, la función de entender en apelaciones o agravios con motivo de sentencias de los órganos jurisdiccionales castrenses —tanto de carácter estrictamente militar como de orden civil o criminal común—. Felipe II, mostrando un sentido lógico-jurídico muy plausible, reduce sus atribuciones a las materias relacionadas con la disciplina militar. A su muerte, su hijo y sucesor restablece la situación anterior a la Real Cédula de 1594. Y así continúa durante todo el reinado de la Casa de Austria.

LA JURISDICCION MILITAR BAJO LA CASA DE BORBON: ULTIMO PERIODO DE ORDENANZAS

La muerte de Carlos II en 1.º de noviembre de 1700, no sólo es la del quinto rey de la Casa de Austria, sino también la de esta propia dinastía definitivamente separada del rectorado de la vida española. A Carlos II sucede el Duque de Anjou, primer monarca

(88) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 47 a 49.

(89) VALLECILLO, A.: *Ob. cit.*, Tomo II, págs. 451 a 453.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

de la Casa de Borbón, con el nombre de Felipe V. Ocupa el trono de España el 18 de febrero de 1701. Y se enciende la Guerra de la Sucesión (1702-1714). El triunfo borbónico lleva consigo innovaciones de todo orden. Y en el aspecto militar, no sólo una reorganización completa, sino también la reforma del sistema orgánico de la Justicia castrense. En efecto: se debe a Felipe V la implantación del Consejo de Guerra, no en el sentido de órgano consultivo o decisorio de recursos extraordinarios, sino en el de Tribunal militar de primera o de única instancia: en el de órgano jurisdiccional, que fusiona en los Oficiales las funciones de mandar y juzgar. La institución, de abolengo en Francia —según el profesor Huguenev (90)—, se supone instaurada en España por la influencia de la Ordenanza Militar de 1667, obra de Luis XIV. La Ordenanza en cuestión había establecido los Consejos de Guerra con la denominación de *Conseils Prévotaux*, ya que hasta 1750, por iniciativa del Duque de Choiseul, no reciben el nombre de *Conseils de Guerre* (91).

ORDENANZAS DE FELIPE V

(18 de diciembre de 1701 y 12 de julio de 1728)

El primer monarca de la Casa de Borbón promulga, en un período de veintisiete años, dos Ordenanzas Militares: la «Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701», en que se concede a los Regimientos los Consejos de Guerra, y trata de la subordinación y disciplina de las Tropas, su Fuero, Desertores, Revistas, castigo para las plazas supuestas, asistentes, Duelos, Desafíos y Casamientos de Oficiales y soldados» (92), y las «Reales Ordenanzas de 12 de julio de 1728 para la Infantería, Caballería y Dragones» (93). Las segundas constituyen el perfeccionamiento de las primeras —publicadas en plena Guerra de Sucesión—.

Tanto en las de 1701 como en las de 1728, se exponen los motivos de la institución del *Consejo de Guerra*; expresión que desde la Casa de Borbón es susceptible de dos acepciones: a) Supremo órgano consultivo o Consejo de Estado castrense, como venía siendo desde la Edad Media el Real y Supremo Consejo de Guerra, a veces simplemente denominado «Consejo de Guerra»; b) Órgano jurisdiccional integrado por Oficiales que ejercen, a un

(90) Prof. HUGUENEV, PIERRE: *Traité de Droit pénal et de Procédure militaire*. París, 1933, pág. 34.

(91) SIAMM, ALBERT: *Étude de la Compétence des Tribunaux militaires en temps de paix*. Nancy, 1932, pág. 16.

(92) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo I, págs. 238 a 275.

(93) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo III, págs. 129 a 147.

tiempo, mando y jurisdicción sobre sus soldados, constituyendo un escabinato marcial, acorde con la tesis francesa de ser necesario, para el mantenimiento de la disciplina militar, el temor del soldado al Oficial, al concurrir en éste la potestad de mando y el ejercicio de jurisdicción.

«... Y siendo nuestra intención —se dice en las Ordenanzas de 1701— de que los Oficiales en adelante respondan de ello (contener las tropas en una exacta obediencia y disciplina militar) y puedan contener a los soldados de su Regimiento o Tercio en su obligación, hemos dado y concedido, como damos y concedemos por ésta, el Consejo de Guerra a todos los Tercios y Regimientos de nuestras Tropas, assi de Infantería, y Caballería, como de Dragones, de qualesquier Nación, Española, Italiana, Walona, o tal otra que pudiere ser, para juzgar de todos los crímenes y delitos militares y castigarlos por las penas, en la forma y manera que queda aquí abaxo reglado...» (Con la sola sustitución de la palabra «intención» por la de «ánimo» y alguna leve modificación de expresiones, viene a razonarse de igual modo en las Ordenanzas de 1728.)

El Consejo de Guerra, concebido como Tribunal juzgador en el ámbito penal-militar, se crea —solamente— por Felipe V para conocer y decidir en causas contra soldados, sargentos y clases de tropa de Infantería, Caballería y Dragones, «por crímenes y delitos militares». En los procesos contra Oficiales, es competente el «Superintendente de la Justicia Militar», tanto «por el crimen militar como por el civil». Del mismo modo se previene que los soldados y clases, en lo exceptuado del concepto de «crímenes y delitos militares», serán juzgados por la «Justicia Militar» (es decir, el tradicional Juzgado de Guerra constituido por el Capitán General y su Auditor).

Viene a establecerse una diferenciación entre «Consejo de Guerra» y «Justicia Militar» (el primero, Jurisdicción castrense excepcional y extraordinaria; la segunda, Jurisdicción marcial ordinaria), que ha perdurado bastante tiempo y ha contribuido a la confusión.

La Real Ordenanza de 1701 confiere la misión instructoria al «Sargento Mayor» o al «Ayudante» del Tercio o Regimiento a que perteneciere el delincuente, cuando éste haya de comparecer ante Consejo de Guerra. Contiene una «Instrucción según la qual el Consejo de Guerra habrá de juzgar». Y asigna a los Capitanes del Tercio o Regimiento la incumbencia de constituir el Consejo de Guerra, bajo la presidencia del Coronel o, en su caso, Teniente Coronel del Cuerpo. Al Instructor se le encomienda también la función acusatoria.

Las Ordenanzas de 1728, perfeccionadoras de las de 1701, responden a la necesidad de eliminar las dudas y cuestiones suscitadas por las mismas, al imperativo de eliminar el «grave

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

perjuicio» determinado por la «confusión y variedad» de las disposiciones que se reforman. El título X del Libro II regula, con cierta exhaustividad, la constitución y funcionamiento de los Consejos de Guerra. Y el título IX del mismo Libro se refiere al Preboste.

Los órganos actuantes en el proceso militar son los siguientes:

a) Sargento Mayor, o en su caso Ayudante del Regimiento, obligado a cursar los partes sobre comisión del delito y aprehensión del culpable (art. 6.º del título X del Libro II).

b) El propio Sargento Mayor en funciones de Fiscal-Instructor (art. 14 del título X del Libro II).

c) El Gobernador o Comandante de la Plaza, o en campaña, el General en Jefe del «Ejército», a quien compete autorizar la constitución del Consejo de Guerra (art. 15 de iguales título y Libro).

d) El Consejo de Guerra, constituido por todos los Capitanes del Regimiento, que deben votar según conciencia y honor «sobre las Ordenanzas» (arts. 15 y 16 de iguales título y Libro). En caso de delitos cometidos en el seno del Cuerpo o Regimiento, no en la Plaza, el Consejo se denomina «de Cuerpo» o «particular de su Regimiento», constituyéndose por trece o quince Capitanes (art. 18 del título X del Libro II).

e) El Gobernador o Comandante de la Plaza, el Coronel o Teniente Coronel del Regimiento, o el Comandante del Cuerpo, a quienes se confía, según los casos, la presidencia del Tribunal (arts. 15 y 23 del título y Libro citados).

f) El Preboste, ejecutor de la sentencia del Consejo o de la que él mismo pudiese dictar en ciertos casos, previa formación de proceso, asistido de Escribano, en causas por delitos flagrantes u otros especialmente graves (arts. 1 y 2 del título IX del Libro II).

Se prevé, en los procesos militares, la defensa del reo, confiada a un Oficial del Regimiento —«para que le asista de Procurador», según la expresión del artículo 26 del título X del Libro II—.

Finalmente, se da intervención *post sententiam* al Capitán o Comandante General, que puede suspender la ejecución del fallo, si lo estima injusto, en cuyo caso ha de dar cuenta al Rey, pero no conmutar ni indultar (art. 31 de iguales título y Libro).

Una especialidad del procedimiento judicial militar en estas Ordenanzas de 1728 es la del llamado «Consejo de Guerra *en rebeldía*». Declarada la contumacia, se condenará al reo y se elevará al Rey la causa original. De ser aprehendido el condenado,

sufrirá la pena de muerte por desertión; aunque, por el delito principal, no se le haya impuesto la última pena. Así lo dispone el artículo 41 del título X del Libro II.

ORDENANZAS DE CARLOS III (22 octubre 1768)

En el reinado de Carlos III (1759-1788) se produce la última promulgación de Ordenanzas que registra nuestra historia jurídica castrense. Realmente, las Ordenanzas no han sido objeto de expresa derogación: podrían considerarse vigentes en todo aquello no contradicho por disposiciones ulteriores.

La elaboración de las Ordenanzas carolinas se inicia en los últimos meses de 1749. Más de veinte Oficiales Generales intervienen en su redacción, pero los principales artífices son el Conde de Aranda (Capitán General) y don Antonio Oliver (Teniente General). Y muchos de sus preceptos pueden estimarse inspirados por las Ordenanzas de Marina de 1748 (especialmente, en la regulación del Consejo de Guerra, en la misión del Fiscal-Instructor, en la del Auditor y en la necesidad de Defensor en todo enjuiciamiento).

En 22 de octubre de 1768, el Rey promulga, en San Lorenzo el Real, las denominadas *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*. Refrenda la promulgación don Juan Gregorio de Muniain, Secretario del Despacho de Guerra (94). Tras la enumeración de los principales títulos del Monarca («Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las Dos Sicilias, de Jerusalén, de Granada, de Toledo...»), aparece esta breve exposición de Motivos:

«Por cuanto ha manifestado la esperiencia que en la observancia de las Ordenanzas militares espedidas desde el año de mil setecientos veinte y ocho se han ofrecido algunas dudas que o consultadas atrasaban mi servicio, o mal interpretadas podrían (tal vez) perjudicarle y que en la falta de regla fija que no daban por muchos asuntos del interior Gobierno de los Cuerpos, quedaba espuesto a deformidad y voluntaria variación el método de buen régimen en ello; por tanto, he resuelto que, anuladas en todas sus partes las referidas Ordenanzas, se observen invariablemente para la disciplina, subordinación y servicio de mis ejércitos las que esplican los tratados y títulos siguientes...»

Las Ordenanzas de 1768 se refieren a cuestiones judiciales en los Tratados VI, VII y, de modo especial, VIII.

(94) *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de los Ejércitos nacionales*. Tomo I, Madrid, Imprenta del editor D. P. Sanz y Sanz, 1839; Tomo II, Madrid, 1859, págs. 1 a 14.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

En el Tratado II, el título XII hace referencia al «Sargento Mayor de Infantería» y el título XIII al «Sargento Mayor de Caballería y Dragones». Uno y otro están obligados a instruir «todos los procesos que ocurrieren en su regimiento»; formulando, al final, su «conclusión fiscal» (art. 4.º del título XII, y art. 1.º del título XIII, ambos del Tratado II).

En el Tratado VII, el título II se refiere a las «clases de que se compone el Estado Mayor del Ejército». Y en el artículo 1.º del citado título II se establece:

«La Plana Mayor del Ejército se compondrá de las clases siguientes: ... Ministerio de Justicia: Auditor General. Preboste.»

Es decir, el General en Jefe tiene, en su *Estado Mayor o Plana Mayor* (conceptos que en el siglo XVIII se usan como sinónimos), un «Ministerio de Justicia» a cargo de un Auditor General, que ejerce la jurisdicción militar en su nombre, y de un Preboste, a quien se encomiendan funciones de Policía judicial y de ejecución de sentencias.

El Tratado VIII lleva el epígrafe «De las materias de Justicia». Consta de nueve títulos. De ellos, el IV, el V, el VI, el VII y el VIII se refieren más especialmente a la organización de la Jurisdicción. Y los títulos I, II y III contienen reglas sobre el Fuero castrense —concebido como privilegio de clase—, eventos exceptuados de enjuiciamiento marcial y casos en que el personal civil puede ser enjuiciado militarmente.

En el artículo 1.º del título III de este Tratado VIII se expresa claramente la motivación:

«Para atajar los inconvenientes que (con atraso de mi servicio y competencia de jurisdicciones) detienen o embrazan la buena administración de justicia, así por solicitar el fuero militar muchos que no deben gozarle, declaro que el referido fuero pertenece a todos los militares que actualmente sirven y en adelante sirvieran en mis tropas regladas o en empleos que subsistan con actual ejercicio en Guerra...»

El artículo 5.º del mismo título I del Tratado VIII establece, de modo terminante:

«No podrán conocer de las causas civiles ni criminales de Oficiales las Justicias ordinarias, sino sólo el Capitán General, Consejo General o Comandante Militar del paraje donde residieren, según la diferencia y circunstancias de los casos en la forma que se explicará más adelante.»

No obstante, en el título II del Tratado VIII se fijan estas excepciones (casos en que el militar es objeto de enjuiciamiento por Tribunales comunes):

- «Resistencia formal a la Justicia.
- Desafío.
- Fabricación o expendición de moneda falsa.
- Extracción de moneda o pasta de oro o plata.
- Uso de armas cortas de fuego o blancas de las prohibidas.
- Robo o amancebamiento en la Corte.
- Delitos contra la administración y recaudación de las reales rentas.
- Delitos capitales cometidos antes de entrar al servicio militar.»

(Los artículos 1.º a 4.º del título II del Tratado VIII señalan las excepciones prerreferidas.)

En el título III del mismo Tratado (arts. 1.º y 4.º) se prevén los casos en que los «paisanos» (hombres civiles) son enjuiciados por los Tribunales castrenses:

- «Auxilio a la desertión o inducción y favorecimiento de la misma.
- Incendio de cuarteles, almacenes de boca y guerra y edificios reales militares.
- Robos o vejaciones que se ejecuten en tales parajes.
- Trato de infidencia por espías o en otra forma.
- Insulto de centinelas o salvaguardias, y
- Conjuración contra el Comandante Militar, Oficiales o tropa.»

El propio Tratado VIII, en su título IV, señala las causas que, privativamente, corresponden a los Capitanes Generales, sin intervención de Consejo de Guerra. Son las causas civiles y criminales de Oficiales por delitos sin conexión con el servicio. El Auditor sustancia las causas, en nombre del Capitán General. Los recursos contra sentencias dictadas en tales procedimientos son decididos por el «Supremo Consejo de Guerra», que «determinará en última instancia» (arts. 1.º y 3.º de los mencionados Tratado y título).

El título V del mismo Tratado regula el *Consejo de Guerra Ordinario* para juzgar «desde Sargento inclusive», en causas por delitos no exceptuados del Fuero militar. También es competente para juzgar a los Cadetes, si éstos perpetraren los de inobediencia, falta de subordinación y los denominados «crímenes feos» (sic) —arts. 1.º y 2.º de los citados título y Tratado—.

En las causas que debe ver y fallar el Consejo Ordinario, actúa como Instructor el Sargento Mayor. Para sustanciar el *proceso*

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

(es ésta la exacta expresión de las Ordenanzas), dispone de veinticuatro horas en campaña y de setenta y dos en guarnición, «a menos que concurran razones tan considerables que obliguen a diferirlo». El Instructor actúa después como Fiscal, debiendo formar el «memorial», leerlo ante el Consejo y formular después, a la vista de las informaciones recibidas, «su conclusión o dictamen» (arts. 5.º, 12 y 38 de los mencionados título y Tratado).

La defensa se encomienda a un Oficial, que usará de *razones sólidas, no sofisticas* (Tratado y título referidos, art. 39).

El reo no está presente en la vista. Acude después de los informes del Fiscal y del Defensor. Se le exige «juramento de decir verdad» (Idem, *id.*, arts. 43 y 43).

Sobre la constitución del Tribunal, se distingue el caso grave del no grave. En el primero, pueden ser trece o quince los juzgadores. En el segundo, sólo actúan siete.

La presidencia corresponde al Coronel del Cuerpo (art. 27, Tratado y título citados).

El Auditor no tiene intervención en los procesos confiados al Consejo de Guerra Ordinario más que en un caso: el de que se estime injusta la sentencia por el Capitán o Comandante General. En tal supuesto, ha de dictaminar (art. 58, Tratado y título citados).

En el escalonamiento jerárquico figura como órgano jurisdiccional de más relieve el *Consejo de Guerra de Oficiales Generales* (título VI del mismo Tratado VIII). Tiene la misión de juzgar a Oficiales —en sentido lato—: desde Oficial subalterno hasta General— por «crímenes militares y faltas graves» (art. 1.º del título y Tratado de referencia). Corresponde la presidencia al Capitán General de la demarcación o al Comandante General del Ejército actuante; debiendo integrar el Tribunal siete Oficiales Generales como mínimo, sin que el número de juzgadores sea superior a trece. En defecto de Oficiales Generales, pueden actuar los Brigadieres. Un Auditor de Guerra asiste como Asesor, con voz, pero sin voto (art. 2.º, Tratado y título citados). El Instructor del proceso actúa como Fiscal ante el Consejo (arts. 7.º y 13, Tratado y título referido). La defensa se encomienda a un militar, denominado «Oficial Procurador» (Idem, *id.*, arts. 16 y 17). Y el reo sólo asiste, si lo pidiere o si el Consejo lo creyere «absolutamente necesario» (Idem, *id.*, art. 15). Como regla de enjuiciamiento, se establece por el artículo 18 de los referidos título y Tratado que cada juzgador dará su parecer, a la hora deliberante, «*sin pasión y según su conocimiento, honor y conciencia*».

Por el título VII del Tratado VIII (arts. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º) se indican como delitos asignados a la competencia del Consejo de Oficiales Generales los siguientes:

- Insuficiente defensa de plaza, fuerte o puesto guarnecido.
- Entrega de plaza, fuerte o puesto.
- Rendición motivada por desobediencia de inferiores y por llamar éstos a los enemigos, sin que el Jefe de plaza, fuerte o puesto pudiese remediarlo.
- Correspondencia con el enemigo.
- Abandono deliberado de puesto en acción de guerra o «marchando a ella».
- Pérdidas por sorpresa de plazas, fuertes o puestos.
- Desamparo a tropa subordinada, y
- Revelación de secretos militares.

Finalmente, el título VIII del Tratado VIII de las Ordenanzas carolinas se refiere a los *Audidores*, delegados del Mando castrense —de los Capitanes Generales— para conocer y sentenciar en las causas no sometidas a Consejo de Guerra, bajo la fórmula «Nos el Capitán General ... Vistos estos autos, fallamos que debemos condenar y condenamos (o absolver y absolvemos)...», y firmando el Auditor en nombre de la Autoridad Militar. La sentencia del Auditor general del Ejército es inapelable, pero podrá recurrirse en *agravio*, ante el Rey, que «mandará examinar el recurso» (art. 6.º, Tratado y título citados).

Se infiere, pues, del examen y estudio de la regulación jurisdiccional de estas Ordenanzas:

1.º Que el Consejo de Guerra ordinario y el de Oficiales Generales sólo son órganos jurisdiccionales en determinados casos de específica delincuencia castrense.

2.º Que fuera de tales supuestos, la Autoridad jurisdiccional es el Capitán o Comandante General en primera o única instancia.

3.º Que la potestad jurisdiccional del Capitán General se delega ampliamente en el Auditor, en todos los casos no señalados como de la competencia del Consejo de Guerra.

4.º Que las sentencias de los Consejos de Guerra ordinarios han de ser examinadas por el Capitán o Comandante general, a efectos determinativos de su justicia o injusticia (sólo en el caso de estimarse injustas, se oye al Auditor).

5.º Que el Auditor, en los Consejos de Oficiales Generales, es sólo un Asesor desprovisto de participación en la decisión.

6.º Que la sentencia del Consejo de Oficiales Generales no necesita de aprobación de la Autoridad Militar, ya que es ésta, precisamente, la que tiene asignada la presidencia del Tribunal.

7.º Que las funciones de Instructor y Fiscal son ejercidas en

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

todos los procesos por un mismo Jefe (el «Sargento Mayor», denominación del actual «Comandante» en el siglo XVIII).

Por último, debe resaltarse que el Supremo Consejo de Guerra no aparece regulado en las Ordenanzas, aunque se le menciona como órgano encargado de resolver los recursos contra sentencias de los Capitanes Generales en causas ajenas a la competencia del Consejo de Oficiales Generales (art. 3.º del título III del Tratado VIII, ya citados).

ESPECIALIDADES JUDICIALES MILITARES EN RELACION CON LA MARINA DE GUERRA

En el siglo XVIII, la Casa de Borbón promulga tres ordenanzas militares navales:

- a) Las de 15 de noviembre de 1737 (Felipe V).
- b) Las de 13 de octubre de 1748 (Fernando VI).
- c) Las de 8 de marzo de 1793 (Carlos IV).

De estos tres Cuerpos legales ofrece mayor interés el de 1748. En efecto, las Ordenanzas de 1737 sólo estuvieron vigentes once años, siendo necesario corregir y enmendar los defectos observados en ellas. Y las de 1793 mantuvieron, en lo judicial, el sistema de las de 1748.

Las Ordenanzas Militares Navales de Fernando VI se publican con este título:

«Ordenanzas de Su Magestad para el Gobierno Militar, Político y Económico de su Armada Naval.—Madrid.—Imprenta de Juan de Zúñiga.—Año de MDCCXLVIII.»

Su principal autor ha sido el Capitán de Navío don Joaquín de Aguirre y Oquendo, primer Mayor General de la Armada. Y, en cierto modo, se acusa el influjo de las Ordenanzas francesas de 15 de abril de 1689.

El Tratado V de las Ordenanzas de 1748 tiene este epígrafe: «De la disciplina y materias de Justicia». Consta de cinco títulos, de los cuales el III, el IV y el V se refieren a la Jurisdicción militar de la Armada.

En el título III del mencionado Tratado V se regula el llamado *Consejo de Guerra Criminal*, instituido para «Sargentos, Tambores, Cabos y Soldados de los Cuerpos de Infantería y Artillería embarcados o desembarcados», «Oficiales de mar de todas clases» y «Artilleros, marineros y grumetes de servicio en navíos de la Armada». La misión instructoria se confía a un Oficial («El Oficial que formase el proceso...») —dice el artículo XXII de este

título III del Tratado V). Y al «Sargento Mayor» o al «Ayudante» se le encomienda la función de Fiscal (artículo XXIV de iguales título y Tratado).

En asuntos civiles y en delitos comunes o que no tengan conexión con el servicio, la jurisdicción reside en el Comandante General del Departamento, con su Auditor (título V del Tratado V).

Respecto de posibles recursos, el artículo LXXVII del título V del Tratado en cuestión establece que no cabe apelación contra sentencias del Consejo de Guerra en causas contra Sargentos, Cabos, Soldados de Infantería y Artillería, o contra Oficiales y gente de mar de todas clases. Por el contrario, de las sentencias que dicten los Comandantes Generales o Intendentes, pueden las partes recurrir en *agravio* ante el «Consejo Supremo de Guerra», «donde serán oídas en justicia».

FUEROS ESPECIALES EN LA JURISDICCION MARCIAL

Los fueros especiales establecidos, dentro del Ejército, a favor de determinados Cuerpos, por los monarcas de la Casa de Austria, parecían llamados a la extinción bajo el signo renovador de la Casa reinante a partir del siglo XVIII. Pero no ocurre así. Felipe V, por Real Decreto de 3 de mayo de 1705 (95), y por Real Ordenanza de 2 de mayo de 1710 (96), mantiene el fuero especial del Real Cuerpo de Artillería —sustraído así a la potestad jurisdiccional de los órganos judiciales establecidos en las demás Armas y Cuerpos del Ejército—. Y por Real Ordenanza e Instrucción de 4 de julio de 1718 (97) establece el mismo fuero especial para el Cuerpo de Ingenieros Militares (creado en 1711).

Fernando VI, por Real Ordenanza de 1.º de marzo de 1750, concede también fuero especial a los Regimientos de Guardias de Infantería Española y Walona *en la Corte*, en *Quartel*, en *Guarnición* y en *Campamento* (98). La jurisdicción corresponde en tales Cuerpos a los Coroneles, asistidos de Asesor, sin más recurso que el de apelación ante el propio Rey («Sólo apelación a mi Real Persona») —arts. 2.º y 6.º del título XXXI de la referida Ordenanza—.

Hasta el Decreto de 16 de abril de 1869, consecuencia de la Revolución de 1868 y de su Decreto-Ley de Unificación de Fueros (6 diciembre 1868), no son suprimidos estos fueros especiales de los Cuerpos de Artillería e Ingenieros.

(95) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 26.

(96) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 59.

(97) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo VI, pág. 753.

(98) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo V, pág. 497 y sigs.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

EL SUPREMO CONSEJO DE GUERRA DURANTE EL SIGLO XVIII

En el siglo XVIII, bajo la Casa de Borbón, el Supremo Consejo de Guerra es objeto de diversas regulaciones, a veces contradictorias (Órgano de composición mixta, Tribunal exclusivamente togado, Consejo de miembros militares y Ministros togados...).

El Real Decreto de 23 de abril de 1714, dado por Felipe V, dispone que el Consejo conste de diecisiete ministros: seis militares, seis togados, un fiscal y dos abogados generales. El Rey se reserva la presidencia y el derecho de designar los consejeros (entre Capitane o Tenientes Generales, los Ministros militares; los Ministros togados, entre los presidentes y consejeros de los Reales Consejos, con preferencia de los que hubieren servido en Intendencias de «Exércitos o Provincias»; los abogados generales y el fiscal, entre los «más inteligentes y prácticos», tanto en la Jurisprudencia como en las dependencias del Consejo) (99).

Tras un Real Decreto complementario de 23 de agosto de 1715, se dicta el de 20 de enero de 1717, que excluye del Consejo a los Ministros militares y lo integra exclusivamente con Ministros togados (100).

Durante su efímero reinado, Luis I dicta dos Reales Decretos atinentes al Supremo Consejo de Guerra: el de 16 de febrero de 1724 (101), que ordena la remisión a dicho Tribunal de todas las «causas dudosas», y el de 7 de mayo de 1724, que da esta composición al Consejo:

- Dos Tenientes Generales (uno de Mar y otro de Tierra).
- Cuatro Consejeros Togados, y
- El Ministro de la Guerra, como Presidente (102).

En 4 de noviembre de 1773, un Auto de Carlos III da *nueva planta* al Consejo («Mi Supremo Consejo de Guerra...»). Se reserva el Monarca la presidencia. Y dispone que integren el Tribunal veinte Consejeros: diez natos y diez de *continua asistencia*. Habrá, además, un Fiscal Togado, otro Militar y un Secretario. Los cargos de Consejeros natos corresponden al Secretario del Despacho Universal de la Guerra, al Capitán más antiguo de las Reales Guardias de Corps, al Coronel más antiguo de las Reales Guardias de Infantería, a los Inspectores generales de Infantería, Caballería y Dragones, a los Comandantes generales de Artillería e Ingenieros y a los Inspectores generales de Marina y Milicias.

(99) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo II, págs. 10 y 11.

(100) BACARDI, A. DE: *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 186 y sigs.

(101) PORTUGUÉS, J. A.: *Ob. cit.*, Tomo II, pág. 621.

(102) BACARDI, A. DE: *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 186 y sigs.

Como Consejeros «de continua asistencia» han de designarse: dos Oficiales generales de Tierra, dos de Marina, un Intendente de *Exército*, otro de Marina y cuatro Ministros Togados. Un Fiscal ha de ser Togado y otro Militar (103).

Por último, la Real Cédula de 10 de mayo de 1797 —reinado de Carlos IV— permite la admisión por el Real y Supremo Consejo de Castilla de recursos de injusticia notoria contra sentencias de la Sala de Justicia del Supremo Consejo de Guerra (104).

LA JURISDICCION MILITAR EN LA ERA CONSTITUCIONAL Y EN LA CODIFICACION

Con el siglo XIX se inicia el movimiento jurídico de la Codificación, que, necesariamente, ha de repercutir en el Derecho Militar. En 1804, Napoleón promulga en Francia el Código Civil; en 1806, el Código de Procedimiento civil; en 1807, el Código de Comercio; en 1808, el Código de Instrucción criminal, y en 1810, el Código Penal. No promulga el Emperador ningún Código de Justicia Militar. Y es más: a pesar de su profesión, parece mostrarse partidario, en principio, de la unidad jurisdiccional. «La Justicia —dice— es una en Francia. Somos ciudadanos franceses antes de ser soldados... Todos deben, pues, sujetarse a la Jurisdicción común, siempre que ella esté presente» (105). No obstante, pone en funcionamiento «Comisiones militares», con poderes sumarísimos y excepcionales, al igual que había de hacer en España Fernando VII. El caso del Duque de Enghien es bien elocuente, trágicamente significativo (106).

En España, la Jurisdicción penal militar se ve afectada por el movimiento constitucional y por las agitaciones políticas (predominio absolutista o liberal, Gobiernos «moderados» o «progresistas»). La codificación se inicia relativamente pronto en lo penal (1822) y en lo mercantil (1829), pero se retrasa considerablemente en lo procesal, en lo civil y, especialmente, en lo militar. La primera ley Procesal civil es de 1855. La primera ley Procesal penal,

(103) VALLECILLO, A.: *Ob. cit.*, Tomo II, pág. 571.

(104) COLÓN DE LARRIATEGUI, F.: *Ob. cit.*, Tomo II, págs. 1 a 47.

(105) NUÑEZ DE ARENAS, ISAAC: *Bases y motivos en que se funda la reforma del Tratado de Justicia para la nueva Ordenanza Militar*. Madrid, 1856, pág. 71.

(106) PÉREZ GALDÓS, B.: «El terror de 1824», *Episodios Nacionales*, 2.ª serie, Madrid, Ed. Aguilar, 1950, págs. 1711, 1712, 1713, 1714, 1715, 1716, 1744, 1745 y 1747-1753. DUPONT, MARCEL: *La víctima de Napoleón (el Duque de Enghien)*, trad. esp. de Pedro Fraga, Madrid, 1945, págs. 123 a 208. Profesor ZABALA Y LERA, PÍO: *España bajo los Borbones*. Madrid, 1926, pág. 256.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

de 1872. El primer Código civil empieza a regir en 1889. Y el Código de Justicia Militar es de 27 de septiembre de 1890, fruto de la refundición del Código Penal del Ejército de 1884, de la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra del mismo año y de la ley de Enjuiciamiento militar de 1886. En otros países europeos, la codificación estaba ya lograda. En Italia, el rey sardo Carlos-Alberto, en el período 1839-48, había promulgado un Código Penal, otro de Procedimientos criminales y otro penal-militar. En Nápoles se había iniciado aún antes la codificación castrense: a partir de 1819 se promulgan un Código penal, un Código de procedimientos penales y los Estatutos penales militar y marítimo. El Ducado de Parma, confiado en 1815 a María-Luisa de Austria, segunda esposa de Napoleón, había iniciado en 1820 —un año antes de la muerte del Emperador en Santa Elena— el movimiento codificador, en consonancia con el espíritu de los tiempos. Y en Francia, en 9 de junio de 1857, se había promulgado el único Código que Bonaparte no había tenido interés en elaborar: el de Justicia Militar (107).

Desdoblado en 1807 el Supremo Consejo de Guerra en Consejo Militar de Tierra y Consejo de Marina o Almirantazgo, subsiste esta división hasta el Decreto de 10 de junio de 1812, en plena Guerra de la Independencia, que crea el denominado «Tribunal Especial de Guerra y Marina». En 19 de marzo del mismo año se había promulgado la primera Constitución política, cuyo artículo 250 conserva la Justicia Militar, como el 4.º de la de 1837 y el 9.º de la de 1845. Todos los Códigos constitucionales conservan la Jurisdicción de Guerra: el de 1869, el de 1876 y el de 1931. Las declaraciones sobre unidad de fuero, al no traducirse en leyes complementarias de los preceptos constitucionales, mantienen la diversidad jurisdiccional. La de 1931 —art. 95— reconoce, pero limita, la potestad jurisdiccional castrense, al no reconocerla por razón del lugar ni de la persona («La Jurisdicción penal militar —dice el párrafo segundo del citado artículo— quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de los Institutos armados». «No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares —añade el párrafo tercero—. Se exceptúa el caso de estado de guerra, con arreglo a la ley de Orden Público).

Entre las numerosísimas disposiciones sobre Justicia Militar, promulgadas en el siglo XIX con anterioridad a la codificación castrense, deben citarse como más importantes:

— Los títulos IV y V del Libro VI de la «Novísima Recopilación», atinentes a «Fuero Militar» y «Supremo Consejo de Guerra» (Leyes I y III), respectivamente.

(107) STAMM, ALBERT: *Trab. y pág. cit.*

— El Decreto CLXVII, de 10 de junio de 1812, creando el Tribunal Especial de Guerra y Marina (fusión del Supremo Consejo de Guerra y del Almirantazgo).

— Real Decreto de 15 de junio de 1814 (Fernando VII), restableciendo el Supremo Consejo de Guerra, dos Salas de Gobierno y una de Justicia, con esta composición: diez Generales de Tierra, cuatro Generales de Mar, dos Intendentes de Ejército y Marina, cinco Ministros Togados, dos Fiscales Militares y dos Secretarios (uno, del Ejército, y otro, de Marina).

— Reales Decretos dados en 1820 y 1823, respectivamente, restableciendo el Tribunal Especial de Guerra y Marina creado en 1812, y el Supremo Consejo reorganizado en 1814.

— Real Decreto de 24 de marzo de 1834, restableciendo el Tribunal Especial de Guerra y Marina con el nombre de Tribunal Supremo de Guerra y Marina, y con la facultad de conocer de las apelaciones contra los órganos jurisdiccionales castrenses de primera instancia. En 7 de abril siguiente se dispone su constitución a base de un Capitán General como Presidente, cinco Ministros Militares, tres Ministros Togados de Ejército y Marina, dos Fiscales Militares (uno de Tierra y otro de Mar) y dos Fiscales Togados.

— Orden General del Ejército del Norte, de 22 de octubre de 1837, instituyendo un *Consejo de Guerra Verbal*, en casos graves de robo, infidencia, desertión e insubordinación, con tramitación máxima de veinticuatro horas y sólo por iniciativa del General en Jefe. La Orden General sólo tiene aplicación, como es lógico, en la demarcación territorial del expresado Ejército del Norte.

— Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, autorizando recursos de *nulidad* contra sentencias del Tribunal Supremo de Guerra y Marina, ante el Tribunal Supremo de Justicia, si las referidas sentencias «fueren contrarias a la ley, clara y terminantemente» (art. 3.º).

— Real Decreto de 22 de diciembre de 1852, sobre organización de la Justicia Militar y reforma de Juzgados Militares.

— Real Decreto de 19 de octubre de 1866, reorganizando el Cuerpo Jurídico Militar.

— Real Orden de 20 de diciembre de 1866, prohibiendo la formación de Comisiones Militares o Consejos de Guerra Permanentes.

— El *Decreto-Ley de Unificación de Fueros*, de 6 de diciembre de 1868, promulgado por el General Prim, excluyendo de la Jurisdicción militar los negocios civiles y criminales de carácter común de los aforados de Guerra y Marina de todas clases, retirados del servicio y mujeres, hijos y criados de militares y marinos, aun estando éstos en activo servicio. El Decreto de Unificación señala también los casos en que los militares y marinos

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

quedan sometidos a la Jurisdicción ordinaria (rebelión y sedición no militares, atentado y desacato a la autoridad civil, tumulto y desórdenes públicos, falsificación de sellos, marcas y monedas, robo en cuadrilla, adulterio, estupro, defraudación de derechos de Aduanas, contrabando de géneros estancados, etc.) —art. 1.º, números 2.º y 4.º—.

— Decreto-Ley de 4 de febrero de 1869, creando el Tribunal del Almirantazgo y segregando del Tribunal Supremo de Guerra y Marina las cuestiones judiciales de orden naval-militar.

— Decreto de 16 de abril de 1869, sustituyendo el Tribunal Supremo de Guerra y Marina por el Consejo Supremo de Guerra.

— La *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 15 de septiembre de 1870, cuyos artículos 347 a 351 determinan la competencia de las Jurisdicciones de Guerra y Marina en materia penal.

— El Decreto de 9 de abril de 1874, militarizando el Cuerpo Jurídico Militar, hasta entonces civil. Los Letrados colaboradores del Ejército en materia de Justicia, como Auditores y Fiscales, adquieren asimilaciones castrenses y el derecho al uso de uniforme militar.

— El *Real Decreto de 19 de julio de 1875*, de sumo interés, por suprimir, de una parte, la denominada «Jurisdicción ordinaria de Guerra» (salvo para las plazas fuertes de Africa) y por establecer una sola clase de *Consejo de Guerra*, como Tribunal Militar de Primera Instancia, desapareciendo la división en Consejo de Guerra ordinario, extraordinario y de Oficiales Generales. Las categorías de los miembros del Tribunal estarán en consonancia con las de los enjuiciados, pero habrá una sola clase de Consejo de Guerra. (Este sistema goza de vigencia durante nueve años, pues la Ley de 10 de marzo de 1884 retorna al régimen jurisdiccional de las Ordenanzas de Carlos III.)

— La Ley de 15 de julio de 1882, autorizando al Gobierno para redactar y publicar las Leyes de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra, la Ley de Enjuiciamiento Militar y el Código Penal, como asimismo en la Marina Militar.

Durante un período tan azaroso, con tanta legislación contradictoria, nace un pensamiento jurídico-militar digno de estudio. El Brigadier Feliú de la Peña publica en 1850 sus «Fundamentos de un nuevo Código Militar», y un año más tarde, su «Proyecto de Código Militar». En la primera de estas obras (108) propone la creación de una Magistratura Militar, con absoluta independencia judicial, sosteniendo el criterio de que no debe «entrometarse el mando entre las leyes y los llamados para examinar sus infracciones». En 1853, publica Caravantes su «Tratado de los procedimientos en los Juzgados Militares». En 1856, don Isaac

(108) FELIÚ DE LA PEÑA, F.: *Ob. cit.*, pág. 180 y sigs., pág. 16.

Núñez de Arenas da a la luz pública sus «Bases y Motivos en que funda la reforma del Tratado de Justicia para la nueva Ordenanza Militar». Entre sus iniciativas, figura la de supresión del «Fiscal-Instructor» e institución de «Instructores letrados». En 1882, el Comandante de Caballería, Teniente Coronel Graduado y Licenciado en Derecho, don Antonino Guzmán, publica su «Tratado Elemental de Derecho Militar y Nociones de Derecho Internacional de la Guerra», resaltando la genealogía romanística del Derecho Militar. Cuando ya están promulgados el Código Penal del Ejército (1884), la Ley Orgánica de Tribunales de Guerra (1884) y la de Enjuiciamiento Militar (1886), aparece el libro del Auditor de Guerra don Nicolás de la Peña Cuéllar, titulado «Introducción al estudio del Derecho Militar» (1886), postulando la sustitución del Consejo Supremo de Guerra y Marina por una Sala Militar en el Tribunal Supremo de Justicia. (Desde el 13 de mayo de 1877 estaba restablecido el Consejo Supremo de Guerra y Marina, con esta expresa denominación, desapareciendo por segunda vez el Almirantazgo. El Auditor De la Peña Cuéllar, al postular su sustitución por una Sala Militar en el Tribunal Supremo de Justicia, viene a ser un precursor de la doctrina jurídica realizada a través del Decreto de 11 de mayo de 1931) (109).

El proceso codificador tiene estas manifestaciones:

a) En el Ejército terrestre se promulgan la Ley de Organización de los Tribunales de Guerra y sus atribuciones, el 10 de marzo de 1884; el Código Penal del Ejército, el 17 de noviembre de 1884, y la Ley de Enjuiciamiento Militar, el 29 de septiembre de 1886, y

b) En la Marina de Guerra, el 24 de agosto de 1888, se promulga el Código Penal, y el 10 de noviembre de 1894, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina y la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina.

Los tres Cuerpos legales del Ejército se refunden, en cumplimiento de la Ley de 25 de junio de 1890 y por Real Decreto de 27 de septiembre del mismo año, en el *Código de Justicia Militar*. La Ley Orgánica de Tribunales de Guerra pasa a ser Tratado I del nuevo Código; el Código Penal del Ejército, Tratado II, y la Ley de Enjuiciamiento Militar, Tratado III.

En la Marina, subsisten los tres Cuerpos legales, sin producirse su refundición.

La Jurisdicción penal militar queda constituida en la siguiente forma:

(109) DE LA PEÑA CUÉLLAR, N.: *Ob. cit.*, pág. 43.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

1. Son órganos jurisdiccionales del Ejército terrestre: los Capitanes Generales de Distrito (Región), los Generales en Jefe de Ejército, los Generales y Jefes Comandantes de tropa con mando independiente, los Gobernadores de Plazas y fortalezas sitiadas o bloqueadas y Comandantes de tropa o puesto aislados de la autoridad judicial respectiva, el Consejo de Guerra Ordinario (tanto de Plaza como de Cuerpo), el Consejo de Guerra de Oficiales Generales y el Consejo Supremo de Guerra y Marina (artículo 24).

2. Lo son de la Marina: El Consejo de disciplina, el Consejo de Guerra ordinario, el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, los Capitanes Generales de Departamentos marítimos y Comandantes Generales de Escuadra, la Autoridad Jurisdiccional de Marina en Madrid y el Consejo Supremo de Justicia, denominado «de Guerra y Marina» (art. 25 de la Ley Orgánica de Tribunales de la Armada).

Tanto en el Ejército como en la Marina, la competencia objetiva de sus Tribunales se basa no sólo en la materia, sino también en la persona y en el lugar (arts. 4.º a 10, tanto del Código de Justicia Militar como de la Ley de Organización de los Tribunales de la Armada). Y aún se amplía la competencia en méritos de la Ley de 23 de marzo de 1906, llamada «de Jurisdicciones», vigente hasta su derogación por Decreto de 15 de abril de 1931.

El Mando y la Jurisdicción son ejercidos por la Autoridad Militar, con asesoramiento del Auditor. Esta situación rige hasta la promulgación del Decreto de 11 de mayo de 1931, que confiere a los Auditores de Guerra y Marina, por imperio de una concepción técnico-jurídica de independencia judicial castrense, las atribuciones jurisdiccionales de los Capitanes Generales y demás autoridades con mando antes expresadas. En la Marina, los Decretos de 20 de mayo y 9 de junio de 1931 confieren la jurisdicción a una Auditoría General establecida en Madrid, subsistiendo este sistema hasta el Decreto de 5 de mayo de 1936, que transmite el ejercicio jurisdiccional a las Auditorías de las Bases Navales, Escuadra y Jurisdicción de Marina en Madrid.

Otra reforma de interés consiste en la supresión del Consejo Supremo de Guerra y Marina, por efecto del mismo Decreto de 11 de mayo de 1931, y la creación de una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo, a base de Magistrados procedentes de la Carrera Judicial y de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos de Mar y Tierra. Una Ley de 17 de julio de 1935, cuya derogación pretendía un Proyecto de ley publicado en la «Gaceta de Madrid» de 21 de junio de 1936 (Proyecto que no llega a aprobarse, ni siquiera a discutirse en el Parlamento), agrega a la Sala de Justicia Militar —entonces la sexta— del Tribunal Supremo dos Generales de División o dos Vicealmirantes, para intervenir, respecti-

vamente, en procesos de Guerra o de Marina que hayan de fallarse en única instancia por la Sala o que se eleven a ella por razón de disenso de las autoridades judiciales respecto de las sentencias proferidas por los Tribunales militares, por ejercicio de recurso o por la gravedad de los casos enjuiciados.

Antes de estas reformas, se habían operado las consistentes en escluir del enjuiciamiento por Consejo de Guerra a los Senadores y Diputados a Cortes (Ley de 9 de febrero de 1912) y en reformar, no muy intensamente por cierto, el sentido técnico-jurídico de la Jurisdicción Militar, introduciendo obligatoriamente el Vocal-Ponente en toda clase de Consejos de Guerra y ampliando los derechos de la defensa (Reales Decretos de 19 de marzo de 1919 y 13 de agosto de 1920, en el Ejército, y de 7 de agosto de 1920 —en cumplimiento de Ley de 8 de mayo de igual año—, en la Marina de Guerra).

... Después, por Ley de 17 de julio de 1945, se ha promulgado un Código de Justicia Militar, común para los tres Ejércitos: los de Mar y Tierra, tradicionales, y el del Aire, creado en 1939 y cuyos aspectos de orden jurídico regula el Decreto de 15 de diciembre de 1939, en cumplimiento de Ley de 1.º de septiembre del mismo año. El Mando y la Jurisdicción vuelven a fusionarse. Y el antiguo Consejo Supremo de Guerra y Marina renace con el nombre de «Consejo Supremo de Justicia Militar».

Se llega a una referencia de Derecho Militar vigente. La Historia se aleja, o es todavía tan reciente que se resiste al juicio propiamente histórico. Pero no debe silenciarse, a pesar de ello, el Decreto de 17 de diciembre de 1964, que, en cumplimiento de Ley de 29 de diciembre de 1962, ha instituido, en los delitos militares de automovilismo, Jueces togados, Tribunales técnico-jurídicos, defensores de condición abogadil y —sobre todo— recursos de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, en los mismos casos que señala la Ley de Enjuiciamiento criminal (salvo el núm. 4.º del art. 851 de la Ley Procesal-Penal citada). No debe silenciarse, porque muy bien puede ser y constituir el inicio de una reforma de la Jurisdicción penal militar, caracterizada por un prevailecimiento de la juridicidad y por una conjunción de la potestad punitiva y de las garantías procesales.

El sistema vigente de división del Consejo de Guerra en «ordinario» y de «Oficiales Generales», según la condición del enjuiciado, resulta defendible, siempre que se introduzcan reformas orgánicas y procesales sobre composición del Tribunal y nivelación de las partes en el procedimiento, con ampliación de los derechos de la defensa. Pero el Consejo Supremo de Justicia Militar debe convertirse en Tribunal de Casación, en órgano exclusivamente judicial-castrense. Hoy, aparte de sus intervenciones —en primera y única instancia— contra ciertos jefes políticos

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

o militares por delitos cuyo enjuiciamiento corresponde al Fuero de Guerra, aparte de pronunciarse en los disentimientos producidos por Autoridades jurisdiccionales regionales respecto de las sentencias de los Consejos de Guerra y aparte de revisar automáticamente las sentencias dictadas en procedimientos no sumarísimos contra Oficiales que lleven aparejada separación del servicio y de conocer de recursos extraordinarios de revisión, el Consejo Supremo es Asamblea de las Ordenes Militares de San Fernando y San Hermenegildo y órgano administrativo de concesión de pensiones a militares que cesan en el servicio activo o a viudas y huérfanos de militares. Y debe ser sólo un Tribunal jurisdiccional.

CONCLUSIONES

En el momento de las líneas finales pueden ser formuladas las siguientes

CONCLUSIONES :

- I. La Jurisdicción penal militar ha surgido en España, como en otros países, por imperativos pragmáticos, más que por consideraciones doctrinales.
- II. En sus orígenes propiamente nacionales, la Jurisdicción castrense de orden penal no ha supuesto en España la existencia de órganos judiciales distintos de los ordinarios, sino aplicación de preceptos atinentes al servicio de guerra y disciplina de las huestes por los Jueces y Tribunales comunes, o en los casos más graves, decisiones enérgicas, drásticas, de los jefes marciales en los teatros de operaciones (justicia expeditiva y sumaria).
- III. Sin otras excepciones que el *Alférez del Rey*, el *Adalid*, el *Cómitre* y el *Almirante* de las Partidas; los *Alcalles*, encargados de la justicia de guerra por el «Especulo», y el *Condestable* investido de jurisdicción marcial por las *Ordenanzas* de Pedro IV el Ceremonioso, no aparecen, realmente, los órganos jurisdiccionales militares propiamente dichos hasta el período de las *Ordenanzas Generales* (General, Auditor, Juzgados de Guerra, Capitanes de Justicia, Prebostes, bajo la Casa de Austria, y Consejos de Guerra, Capitanías Generales, Auditorías y un Tribunal de rango y competencia nacionales —con antecedentes en anteriores épocas—, bajo la Casa de Borbón).

- IV. La codificación de las normas castrenses ha representado el perfeccionamiento de la legislación de Felipe V y de Carlos III en cuanto a órganos jurisdiccionales, procedimiento y tipicidades delictivas. Pero un perfeccionamiento aquejado de lentitud y timidez.
- V. Del examen de la evolución estudiada y de la contemplación del panorama jurisdiccional militar en el mundo occidental de hoy (110), se infiere:
- a) Necesidad de la subsistencia de la Jurisdicción penal militar, en sus justos límites, sin ampliaciones innecesarias de su competencia objetiva.
 - b) Reforma del sistema instructorio en el sentido de confiar los cargos de Jueces de causas a Oficiales de los Cuerpos Jurídicos (o, al menos, que, en las Plazas en que baste un Juzgado, se confíe a un Oficial jurídico, y que, en aquellas en que hayan de funcionar varios Juzgados y no puedan encomendarse a personal técnico, exista un Juzgado Decano a cargo de un Jefe u Oficial del Cuerpo Jurídico).
 - c) Ministerio Fiscal exclusivamente jurídico-militar en toda clase de procedimientos (ordinarios o sumarísimos).
 - d) Defensa a cargo de Abogados o de militares de cualquier Arma o Cuerpo con título de Licenciado o Doctor en Derecho.

(110) D'OLIVIER FARRAN, CHARLES: Organización y procedimiento de los Tribunales militares británicos», trad. esp. de Ruiz-Larrea, R., *Rev. Española de Derecho Militar*, núm. 2, pág. 69 y ss. VAUDER MONSEN, JANINE: «Organización y competencia de los Tribunales Militares en Bélgica», igual *Revista* y núm., pág. 85 y sigs. GILDO RODI: «La justicia militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la NATO y en España y Suiza», igual *Revista*, núm. 11, pág. 101 y sigs. En resumen, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Luxemburgo y Suiza tienen Tribunales militares mixtos: Jueces y Magistrados civiles con juzgadores castrenses. En Noruega y en la República Federal Alemana no existe jurisdicción militar en tiempo de paz. En Gran Bretaña, el Tribunal Marcial de Apelación es civil. En Italia cabe recurso de casación contra los fallos del Tribunal Supremo Militar, ante el órgano superior de la Jurisdicción ordinaria. En Portugal, el Cuerpo Jurídico Militar se nutre de funcionarios de la Carrera Judicial civil. En Turquía, los Tribunales militares se dividen en normales, políticos y de estado de sitio: hay Cortes de Casación militar. Los Estados Unidos de América tienen Corte Marcial general, Cortes Marciales especiales, Corte Marcial sumaria y Corte de Revisión. No interviene la Magistratura civil en los enjuiciamientos castrenses: el Cuerpo Jurídico Militar es auténticamente castrense.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

- e) Transformación del Consejo Supremo de Justicia Militar en Tribunal Militar de Casación, para ver y fallar los recursos de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma que es preciso establecer a favor tanto del Ministerio Fiscal como del inculpado, contra las sentencias de los Consejos de Guerra (111). Subsistiría, lógicamente, la facultad actual de entender en recursos extraordinarios de revisión.
- f) Tanto en el Consejo Supremo de Justicia Militar como en los Consejos de Guerra, progresivo predominio de la jurisdicción, hasta llegar a un desdoblamiento de los Tribunales en Secciones de Derecho, confiadas a los Auditores, y Jurados técnico-militares, a cargo de la Oficialidad de las Armas y Cuerpos, con la facultad expresa de pronunciarse sobre los hechos, a la vista de la prueba practicada, contestando afirmativa o negativamente a las preguntas del veredicto enunciado por el Tribunal de Derecho (único competente para dictar sentencia). Este sistema, implantado en Francia por el artículo 90 del Código de Justicia Militar de 9 de marzo de 1928, ha resultado de una viabilidad perfecta en el país vecino (112). En España lo propugnó el Marqués de Villamarín, Auditor de la Armada y senador del Reino.

Estas reformas, aconsejadas por la evolución de los tiempos y por la comprensión de ser necesario el consorcio del *ius puniendi* con un sistema de garantías jurídicas ineludibles, darían un perfil neto y preciso de jurisdiccionalidad plena y efectiva a la vida judicial castrense. Y así, la historia viviente vendría a nimbear con atributos de perfeccionamiento todas las vicisitudes de la historia vivida (y superada).

(111) Este sistema rige ya para los delitos militares de automovilismo, por efecto del Decreto de 17 de diciembre de 1964, cuyas garantías debieran hacerse extensivas a todos los procesos militares: Jueces togados y Recurso de casación de fondo y de forma.

(112) Prof. PIERRE HUGUENY: «De la reforme de la Justice militaire realisée par la loi du 9 mars 1928», *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, París, 1929, págs. 287 a 298. RICOLFI: *Le Code de Justice militaire du 9 mars 1928*, París, 1929, pág. 15. OSSORIO, ANGEL: *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, febrero 1929, págs. 228 y 229.

Información bibliográfica complementaria.—CONEJOS D'Ocón. *Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar* (Valencia, 1895). POU RIBAS, NICASIO: *Código de Justicia Militar* (Madrid, 1927). MADARIAGA, FEDERICO DE: «La Justicia Militar: su fundamento y evolución», en *Memorial de Infantería* (Madrid, 1916). MADARIAGA, JUAN DE: *Estudios sobre Marina* (Madrid, 1882).

NOTA ADICIONAL

Años después de haberse redactado el precedente trabajo, nuevas manifestaciones jurídicas acusan una variación regulativa de la Jurisdicción penal castrense. Así, la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, en su artículo 5.º, somete al conocimiento de la Jurisdicción ordinaria los delitos cometidos contra o por miembros de determinados Institutos Armados, en materia de orden público. Y la Constitución de 27 de diciembre del propio año, en su artículo 117, reduce la competencia objetiva de la Jurisdicción militar al «ámbito castrense» y a los «supuestos de estado de sitio».

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA (*)

(Esbozo de una construcción institucional)

Por Federico TRILLO-FIGUEROA M.-CONDE
Letrado del Consejo de Estado, Capitán Auditor de la Armada

«No hay libertad sin Ejército, ni Ejército sin libertad.»

(PÉREZ GALDÓS: *Episodios Nacionales*.)

SUMARIO: I. LAS FAS Y EL PROCESO CONSTITUYENTE: A) Las FAS ante el proceso constituyente. B) Las FAS en el proceso constituyente.—II. CARACTERIZACION INSTITUCIONAL DE LAS FAS: A) Terminología y composición. B) Naturaleza institucional.—III. LA MISION CONSTITUCIONAL: A) Idea directriz, fines y funciones. B) Aspectos políticos de la misión de las FAS. C) Especialidad de la función de defensa del ordenamiento constitucional.—IV. EL STATUS DEL MILITAR: A) Fundamento y contenido. B) La calificación de *status* militar.—V. ASPECTOS ORGANICOS: A) Altos órganos de la Defensa Nacional. B) El servicio militar y la objeción de conciencia.

I. LAS FAS Y EL PROCESO CONSTITUYENTE

Cuando en España se inició el difícil camino de la transición hacia un Estado democrático, a ningún observador escapaba que la actitud que pudieran mantener las Fuerzas Armadas, iba a ser un factor decisivo del éxito o el fracaso de la empresa. La última etapa estuvo determinada por la elaboración de la nueva Constitución española, y en ella quedaron integradas —como una importante institución del Estado—, aquellas Fuerzas Armadas que habían garantizado con su actitud la transición pacífica. Parece por ello obligado hacer una referencia, aunque sea sumaria, a los dos aspectos que ofrece tal actitud de las FAS, *ante y en* el proceso constituyente.

(*) Con la debida autorización y en base al permanente interés y alto nivel que ofrece, traemos a estas páginas este trabajo publicado en el número 12 de la «Revista de Estudios Políticos».

A) LAS FAS ANTE EL PROCESO CONSTITUYENTE

1. Al examinar el origen y desarrollo históricos de la España contemporánea, destaca, con rasgos singulares, el protagonismo político de nuestro Ejército. No parece que haya que profundizar ahora en este aserto, que ha sido suficientemente estudiado y clarificado por los historiadores (1). Quizá la explicación más exacta del fenómeno, sea la conocida formulación de Balmes: «No creemos que el poder civil sea flaco porque el militar sea fuerte, sino al contrario, el poder militar es fuerte porque el civil es flaco» (2). Lo cierto es que, lo que debiera haber sido excepcional, a fuer de reiterarse, llegó a hacerse algo normal en la conciencia social: tan normal era para el militar considerarse último árbitro de la política, como para la nación tolerar —cuando no reclamar— este arbitraje. Sólo cuando fuerza y conciencia social se desgajaron de la integración nacional, se produjo la guerra civil.

2. El régimen político español surgido de la contienda 1936-1939, no fue un régimen militarista (3). Precisamente lo sorprendente —quizá lo que explica como ninguna otra causa el actual apoliticismo (apartadísimo) de nuestros Ejércitos— es que no se produjera en la práctica un desplazamiento del poder civil hacia lo militar (4). Otros eran entonces los principios ideológicos y estructurales en boga para los regímenes autoritarios,

(1) El tema ha sido profundamente estudiado por la historiografía contemporánea. Destacaremos los ya clásicos estudios de S. G. PAYNE: *Politics and the Military in Modern Spain*, Oxford University Press, 1967, y E. CHRISTIANSEN: *The origins of Military Power in Spain, 1800-1854*, Oxford University Press, 1967. Más recientemente J. R. ALONSO: *Historia política del Ejército español*, Editora Nacional, Madrid, 1974.

(2) J. BALMES: «Escritos políticos», en *Obras Completas*, tomo VI, Biblioteca de Autores Cristianos.

(3) Sobre militarismo puede verse la obra de J. VIGÓN: *Teoría del militarismo*, Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1955.

(4) Normalmente suele afirmarse precisamente lo contrario. Así, por ejemplo, A. DE MIGUEL: *Sociología del franquismo*, Ed. Euros, Barcelona, 1975, págs. 157 y ss. Pero sólo un análisis cuantitativo como el que realiza DE MIGUEL, puede sostener que el régimen anterior fuera militarista. Un análisis cualitativo demostraría: 1.º, que los datos numéricos empleados por DE MIGUEL (número de carteras ocupadas por militares), no son válidos si se tiene en cuenta que la Defensa se estructuraba en tres Departamentos ministeriales distintos, lo cual hace que se sumen como tres factores, lo que realmente era uno solo; 2.º, que los militares que ocuparon estos tres Departamentos se limitaron a la gestión técnica de los mismos (salvo cuando por su extracción estaban vinculados a algún grupo político, en cuyo caso no deben tampoco computarse como militares, sino como falangistas, tradicionalistas, etc., incurriendo si no, en un doble cómputo que invalidaría los resultados; 3.º, que las grandes fases históricas en que se puede subdividir el Régimen (como hacen, por ejemplo, DE LA CIERVA o TAMAMES) obedecen a tendencias ideológicas diversas, pero en ninguna puede decirse que el estamento militar haya sido el principal factor ideológico-político.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

y a ellos se adaptó, con matices, la situación española. Desde que la Junta de Defensa Nacional fue sustituida en Burgos por la Junta Técnica, que designó ya el propio Jefe del Estado, el Ejército dejó de ser, como tal, el detentador del poder. Su interpenetración, a través de contingentes personales, en la estructura del pasado régimen, fue variando según las distintas etapas de éste, siendo muy escasa en los últimos momentos.

3. Así, pues, la guerra civil y el régimen anterior, variaron por completo —por paradójico que ello resulte— la actitud política del Ejército español. Su progresivo apartamiento del poder y el recuerdo aún vivo de la guerra civil, han influido decisivamente en su actitud ante la transición en orden a garantizar la paz y el orden, dejando al pueblo español elegir libremente su destino; la figura del Rey, Jefe supremo de las FAS, era la última garantía (5).

B) LAS FAS EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

1. Puede asegurarse que uno de los temas polémicos que más pronto solucionaron nuestros constituyentes, fue el de la regulación de las FAS. Polémicos eran, en efecto, los criterios que se apuntaban en los distintos grupos parlamentarios en relación con la regulación constitucional de los temas militares: Composición, misiones, órganos fundamentales, objeción de conciencia, jurisdicción militar, etc.... Fruto de los primeros trabajos fue *el borrador* del Texto Constitucional, publicado en la prensa diaria el 23 de noviembre de 1977. En su articulado se alcanzaban puntos de acuerdo en casi todos los temas militares (6). Es de destacar que la regulación se contenía en un título específico

(5) En estas coordenadas se explican los distintos jalones del proceso constituyente en relación con las FAS. Desde esta perspectiva era necesaria aquella «reunión de la Castellana» en la que el Presidente del Gobierno, tras explicar a los altos mandos militares el rumbo reformista de su política, les garantizó —y para ello pidió su colaboración— que la paz y el orden serían salvaguardados. Así se explican también determinadas actitudes de ciertas personalidades militares, que salvaron con su dimisión el asumir la responsabilidad política de determinados actos del Gobierno, con los que a título individual y como miembros de tal Gobierno, no estaban conformes. Pero en definitiva, las FAS no tomaran una postura específica, colectiva o institucional, ante la transición política, y han seguido fieles a su más importante objetivo: batallar por la paz.

(6) El 9 de noviembre de 1977 el diputado de UCD y miembro de la Ponencia constitucional, HERRERO DE MIÑÓN, declaró a la prensa que se había alcanzado plena unanimidad en torno a las FAS, cuya regulación efectuaban los artículos 24, 29, 53, 54 y 103 del borrador.

—conforme a nuestra tradición constitucional— (7), si bien se inclufan también en él a las Fuerzas de Orden Público y las situaciones de anomalía.

2. El siguiente paso se dio el 5 de enero de 1978, con la publicación (en el B. O. de las Cortes) del *Anteproyecto* del texto constitucional, que puede considerarse decisivo para el tema que nos ocupa. En efecto, en él se desgaja de aquel Título específico del borrador, el concepto y las misiones de las FAS que pasan a situarse en uno de los artículos del Título Preliminar. Del análisis de los votos particulares que a este Anteproyecto presentaron los distintos grupos, podemos deducir que existía consenso sobre esta variación sistemática fundamental. Sin embargo, comienza a resquebrajarse el acuerdo en otros puntos: composición de las FAS (en la que se solicitaba por Alianza Popular la inclusión de las FOP); y lo que más adelante analizamos como «estatuto del militar» (voto particular de comunistas, catalanes y socialistas sobre el derecho de sindicación, objeción de conciencia, etcétera).

3. No vamos a detenernos en las *fases posteriores del procedimiento* y ello porque, de una parte el célebre consenso —como ha señalado Fraga— (8) hizo pobre el debate constitucional, y, de otra, porque aun cuando las grandes líneas del tema que nos ocupa no variaron sustancialmente, cuando la discusión parlamentaria puede servirnos como elemento interpretativo, será a la hora de iluminar un precepto concreto. Réstanos tan sólo señalar la presencia en los debates de la Cámara Alta de tres altos mandos militares designados senadores por el Rey, que aportaron el punto de vista técnico militar a las cuestiones que aquí nos ocupan (9).

(7) El Título VIII de la Constitución de Cádiz; la de 1837 le dedicaba el Título XIII, que se mantiene en 1848, suprimiendo lo relativo a la Milicia Nacional, que vuelve a iniciarse en la reforma de 1856; el XI, en la de 1869, y el XII en la de 1876. La Constitución republicana de 1931 fue la única excepción.

(8) M. FRAGA IRIBARNE: «La Constitución de 1978, a vista de ponente», en *Documentación Administrativa*, núm. 180, extraordinario sobre la Constitución, octubre-diciembre 1978, pág. 17.

(9) Los tenientes generales DÍEZ-ALEGRÍA GUTIÉRREZ (Ejército de Tierra), SALAS LARRAZÁBAL (Ejército del Aire) y el almirante de la Armada GAMBOA SÁNCHEZ-BARCÁIZTEGUI.

II. CARACTERIZACION INSTITUCIONAL DE LAS FAS

La nueva Constitución ha querido recoger paladinamente el concepto y misiones de las FAS en su Título Preliminar, determinando en su *artículo 8*:

1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

La ubicación de este artículo es, sin duda, el rasgo más sobresaliente del mismo. ¿Por qué ha querido nuestro constituyente dar esta trascendencia a las FAS, situándolas junto a las autonomías, los partidos políticos y los sindicatos, como pilares del Estado democrático? ¿A qué obedece y qué se pretende de las FAS? Estos interrogantes y otros semejantes, se plantearon ya en los debates parlamentarios, pues los distintos grupos plantearon aquí —con la brevedad propia de la rapidez con que ya hemos dicho, se desarrolló el debate—, sus respectivas convicciones sobre las FAS, la oportunidad o inoportunidad de su constitucionalización, la determinación de sus componentes, misiones, etc.... Prosperó, finalmente, la redacción apuntada, que había introducido el anteproyecto.

La complejidad del precepto exige, por tanto, un análisis de los problemas que de él se derivan.

A) TERMINOLOGIA Y COMPOSICION

Lo primero que se desprende de la propia literalidad del artículo, es que el término Fuerzas Armadas se ha consagrado como *nomen genus* adecuado a una visión conjunta de los Ejércitos. Interesa constatar que el empleo de este término es reciente en nuestro ordenamiento; examinando cuál ha sido la evolución de esa incorporación terminológica, nos encontramos con algo más que una cuestión semántica, porque lo que en el fondo late, es el problema de la composición de las FAS, y la incorporación o no a ellas de las Fuerzas de Orden Público.

1. *Nuestras Constituciones* decimonónicas, al tratar de los Ejércitos, los denominan, bien con este nombre, o bien con el de Fuerza Militar Nacional. De la misma forma, la legislación ordinaria básica, organizadora de la materia militar, prefiere el término «Ejército», utilizado genéricamente. Y ello ocurre, a nuestro juicio, porque no existe una concepción que una institucional-

mente al Ejército con las fuerzas de Policía. Estas últimas tienen sus propias y específicas misiones, globalizadas en la famosa «guarda del orden público».

La Constitución republicana fue la única de nuestra historia que no dedicó preceptos específicos a los Ejércitos. Tampoco aparece el término Fuerzas Armadas en la primera Legislación Fundamental del régimen anterior.

Es en la década de los sesenta, a través primero de normas reguladoras del Derecho de Petición, y definitivamente en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado, cuando se consagró en nuestro ordenamiento el término Fuerzas Armadas (10). Y es aquí, donde, a mi juicio, hay que buscar el paso de lo semántico a lo institucional. Lo que pretendió la Ley Orgánica del Estado fue aunar en una misma institución, dos elementos heterogéneos: los Ejércitos y las Fuerzas de Orden Público. El vínculo de unión —*genus*— entre ambas estructuras tenía un doble aspecto medial y teleológico: ambas utilizan la fuerza armada; a ambas se encomienda por la propia LOE la misma misión. Y para tal aparato institucional se acogió el *nomen* entonces en boga en el Derecho comparado: Fuerzas Armadas.

2. *La nueva Constitución*, al acoger el término, lo adaptó a los enunciados del Estado democrático. Para ello, no incluye ya a *las Fuerzas de Orden Público* —ahora «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad»—, que, aun pudiendo estar sometidos a disciplina militar, *no forman parte*, sin embargo, *de las Fuerzas Armadas*. Se resalta así la naturaleza constitucional distinta de ambas, pues se atribuyen a las Fuerzas de Seguridad *misiones específicas* (artículo 104) y se acentúa su naturaleza gubernativa al incluirse su regulación en el Título IV, «Del Gobierno y la Administración».

Quedan, pues, integradas las FAS por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire (11). La Guardia Civil, cuya misión

(10) El artículo 37 de la LOE decía: «Las Fuerzas Armadas de la nación, constituidas por los Ejército de Tierra, Mar y Aire, y *las Fuerzas de Orden Público*, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional».

(11) El Grupo Parlamentario de Alianza Popular presentó una enmienda en la que se pedía la supresión de la enumeración taxativa que el artículo 8 hace de los Ejércitos. El ponente, FRAGA IRIBARNE, justificaba la enmienda alegando, de una parte, las ventajas de una no constitucionalización de algo meramente orgánico, los Ejércitos, cuya composición y estructura pueden variar en el futuro; de otra parte, se soslayaba así el problema que plantea la consideración ambivalente de la Guardia Civil como Fuerza de Seguridad y al tiempo parte del Ejército de Tierra.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

es claramente gubernativa y policial, tiene una consideración tradicionalmente militar, que hace que se la considere corporativamente por la Ley (12), como parte del Ejército de Tierra. No obstante, en circunstancias de normalidad, creo que su consideración clara es de Fuerza de Seguridad.

3. Considerar que, como consecuencia de lo analizado hasta ahora, composición de las FAS y concepto de las mismas coinciden, sería, a mi juicio, una simplificación. No puede tomarse aisladamente la literalidad del artículo 8; si importante es la letra de la Ley, no lo es tanto como para convertirla en soberana (De Castro), y habrá que interpretarla en relación con el contexto y el espíritu y finalidad de la norma (art. 3, Título Preliminar del CC) (13). Y es claro que, si los tres Ejércitos son los miembros permanentes de las FAS, éstas son algo más que los tres Ejércitos. El artículo 62 h, de la Constitución atribuye al Rey la jefatura de las FAS. Existen además una serie de organismos conjuntos, cuya naturaleza no permite vincularles a una visión individualizada de los Ejércitos (Consejo Superior de Justicia Militar, Ministerio de Defensa). Y es que, a nuestro juicio, las FAS son algo más que un simple denominador común terminológico. Son una unidad institucional. Una comunidad de propósitos y medios, que arraiga en la realidad social —pueblo— y de ella parte: «... identificadas con los ideales del pueblo español, de que forman parte, al que sirven y del que reciben estímulo y apoyo...» (art. 4 de las Reales Ordenanzas de las FAS aprobadas por Ley de 28 de diciembre de 1978, núm. 85/78). Adoptan una estructura jerárquico-piramidal: «... forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida...» (art. 10 R. Ordenanzas). Y están encuadrados en el Estado para la propia conservación de éste: «La razón de los Ejércitos es la defensa militar de España...» (art. 3 R. Ordenanzas). Son, en definitiva, una institución del Estado para la Defensa Nacional y en la que engarzan el pueblo y los Ejércitos bajo la jefatura de la Corona (14).

(12) El artículo 107 del Reglamento Militar y 34 del Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia Civil (de 23 de julio de 1942 y 14 de mayo de 1943, respectivamente) y del artículo 312 del Código de Justicia Militar (en adelante CJM).

(13) El empleo de las reglas interpretativas de la Teoría General del Derecho al Derecho Constitucional, es admitido generalmente por la doctrina. Respecto a la aplicabilidad del artículo 3 del Título Preliminar del Código Civil a la hermenéutica de la nueva Constitución, puede verse el trabajo de G. TRUJILLO: «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional», en *Revista de Estudios Políticos (N. E.)*, núm. 7, Madrid, 1979, páginas 156, 157.

(14) El término «institución» aplicado a la milicia, tiene arraigo en nuestro Derecho. Como institución especial calificaba al Ejército el artículo 1 de su Ley constitutiva (de 29 de noviembre de 1878); como institución

B) NATURALEZA INSTITUCIONAL

No podemos aquí limitarnos a afirmar la naturaleza institucional de las FAS sin detenernos en los fundamentos de tal afirmación. Lo contrario sería utilizar la figura de la Institución a modo de «cajón de sastre» de la ambigüedad o la inconcreción jurídicas. Ya hemos señalado en otra ocasión, que éstas han sido las pautas de la doctrina jurídica española contemporánea que, en general, ha dedicado poca atención a temas militares (15). De ello se resintieron también los debates constituyentes sobre la naturaleza de las FAS, en donde la vacilación fue quizá la nota más característica.

1. Se sostuvo en algunas intervenciones (Satrústegui, Bandrés, Villar Arregui, Letamendía) que las FAS no son más que una parte de la Administración del Estado, la Administración militar; que son un elemento del Poder Ejecutivo y que, por lógica consecuencia, no debieran figurar en el Título Preliminar, sino en el dedicado al Gobierno y la Administración.

Desde luego la tesis no obedecía a una improvisación parlamentaria; muy por el contrario, es la de más arraigo en los autores españoles que han tratado el tema militar. Lo que ocurre, es que todos esos autores pertenecen al campo del Derecho Administrativo y, naturalmente, su perspectiva se ha visto mediatizada por la unidad científica de su disciplina. Ya Colmeiro consideraba «que la milicia forma parte del poder administrativo (que es el Poder Ejecutivo sin las competencias constitucionales), siendo objeto de la Administración Militar organizar, distribuir y proveer a las Fuerzas del Ejército y de la Armada» (16).

En la misma línea, pero matizando su posición al reconocer un importante aspecto internacional, Royo Villanova (17). Y entre los más recientes expositores, Martínez Useros (18), Alvarez Gen-

nacional la Ley adicional a la anterior (de 19 de julio de 1889). Y más recientemente, las Reales Ordenanzas (de 27 de diciembre de 1978) nombran su Título I como «De la Institución Militar». No obstante, el empleo terminológico, no puede pensarse en una concepción institucional de los Ejércitos, al menos en el sentido técnico que propugnamos. Pero ello nos permite, al menos, encontrar las bases jurídicas positivas de tal construcción en nuestro ordenamiento.

(15) En mi trabajo «Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 20, páginas 19 y sigs.

(16) COLMEIRO: *Elementos de Derecho Político y Administrativo de España*, 6.ª edición, 1881, pág. 124.

(17) S. ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, 2.ª edición, Valladolid, 1943, tomo II, págs. 735 y sigs.

(18) GARCÍA-OVIEDO Y MARTÍNEZ-USEROS: *Derecho Administrativo*, 8.ª edición, Madrid, 1962, tomo III, pág. 481.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

din (19) y Guaita lo consideran ya, dentro de lo administrativo, como un caso típico de servicio público (*uti universi*) (20).

No cabe dudar que el aspecto administrativo es uno de los más destacados del fenómeno militar, pero no es exclusivo. Existe una Administración Militar, pero también existe con propia sustantividad una Jurisdicción militar cuya autonomía está también garantizada constitucionalmente dentro del principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5). Y en la sociedad internacional contemporánea, la integración defensiva de los Estados en organizaciones internacionales es una importante realidad (OTAN, Pacto de Varsovia). Esto es bastante para demostrar la insuficiencia de la tesis administrativa. Lo que ocurre es que éste ha sido el expediente técnico, una vez más, para disciplinar jurídicamente esta parcela del Estado. Pero hacer descansar el fenómeno militar sobre uno solo de sus aspectos, es intentar acomodarlo en el «lecho de Procusto».

2. *Las Fuerzas Armadas* sólo pueden considerarse unitariamente, desde una perspectiva jurídica, como una Institución del Estado y en nuestro Derecho, de carácter constitucional. La concepción institucional que sostenemos, puede compaginarse tanto con la construcción que de la institución hicieran M. Hauriou y G. Renard, como con la elaborada por S. Romano.

Si para el maestro de Toulouse (21), la institución es aquella realidad social que, reuniendo determinados elementos, pasa a la categoría de afirmación legal, llegando de esta suerte lo sociológico a convertirse en jurídico, podemos ver en las FAS una institución. Porque en ellos se dan los tres elementos necesarios:

1.º «*Idea de la obra a realizar*», que para nosotros se sintetiza en la *Defensa Nacional*, como misión institucional de las FAS, que aúna sus distintas funciones, en el sentido que precisaremos más adelante.

2.º «*Poder organizado*», órganos que se integran en las distintas esferas del Estado, tanto en lo ejecutivo como en lo judicial, pero manteniendo su unidad sustancial, por

3.º «*las manifestaciones de comunión en la idea*», que entraña la armonía de voluntades bajo la *dirección de un jefe*.

(19) S. ALVAREZ-GENDÍN: *Tratado general del Derecho Administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963.

(20) A. GUAITA: «Administración Pública y Defensa Nacional», en *Estudios Administrativos*, Madrid, 1961, pág. 12.

(21) M. HAURIOU: «La teoría de la institución y de la fundación», en *Obra Escogida*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, páginas 266 y sigs.

Desde el punto de vista subjetivo, la institución exige —como precisó Renard— «la subordinación del propósito individual a las aspiraciones colectivas de la institución, y por ello los miembros de la institución pierden su libertad en cierto grado» de forma que aparece un nuevo elemento:

4.º «El dinamismo y adaptabilidad de la institución a las nuevas condiciones sociales, requiere que la situación de sus miembros se fije por un *status* objetivo que aquéllos no pueden cambiar por un acto de su voluntad» (22). También, como veremos, tienen los militares un específico *status*, derivado de su pertenencia a la institución.

Lo mismo puede decirse respecto de la concepción de la institución en S. Romano (23), pues para éste «una institución es una entidad de cuerpo social con una unidad firme y permanente, que tiene una existencia objetiva, exterior y visible, una organización y estructura que absorbe los elementos que forman parte de ella...» Pero es más, lo importante de su aportación, por ello llamada ordinalista, es que «toda institución constituye por sí un ordenamiento jurídico, en cuanto tiene unas funciones y unas líneas de conducta determinadas», de manera que «toda institución es un ordenamiento jurídico, y todo ordenamiento jurídico es una institución». Pues bien, también aquí puede afirmarse que:

5.º La institución Fuerzas Armadas tiene su propio *ordenamiento jurídico: el Derecho Militar* (cuya autonomía científica es, no obstante, a mi juicio, solamente «informativa», en el sentido precisado por La Lumia (24).

Todos estos elementos delimitan claramente la concepción institucional de las Fuerzas Armadas. En los sucesivos apartados estudiaremos más detenidamente aquellos aspectos institucionales que han alcanzado una regulación constitucional.

3. Si esta realidad institucional ejerce materialmente la fuerza legítima o poder coactivo que va implícito en la noción de soberanía, velando —como señalara G. Jellinek— por la propia *existencia* del Estado, no puede concebirse que la Constitución la olvide. Antes bien, debe recogerla muy principalmente, pues la

(22) G. RENARD: *La theorie de l'Institution*, París, 1930, págs. 329 y 365.

(23) S. ROMANO: *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milán, 1946, página 55.

(24) A esta conclusión llego en mi trabajo: «El Derecho militar como disciplina jurídica informativa», de próxima publicación en la *Revista Española de Derecho Militar*.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Constitución, como señalara Schindler (25), está directamente vinculada al problema de la organización y ejercicio de la soberanía, entendiéndose por tal, la afirmación de supremo poder de lo estatal en la vida social.

Creemos, por ello, que la Constitución española, no sólo acierta al recoger a las Fuerzas Armadas, sino también —y es ello uno de sus mejores logros— al incorporarlas al Título Preliminar. No nos vale el argumento esgrimido (Villar Arregui), de que no tienen las FAS un carácter asociativo o corporativo como los partidos políticos o los sindicatos. No creo que el Título Preliminar haya tenido en cuenta estos criterios de clasificación jurídica al contemplar estas instituciones. Lo que pretende, a mi juicio —y ello es mucho más trascendente—, es *integrar* constitucionalmente las grandes realidades institucionales contemporáneas. En este sentido se produce una integración *de* las Fuerzas Armadas *y a través de* ellas en los principios del Estado democrático (26). Esta integración —por lo demás tan necesaria como justa—, no implica en absoluto que las FAS sean entendidas como una esfera autónoma del poder real junto al Estado, sino «en» y «del» Estado. Esto es obvio y básico, pero necesita ser afirmado frente a las frecuentes atribuciones de poder real a las FAS. Un Ejército tiene la fuerza, pero no el poder. El poder debe ostentarlo aquél al que el pueblo se lo otorgue legítimamente, y la fuerza que materializa el Ejército se constituye para que el poder otorgado pueda ejercerse sin que, desde el exterior o el interior, se atente a su normal desenvolvimiento.

III. LA MISION CONSTITUCIONAL DE LAS FAS

A) IDEA DIRECTRIZ, FINES Y FUNCIONES

Cuando hemos analizado los elementos de la institución militar, hemos mencionado *la Defensa Nacional como idea directriz* de la misma. Creemos que es el concepto expresivo de lo que Hauriou llama «idea de la obra a realizar, que expresa a la vez el fin y los medios a emplear para alcanzarlos». Así parece también deducirse de nuestro ordenamiento jurídico, al precisar, en el ya reseñado artículo 3 de las Reales Ordenanzas, que «*la razón de ser* de los Ejércitos es la defensa militar de España». Así con-

(25) D. SCHINDLER: *Verfassungsrecht und sociale struktur*, Zurich, 1944, página 114.

(26) Esta integración puede entenderse en el sentido propugnado por LUCAS VERDÚ, que entiende que la propia Constitución es integradora (*Curso de Derecho Político*, tomo II, pág. 634); pero también en el sentido original de SMEND, pues a «través de» las FAS se produce una integración funcional.

cebida la Defensa Nacional, «tiene por *finalidad* garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su seguridad e integridad territorial y el ordenamiento constitucional, asegurando la vida de la población y los intereses vitales de la Patria, *mediante* la acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación ante cualquier forma de agresión» (27). Por eso, cuando el artículo 8 de la Constitución atribuye a las FAS la «misión de garantizar la soberanía e independencia de España, la integridad de sus territorios y la defensa del orden constitucional», nos está dando *los fines* de las Fuerzas Armadas en orden a la Defensa Nacional. Fines que alcancen una consideración conjunta en la idea de Defensa Nacional que los engloba. De ahí, que para los constituyentes fuera complejo establecer una disección de estos fines, porque los unos se interfieren en los otros al participar todos en la idea común. Puede recordarse al respecto, y a título ilustrativo, que al proponerse por un grupo parlamentario la inclusión entre los fines de la «defensa de la unidad de España», pudo contestarse que «todo lo que está en la Constitución es ya misión de las FAS», pues a ellas se encomienda su defensa y así pues, «la unidad, que es el último fundamento de la Constitución, según el artículo 2, va ya incluida... No marquemos repeticiones inútiles» (28).

Por último, hay que distinguir entre los fines y *las funciones*. Así como la misión es expresiva de una finalidad, la función es expresiva de un acto, un medio necesario para alcanzar el fin propuesto. González Ruiz (29) distinguía cuatro funciones de las FAS necesarias para llevar a cabo su misión. Adaptándolas a la nueva Constitución, encontramos las siguientes:

- Función de Defensa Exterior: Frente a una amenaza o agresión que atente a la soberanía, independencia o integridad territorial del Estado español.
- Función de Defensa Interior: Frente a la subversión violenta que ataque a la soberanía (rebelión) o a la unidad territorial (secesión).
- Función de Defensa de la Constitución: Frente a cualquier amenaza (desorden o revuelta) o agresión (revolución) que

(27) Tomo este concepto, que me parece muy completo, del artículo 2.º del Proyecto de Ley Orgánica de Bases de la Defensa Nacional.

(28) SOLANA MADARIAGA: *Diario de Sesiones del Congreso*. Pleno de 5 de julio de 1978, pág. 3884.

(29) E. GONZÁLEZ RUIZ: *La misión del Ejército en la sociedad contemporánea*, Ed. Magisterio Español y Prensa Española, Madrid, 1977, páginas 131 y sigs.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

ataque a los principios consagrados por la soberanía popular en el texto constitucional.

- Funciones complementarias: Actividades docentes y culturales (formación profesional, cívica, deportiva, etc.); colaboración con autoridades civiles (sanitarias, forestales, etc.).

B) ASPECTOS POLITICOS DE LA MISION DE LAS FAS

Los fines y las funciones analizados presentan claramente dos aspectos: uno estrictamente técnico militar que aquí no trataremos, pues su análisis corresponde a las distintas especialidades de la milicia y otro decisonal, de elección de alternativas nacionales, de claro contenido político. Este último, unido a la específica naturaleza política de uno de los fines constitucionales —la defensa del ordenamiento constitucional—, han llevado a hablar de la función política del Ejército. Nuestro análisis de las FAS no puede soslayar este tema, que está demandando además una clarificación, ante la multitud de interpretaciones que aparecen constantemente en los medios de difusión.

1. *La doctrina tradicional* al respecto, estaba elaborada por M. Hauriou, a partir de una necesidad política concreta: la de someter el Ejército al poder civil en el Estado contemporáneo. Para justificar este aserto, Hauriou exponía (30) la línea histórica de este sometimiento, que comenzaría por un «acantonamiento territorial de los Ejércitos» y pasaría luego a un «acantonamiento jurídico-orgánico», situación en la que el sometimiento al poder civil vendría, además, garantizado por un apoliticismo absoluto de los militares.

Modernamente, la constatación empírica de la inexactitud de la tesis de Hauriou, ha llevado a nuevas formulaciones. Hermann Oehling (31) analiza el proceso histórico (a partir sobre todo de la segunda guerra, con la guerra fría, las guerras subversivas, etc.), que ha llevado a la politización de las FAS en los Estados contemporáneos. Se observa así, que las intervenciones militares en la vida política, tan frecuentes en los últimos lustros, se producen, bien directamente —en los países de escaso desarrollo e inestabilidad política—, bien indirectamente en los demás. García Arias, acogiendo esta tesis, la vio como el fundamento de la regulación constitucional de las FAS, y en nuestro país de la ya seña-

(30) M. HAURIOU: *Précis de Droit Constitutionnel*, 2.ª edición, Ed. Sirey, París, 1929, págs. 110 y sigs.

(31) H. OEHLING: *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

lada recepción por el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado (31 bis).

Por nuestra parte, consideramos que *las tesis anteriores no son aplicables al caso español*. No lo es la tesis de Hauriou, pues basta recordar lo ya apuntado más atrás, sobre la intensa politización de nuestro Ejército en el siglo XIX y principios del XX. Tampoco es de recibo la tesis más moderna, porque también ha quedado claro que, en España, la despolitización (apartidismo) del Ejército, se produce en las últimas décadas. Creemos que el proceso español ha sido precisamente el inverso, desde una politización absoluta, a una politización encauzada sólo por y en el Estado. Una vez más, es inadecuada una visión del tema excesivamente abstracta y generalizadora. Porque, como ha señalado Díez-Alegría (32), «existen marcadas diferencias en la correspondencia entre los Ejércitos y las entidades históricas del Estado y de la Nación. En algunos países, el Estado y el Ejército mantienen relaciones armoniosas de existencia. En otros, éstas se ven más turbadas. Y así, un coronel francés podía sentar la afirmación que el Ejército está a disposición del Estado para el beneficio de la Nación. A veces el establecimiento militar llega a ser un Estado dentro del Estado. En los países subdesarrollados la relación entre Ejército y Estado es muy débil, o no funciona normalmente».

2. Pero si no parece posible sentar una teoría general de la actitud política de las FAS desde una perspectiva histórica comparativa, sí que podemos deducir, al menos, de la experiencia histórica *las formas típicas que adopta la intervención*.

En primer lugar, nos encontramos con la *intervención normal del Ejército en la política del Estado*. Y son los propios Gobiernos —como señalara García Arias— «los que politizan en este sentido a las FAS al confiarles misiones políticas, comenzando por la función política de la Defensa Nacional, e incluyendo el empleo y control de las técnicas de información». Naturalmente, no cabe establecer un criterio general sobre la intensidad de esta intervención, que varía, desde la exageración militarista, hasta el necesario asesoramiento técnico por los militares a la política de defensa de los Gobiernos (33).

(31 bis) L. GARCÍA ARIAS: «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, Madrid, 1967, páginas 157 y sigs. Las citas que de este autor hacemos a lo largo de este trabajo van referidas todas a este estudio.

(32) M. Díez-Alegría: *Ejército y sociedad*, Alianza Editorial, 2.ª edición, Madrid, 1973, pág. 42.

(33) Un planteamiento muy actualizado de estas relaciones lo hace M. MERLE: *Sociología de las relaciones internacionales*, págs. 288 y sigs. (También allí, en la pág. 311, se selecciona una completa bibliografía.)

Este tipo de actuación puede, y debe en la medida de lo posible, justificarse a través de normas que organicen las formas de colaboración de los técnicos militares y los políticos en la elaboración de la política de defensa. En esta dirección apunta la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y la Ley de 28 de diciembre de 1978 (83/78), sobre funciones de los Organos Superiores del Estado en materia de Defensa.

En segundo lugar, cabe encontrar una *actuación* del Ejército como *grupo de presión*. Su influencia no se limita a los países escasamente desarrollados, como sostiene —a nuestro juicio erróneamente— Díez-Alegría, sino que es también importantísima en los más avanzados. En los primeros funciona más como estamento cerrado, desde el que se tratan de mantener privilegios e influencias corporativas. En los segundos, como ha estudiado L. Smith (34), funcionan con todas las características de los grupos de presión, en los que se confunden lo público y lo privado, al vincularse altos personajes militares a las grandes empresas de material bélico, y en los que existe una reciprocidad de influencia entre lo político (por ejemplo, en USA: Comités del Senado; presidente comandante en jefe de las FAS) y lo militar. Este tipo de intervención, captado esencialmente por la sociología política, ofrece una resistencia congénita a su juridificación, que se enmarca en toda la problemática de la regulación de los grupos de presión.

Una tercera forma de intervención está constituida por *el pronunciamiento o el golpe de Estado*. Ambas coinciden en manifestar una actitud de enfrentamiento con el poder constituido, pero diferenciándose en que, mientras el pronunciamiento se dirige tan sólo a derrocar un Gobierno sustituyéndolo por otro, bien militar o civil (se «pronuncian» por una tendencia), el golpe de Estado tiende a derrocar no sólo al Gobierno, sino todo un régimen político. Ambos constituyen fenómenos revolucionarios y, por su misma naturaleza, son hechos imprevisibles y extraordinarios, fuera, por tanto, de la previsión ordenada que el Derecho supone (35).

Las formas de intervención hasta aquí estudiadas no permiten hablar de una función política del Ejército. Si tomamos el concepto de función en el sentido técnico, que anteriormente

(34) L. SMITH: *La democracia y el poder militar*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

(35) Así, podía decir G. JELLINEK, que «el Derecho no tiene nunca fuerza bastante para determinar, en los momentos críticos de la vida del Estado, la dirección de un camino... El hecho de las revoluciones no puede medirse con el criterio de un orden jurídico. La posibilidad de estos hechos, que están completamente fuera del orden del Derecho, jamás podrá evitarse por medio de leyes...» *Teoría general del Estado*, Éd. Albatros, 1978, pág. 268.

hemos procurado delimitar, no podemos encajar en ninguna de ellas estrictamente este tipo de actividad política. Pero sí parece claro que tal actividad política gravita sobre el desarrollo de las funciones típicas de defensa interior y exterior. Se trata, por tanto, de un aspecto de estas funciones, no de una función en sí.

C) *ESPECIALIDAD DE LA FUNCION DE DEFENSA DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL*

1. La única función, de entre las atribuidas a las FAS por la Constitución, que tiene propia naturaleza política, es la defensa del ordenamiento constitucional.

Conviene recordar brevemente que la defensa de la Constitución, es decir, las garantías que ella misma prevé para su eficacia y estabilidad, se consigue, en el Derecho constitucional contemporáneo, fundamentalmente por una doble vía: una, estrictamente jurídica, la denominada Justicia Constitucional, que se actúa por órganos de carácter judicial (Tribunal Constitucional) o cuasi-judicial (Consejo Constitucional, etc.); otra de carácter político o material, la denominada *defensa política de la Constitución*, cuya actuación se ha atribuido históricamente primero al pueblo, y luego al Jefe del Estado como «defensor de la Constitución», según la terminología de Schmitt (36).

No cabe duda de que la función de defensa de la Constitución que se atribuye a las FAS, sólo puede encuadrarse en la defensa política, entendida como defensa material, pues conlleva un llamamiento a la fuerza institucionalizada, para su utilización como último recurso en una situación crítica para la propia vida de la Constitución.

El problema interpretativo surge al intentar articular esta defensa, dentro del conjunto orgánico estatal. Naturalmente, no cabe entender que se ha funcionalizado un nuevo poder autónomo de defensa de la Constitución, es decir, que las FAS pudieran «por sí solas» salir en defensa del ordenamiento constitucional. Ello iría en contra de las ideas tanto de FAS como de Constitución. Porque esta última lo que pretende materialmente, es regular el juego político dentro de un orden jurídico, y sería un contrasentido abrir ella misma una puerta al eventual golpismo, cuyo carácter extrajurídico ya hemos señalado (37). Tampoco

(36) C. SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, Barcelona, 1931, páginas 163 y sigs.

(37) Véase núm. 35. En este sentido, precisaba BARTHETEMY que «no es posible organizar de antemano la insurrección, ni de admitir en Derecho la apelación extrajurídica a la violencia, pues con ello no se haría sino introducir un fermento anárquico, y la regulación resultaría por lo demás vana y estéril» (*Traité de Droit Constitutionnel*, 2.^a edición, Dalloz, París, 1933).

cabe dentro de la concepción institucional que la Constitución tiene de las Fas, pues quedó claro su carácter estructural de tipo jerárquico-piramidal que articula en la cúspide con el Rey (artículo 62.4), o con el Gobierno (art. 97). Por ello, la interpretación habrá de dilucidar con cuál de estos órganos se articula la función analizada.

2. *La articulación de las FAS con el Jefe del Estado para la defensa de la Constitución* tiene un doble fundamento: De una parte la tradicional atribución al Jefe del Estado de la Jefatura Suprema de las FAS. De otra, la consideración del Jefe del Estado como defensor de la Constitución posibilita que se le atribuyan, para el ejercicio de tal función, una serie de competencias, entre las que destaca la concentración de poderes en una especie de «dictadura constitucional» (Schmitt) cuando el Estado esté amenazado de una manera grave e inmediata. Se comprende que, en este último supuesto, el recurso al Ejército sea en muchas ocasiones medida obligada para defender o restaurar el orden atacado. Se conjugan así las funciones de defensa de la Constitución atribuidas a las FAS y al Jefe del Estado, en situaciones de extrema gravedad.

La posibilidad de adoptar medidas excepcionales en la defensa material de la Constitución, se ha contemplado de manera distinta en el Derecho constitucional continental y en el anglosajón. Al igual que en el problema de la constitucionalidad de las leyes, fueron los Estados Unidos pioneros en esta materia, por vía de constatar *a posteriori* los poderes excepcionales utilizados por el presidente Lincoln durante la guerra civil. Las posibilidades que brinda la ley marcial, los poderes de emergencia, amén de la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, pueden hacer del presidente de los Estados Unidos «casi un dictador» (38). Pero lo que en USA se consiguió por la propia vitalidad de su Constitución, en *el constitucionalismo continental*, mucho más formalista, *necesitó formularlo con toda precisión*. Así, el artículo 48 de la Constitución de Weimar, recogió por vez primera el famoso «parágrafo de la dictadura»; después de la segunda guerra, su recepción por el artículo 16 de la Constitución de la V República francesa contribuyó a su difusión. Para Herrero de Miñón la peculiaridad de la fórmula continental radica en la habilitación de unos *poderes distintos de los de mera emergencia dejados a la discreción del Jefe del Estado* (39).

(38) C. J. FRIEDRICH: *Gobierno constitucional y democracia*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 592 y sigs.

(39) M. HERRERO DE MIÑÓN: *Nacionalismo y constitucionalismo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 161.

Veamos ahora cuáles fueron las soluciones adoptadas en nuestro Derecho.

Dado el señalado carácter militarista de nuestra política decimonónica, no puede extrañar que el legislador español *intuyera*, ya entonces, esta conexión Rey-Ejército para la defensa de la Constitución. Sevilla Andrés apunta (40) cómo en 1820 la Comisión nombrada para dictaminar la Ley Ordenadora del Ejército, señalaba «el gran problema, todavía por resolver, de dar a los Ejércitos permanentes una forma protectora de los derechos del pueblo...; el orden interior, que debe proteger el Rey (conforme al artículo 170 de la Constitución de 1812), es necesariamente el orden constitucional; de otro modo, el objeto de la Fuerza Armada no sería proteger, sino oprimir...» Este sentido perdura con el liberalismo. El «proyecto Cassola» lo recoge en su artículo 1.º al enunciar el fin del Ejército: «Mantener la independencia e integridad de la Patria y el imperio de la Constitución y de las leyes». Y de seguido, el artículo 2.º atribuía al Rey el mando supremo del Ejército y de la Armada. En la misma forma, la Ley Adicional a la Constitución del Ejército, de 19 de julio de 1889, recogía esta redacción.

Sin embargo, las disposiciones anteriores no pueden conectarse con la teoría de las «medidas excepcionales», aún informada. Por ello, la intervención se producía *de facto*, al margen de la Constitución (ejemplo, el golpe primorriverista). La teoría descrita tiene su recepción formal en nuestro ordenamiento con la Ley Orgánica del Estado, artículo 10, *d*, que facultaba al Jefe del Estado para «adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional del Reino estén amenazados de modo grave e inmediato». Basta releer el artículo 37 de la LOE, para comprobar que los valores cuya custodia se encomendaba a las FAS coinciden con los que deben ser protegidos con las medidas excepcionales. Con la atribución al Jefe del Estado de la defensa de las Leyes Fundamentales y del mando supremo de las Fuerzas Armadas (art. 6 de la LOE), se completaba el sistema.

3. Con estos antecedentes, y considerando que la Constitución de 1978 también atribuye al Rey la Jefatura de las FAS, y a éstas la defensa del ordenamiento constitucional, podría pensarse en una *articulación directa Rey-Fuerzas Armadas en la defensa material de la nueva Constitución española*. Sin embargo, creemos que esto *no es admisible* dentro de los principios inspiradores de la Constitución.

(40) D. SEVILLA ANDRÉS: «La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica Española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, Madrid, 1967, página 281.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Un análisis sistemático del texto constitucional, pone de manifiesto que no se han acogido por la Constitución ni las denominadas «medidas excepcionales», ni ninguna otra cláusula que habilite medidas de excepción a tomar por el Rey. Las situaciones de anomalía que se recogen en el artículo 116 tienen un claro carácter gubernamental, sin perjuicio del mayor o menor control parlamentario. Tampoco puede hacerse en esta materia una interpretación extensiva de los poderes del Rey, como el principio monárquico autorizaba a hacer en las Leyes Fundamentales (41). Y es que, en definitiva, toda esta problemática se ha resuelto por la Constitución en armonía con el principio que proclama que la forma política del Estado español es la *Monarquía parlamentaria* (artículo 1, 3). Conforme al mismo, el centro de gravedad de la decisión política se traslada al Gobierno, controlado por las Cámaras. El Rey se sitúa en la cúspide del Estado como «símbolo de su unidad y permanencia» (art. 56.1 de la Constitución), y frente al principio monárquico de la expansión de competencias, el Monarca parlamentario sólo «ejerce las funciones que le atribuyen *expresamente* la Constitución y las leyes» (art. 56 citado). Y si bien se le encomienda la Jefatura de las FAS, ni la Constitución ni las leyes arbitran una fórmula en la que ambas conecten en la función de defensa del ordenamiento constitucional. Ta sólo cabe, a mi juicio, entender que el Rey, que debe «arbitrar y moderar el funcionamiento *regular* de las instituciones» (artículo citado), funcione como el gran mediador entre las FAS y el resto de las instituciones, cuando aquéllas entiendan que existen motivos de grave peligro para la Constitución. Se trataría así de una garantía última, de carácter no material o ejecutivo, sino tan sólo «*disuasiva*», operando una recepción del término internacionalista, como pugnara García Arias, para esta misión de las FAS: «Función existente para no tener que cumplirla, sino para disuadir eficazmente a quien pretenda acudir a la subversión institucional con sólo saber que tal función tendría que ser ejercitada en tal caso».

Pero reducir a una sola función disuasiva la defensa material de la Constitución que se atribuye a las FAS, sería reducir el alcance de la prescripción del artículo 8. La efectividad de la defensa de la Constitución por las FAS, hay que buscarla fuera del binomio Rey-FAS. En este punto nuestra Constitución deja ver una vez más el fuerte influjo que sobre ella han tenido las

(41) M. HERRERO DE MIÑÓN: *El principio monárquico*, Edicusa, Madrid, 1972.

recientes experiencias constitucionales italiana y alemana (42), y atribuye «la defensa del Estado» al Gobierno (art. 97). Y por ello hay que entender que sólo el Gobierno puede disponer una intervención de las FAS en defensa del ordenamiento constitucional. Naturalmente, esto sólo podrá hacerse dentro de una de las situaciones de anomalía constitucionalmente previstas (en el artículo 116). En este sentido, Alzaga (43) señala que las FAS entrarán en defensa de la Constitución a través del estado de sitio (del art. 116.4) o en el supuesto de que España hubiera de entrar en guerra (art. 63.3). La referencia nos parece exacta en lo relativo al estado de sitio; y no tanto en cuanto al de guerra, en el que las FAS ejercitan propiamente otra función específica, cual es la de «defensa exterior».

En conclusión, es a través del «estado de sitio», con sometimiento al Gobierno, y en los términos que fije el Parlamento, como se instrumentaliza la función de defensa del ordenamiento constitucional por las FAS (44).

IV. EL STATUS DEL MILITAR

A) FUNDAMENTO Y CONTENIDO

Ya hemos señalado cómo la construcción clásica del sometimiento del poder militar al poder civil, llevaba como corolario ineludible el *apoliticismo de los militares*. Esta conclusión, expresamente formulada por Hauriou, es el resultado dogmático de un proceso empírico, que comienza a mediados de la pasada centuria, y en el que algunos Gobiernos europeos tratan de ahuyentar el temido pretorianismo a través de una neutralización del estamento militar. Tal neutralización pretende conseguirse por medio de limitaciones impuestas a los derechos y libertades políticas de los miembros de los Ejércitos. También en España tuvo acogida esta tendencia, que, sin embargo, no consiguió —como

(42) Como se sabe, los textos iniciales de las Constituciones italiana y alemana de la posguerra no preveían la posibilidad de una defensa excepcional del Estado, que tuvo que ser, sin embargo, acogida con posterioridad, para resolver las necesidades que en este sentido se habían planteado. Ver nota 44.

(43) O. ALZAGA: *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*. Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 130.

(44) La doctrina alemana habla en este caso de «defensa ejecutiva» de la Constitución, refiriéndola al nuevo párrafo 4, del artículo 87-b, de la Ley Fundamental de Bonn, redactado por Ley de 1968, cuyo contenido es ilustrativo de las posibilidades contenidas en la interpretación que defendemos de nuestra Constitución; el tenor literal del párrafo es el siguiente: «Para prevenir un peligro inmediato para la existencia o el régimen funda-

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

ya hemos visto— los resultados prácticos perseguidos. Manifestaciones concretas son, en nuestra legislación decimonónica, las siguientes:

- *Prohibición* a los militares para tomar parte en *reuniones, manifestaciones* y demás actos de carácter político (introducido por la Real Orden de 4 de febrero de 1875 y consagrado legislativamente en el artículo 28 de la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878).
- *Restricción al derecho de asociación*, o mejor, de fundación de asociaciones, que necesita la especial autorización de la autoridad militar superior (R. D. 8 de 19 de abril de 1900 y R. D. de 6 de octubre del mismo año).
- Especialidades para la tramitación del *Derecho de Petición* y prohibición de ejercicio colectivo del mismo (art. 20 de la Constitución de 1869; 13 de la de 1876, y 35 de la de 1931).
- *Limitaciones*, en cuanto a la *libre emisión del pensamiento* en publicaciones periódicas (R. O. Circular de 28 de diciembre de 1888).

Posteriormente, hay ya que remontarse al momento de la transición hacia el Estado democrático, para encontrar una reiteración —y ampliación— de estas restricciones en el Real Decreto-Ley 10/77 de 8 de febrero, sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las FAS.

Y así llegamos a la actual regulación, contenida, en parte, en el texto constitucional. Antes de entrar en su análisis detallado, creemos necesario precisar el fundamento material y formal que tienen estas restricciones.

2. Tradicionalmente se afirmaba que el *fundamento material* de estas restricciones era un necesario y absoluto apoliticismo de los Ejércitos y, por ello, de sus miembros. Esta afirmación, conllevaba el situar a los militares dentro de una especie de «campana de cristal» —conseguida a través de las restricciones en sus derechos políticos— en las que permanecerían «incontaminados» de las realidades políticas de la nación. Este pretendido apoliticismo, es hoy considerado como utópico e indeseable. Utópico, porque no puede pretenderse que el militar renuncie a su condición de ciudadano inmerso en la realidad socio-política de

mental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, podrá el Gobierno Federal... cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la policía... emplear a las Fuerzas Armadas para apoyar a la policía, proteger la propiedad civil y para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados. Cesará la actuación de las Fuerzas Armadas cuando así lo exigieran el Parlamento Federal o el Consejo Federal».

su país. Tendría que renunciar para ello no sólo a su condición de ciudadano, sino también a la propia esencia de su espíritu militar que le demanda «el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria» (art. 1 de las Reales Ordenanzas). Indeseable, porque como demostrara el General Vigón, el apoliticismo del Ejército puede acarrearle tremendas responsabilidades históricas si no sabe estar a la altura de las circunstancias en el momento crítico (45).

Hoy se trata, por el contrario, de *distinguir claramente entre apoliticismo y apartidismo*. Así lo hace entre nosotros Prudencio García, en un importante trabajo (46): «El hecho de que el militar conserve celosamente su no vinculación a ningún grupo político determinado... no debe servir de motivo, ni mucho menos de justificación, para hacerle caer en el extremo opuesto de un apoliticismo entendido como inhibición absoluta que le condujese a la más garrafal ignorancia de toda problemática política y social». Y continúa más adelante: «La responsabilidad moral —individual y colectiva— del militar profesional frente a la comunidad nacional le imposibilita para practicar un sistemático abstencionismo intelectual y social en materia de política interior; ... y esta misma responsabilidad le imposibilita para inhibirse radicalmente de toda responsabilidad en determinados aspectos de la política exterior: concretamente aquellos susceptibles de desembocar en un estallido bélico o en su posible evitación».

Por todo ello, no puede hoy hablarse de apoliticismo de los militares como justificación de su especial *status* jurídico público. Debe hablarse mejor de *neutralidad o apartidismo de las Fuerzas Armadas*. Las FAS no son, como hemos visto, ajenas a la «política en su más fundamental acepción... conscientes de su capacidad política potencial, las FAS y sus miembros tienen el deber de mantenerse unidos para el mejor desempeño de su elevada misión... Este deber impone a todos los componentes de las FAS el debido respeto a cualquier opción política de los que tienen cabida en el orden institucional, sin que les sea lícito, en consecuencia, participar ni mostrar públicamente su preferencia por cualquiera de ellas». (Exposición preliminar del Real Decreto-Ley 11/77 citado.) (Este sentido suprapartidista, nacional, encaja perfectamente con el carácter de institución que aquí sostenemos, y con la atribución de su Jefatura al Rey.)

Distinto y específico fundamento presenta el supuesto de la limitación del Derecho de Petición a las peticiones individuales, sometiéndolas además a la legislación específica. Podría decirse

(45) *Teoría del militarismo, op. cit.,* pág. 45.

(46) P. GARCÍA: *Ejército: presente y futuro*, Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 37.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

que, así como el fundamento general de las limitaciones responde a una recepción por las estructuras del Ejército de los postulados del Estado de Derecho, a la inversa, en el caso del Derecho de Petición, la regulación constitucional del mismo, adopta las especialidades de la estructura militar. Porque las limitaciones al Derecho de Petición para los miembros de las FAS, no responden al señalado neutralismo que se pretende conseguir de éstos, sino a la eficacia del principio disciplinario. La disciplina es lo que impide otro cauce de petición que no sea el preceptivo conducto reglamentario; y es también este principio a través de su concreción organizadora (jerárquico-piramidal), lo que impide una posible petición *ad intra* de carácter colectivo, pues ello podría constituir una sedición (art. 299 del CJM).

3. Al hablar de un *fundamento formal* para las restricciones que comporta el *status* militar, queremos referirnos al grado que debe tener la norma jurídica que las establece. Y así, hay que señalar que, siendo los derechos que se quieren limitar, parte de los derechos fundamentales de la persona (más concretamente, dentro de ellos, de los derechos y libertades políticos), la tendencia moderna se orienta hacia su constitucionalización e internacionalización (47). Y por ello, encontramos en las más recientes Constituciones y en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos que, junto al reconocimiento y garantía de los derechos afectados, se suele prever la posibilidad de su limitación o restricción para los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados en el propio texto constitucional o de la declaración. Así, por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn, tras regular los Derechos Fundamentales, determina en su artículo 17.1: «Las leyes relativas al servicio militar... podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas se restrinja, durante el período de servicio, el derecho fundamental de expresar y *difundir libremente su opinión* por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, el derecho fundamental de *reunirse libremente* y el *derecho de petición* en cuanto a su ejercicio en forma colectiva». De la misma forma la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (art. 11, párrafo 2), y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (art. 8 del de Derechos económicos, sociales y culturales, y arts. 21 y 22 del de Derechos civiles y políticos).

La constitucionalización e internacionalización han posibilitado, y esto es lo más trascendente, la articulación de un adecuado sistema de garantías de efectividad de los Derechos Humanos.

(47) Por todos A. TRUYOL Y SERRA: *Los Derechos humanos*, Ed. Tecnos, 2.ª edición, Madrid, 1977.

La internalización ha supuesto en este sentido, de una parte, la aparición de una serie de fórmulas varias de tutela de los derechos de carácter internacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comisión Europea, etc.) y de otra la toma de conciencia universal de que estos derechos son algo más que meras declaraciones constitucionales, y, por tanto, internas; el artículo 10.2 de nuestra Constitución es, a estos efectos, modélico, al declarar que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España». Pero es, claro está, a través de las garantías previstas en las propias Constituciones como los derechos alcanzan mayor efectividad. No es este lugar para analizar exhaustivamente las técnicas jurídicas creadas para conseguir esas garantías. Basta recordar, a los efectos que nos interesan, que los Derechos Fundamentales se protegen en las Constituciones frente a una abusiva limitación posterior por otros poderes, determinando la propia Constitución qué derechos tasados se pueden limitar y estableciéndose una reserva de ley formal para el desarrollo de los derechos (reserva que a su vez suele ser ordinaria y en ocasiones cualificada: exigiendo una mayoría determinada para su aprobación, Leyes Orgánicas) y normalmente con la exigencia de respetar en tal regulación el contenido esencial del derecho afectado.

4. Con estos planteamientos podemos ya adentrarnos en la regulación que la *nueva Constitución* y el *resto del ordenamiento jurídico español* hacen del tema que nos ocupa.

Con rango constitucional se han consagrado, de una parte, las tradicionales limitaciones al ejercicio del derecho de petición (artículo 29.2), y de otra, la posibilidad de limitar o exceptuar el derecho de sindicarse libremente «a las Fuerzas e Institutos Armados y a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar» (artículo 28.1) (48). Asimismo, el artículo 70.1 e) declara inelegi-

(48) La redacción del precepto constitucional no es un modelo de precisión, pues dice que «la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho —el derecho a sindicarse— a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar...»; evidentemente el artículo debería hablar de *los miembros* o componentes de las Fuerzas Armadas, pero no de éstas en sí mismas, porque no puede pensarse en que estas Fuerzas como tales se sindiquen o no (i). Por otra parte se pone de manifiesto la imprecisión terminológica de la Constitución, al referirse a Fuerzas o Institutos (?) Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, cuando lo congruente con la propia sistemática de la Constitución habría sido referir la restricción de una parte, a las Fuerzas Armadas, y de otra a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 8 y 104).

bles a los militares profesionales en activo para los cargos de diputado o senador. Es loable que las previsiones específicas de limitación de estos derechos, se hayan efectuado a nivel constitucional. Lo que resulta, a mi juicio, anómalo, es que no se hayan fijado, también con rango constitucional, las restantes posibilidades de limitación derivadas de la condición militar, a la hora de regular los correspondientes derechos (de asociación, reunión y libre emisión del pensamiento), como podía haberse hecho siguiendo la pauta señalada en la Ley Fundamental Alemana y en las Declaraciones Internacionales a las que la propia Constitución se remite. El hecho es tanto más sorprendente, si se tiene en cuenta que no estaba ajeno a la *mens legislatoris* la necesidad de establecer para los militares el resto de las limitaciones, pues fueron las propias Cortes Constituyentes las que aprobaron simultáneamente, la *Ley ordinaria* en que tales limitaciones se contienen: las Reales Ordenanzas (que se aprobaron por las Cortes en el mismo mes, Diciembre de 1978, que la Constitución). El hecho no tiene un significado meramente circunstancial, pues supone *dejar en manos del legislador ordinario*, no sólo los criterios que han de orientar las eventuales limitaciones, sino incluso *la determinación de los derechos que puedan quedar afectados* por las mismas. Los efectos no han tardado en producirse, pues las propias Ordenanzas se resienten —en la ordenación del *status* militar— de esta imprecisión constitucional.

Son, en efecto, *las Reales Ordenanzas* de las Fuerzas Armadas, las que vienen a completar —en su Tratado III: De los deberes y derechos, artículos 168 y 99— lo que denominamos el *status* militar. Y es de nuevo una crítica de carácter formal, la primera que queremos formular. Pues entendemos que si conforme al artículo 81 de la Constitución, *el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, debe efectuarse mediante ley orgánica*, se debía haber recurrido a esta garantía formal para regular las restricciones que de estos derechos y libertades se hace para los militares. Máxime, cuando la propia Constitución determina la necesidad de que una ley orgánica «regule las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución» (art. 8.2). La interpretación restringida a la

En último lugar hay que señalar que la redacción final es, sin duda, la más estricta y restrictiva de cuantas se apuntaron en los debates. El tenor del artículo parece *restringir en absoluto* cualquier posibilidad de sindicación o asociación profesional para los miembros de las Fuerzas Armadas; en contra, se pronunciaron los grupos parlamentarios comunista, catalán y socialista. Sólo una interpretación integrativa de la Constitución a partir de sus postulados esenciales posibilitaría en un futuro que, con la redacción apuntada, no se atente claramente al *contenido esencial* del derecho en cuestión.

literalidad, que de la previsión constitucional se ha hecho —regulando tan sólo en la Ley Orgánica los «órganos» fundamentales de la Institución Militar—, ha dejado escapar la segunda oportunidad de garantizar, por medio de un adecuado y suficiente rango normativo, el *status* militar (49).

Pasemos, por último, al análisis del contenido sustancial del *status* que las Ordenanzas configuran. Se ha aumentado el catálogo de derechos cuya limitación se impone a los militares: a las tradicionales restricciones al ejercicio de los derechos de reunión, sindicación, asociación, actuación política y libertad de expresión (artículos 180, 181, 182 y 187), se han añadido los relativos a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 177) y al derecho a la posesión y utilización de los medios de comunicación social dentro de los recintos militares (art. 179). Estas últimas adiciones provienen, a mi juicio, de la *recepción* que las Ordenanzas han hecho en este Título *del Estatuto General de los Militares en Francia* (Ley francesa núm. 72/662 de 13 de julio de 1972), al que siguen incluso en la ordenación de los derechos afectados. Se verifica aquí el peligro, más atrás apuntado, que supone la inconcreción constitucional de los derechos que pueden restringirse para los militares. De otra parte, las nuevas restricciones no se han configurado, a mi juicio, con una adecuada congruencia con los postulados constitucionales. Fijémonos en el tenor del artículo 177 de las Ordenanzas: «Todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestos por razones de disciplina o seguridad». La redacción no es afortunada, pero una adecuada interpretación podrá soslayar, en la práctica, sus imperfecciones. La *ratio* del precepto contiene dos bienes jurídicos en conflicto: uno de carácter individual (el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), y otro de carácter comunitario (la seguridad y la disciplina). Sólo cabe pensar en una prevalencia *excepcional* del

(49) Nos referimos al contenido del Proyecto de Ley Orgánica de Bases de la Defensa Nacional y la Organización Militar, que publicó el B. O. de las Cortes el 21 de septiembre de 1979, y que, cuando esto se escribe, se dictamina en el Congreso. Se regulan únicamente en el mismo aspectos de la orgánica militar y de la Defensa, sin incluir ninguna norma sobre el Estatuto del militar. Habría sido una buena ocasión para convalidar el Estatuto por medio del adecuado rango normativo, sin forzar el mandato que la Constitución hace en el artículo 8.º; pues 1.º, al decir «orgánica», la Constitución se refiere a este nuevo tipo de Leyes previstas en el artículo 81 y que precisamente comprenden como uno de sus contenidos necesarios el desarrollo de los derechos fundamentales; 2.º, tampoco se desvirtuaría el concepto de «Bases de la Defensa» si se regulara aquí el núcleo jurídico básico del *status* militar.

segundo sobre el primero; y siempre respetándose el contenido esencial del derecho afectado. En circunstancias normales, ni la disciplina ni la seguridad parece que puedan exigir limitaciones a unos derechos tan fundamentales. Sólo cuando por graves y tasadas razones puedan considerarse en peligro la disciplina o la seguridad, podrá *la Ley* posibilitar la limitación. Y como quiera que habrá de *respetarse el contenido esencial*, no parece que puedan quedar afectadas las manifestaciones individuales de la libertad de pensamiento en privado, ni la expresión individual de la libertad de conciencia. Probablemente lo que el artículo ha pretendido, es posibilitar las limitaciones de la libertad de pensamiento en sus manifestaciones dentro del servicio, o el culto religioso público u oficial en determinadas circunstancias. Otra interpretación podría ser contraria a la Constitución, pues «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 10 de la Constitución). Pero además sería recluir al militar en esa «campana de cristal» de la que definitivamente debe salir.

B) LA CALIFICACION DE STATUS MILITAR

1. *Las restricciones de los derechos y libertades que al militar se imponen, implican unas claras limitaciones a su capacidad de obrar en Derecho Público. Cuando se trata de militares profesionales, estas limitaciones alcanzan carácter estable, de modo que puede decirse que el militar, por el hecho de serlo —es decir, por quedar adscrito permanentemente a la institución FAS— tiene un status especial de Derecho Público. El status será así el condensador de la posición jurídica especial que corresponde permanentemente en el Derecho Público al militar.*

El empleo que proponemos del concepto de *status*, no está desde luego ajeno a los importantes problemas que el propio concepto de *status* presenta. Por ello, y aunque aquí tomamos el concepto *status* en una acepción amplia y en un sentido instrumental, parece conveniente detenernos en la fundamentación histórica y doctrinal del empleo que proponemos del concepto.

2. *Históricamente, el concepto de status se desarrolla claramente por vez primera por obra del genio jurídico romano: tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem, familiam (Paulo, Digt. IV, V). Ya entonces, aparece ligado el estado a la capacidad, de forma que, incluso la personalidad, era una consecuencia del estado: persone est homo statu civile proeditus. Esta acepción estricta del status es la que, andando el tiempo, va a plasmar en la doctrina restrictiva del status, como posición jurídica derivada de la pertenencia a una comunidad necesaria: familia, Estado*

(Cicu, Jellinek). Pero, junto a esta utilización esencial del concepto de *status*, el Derecho romano utiliza también el término para referirse a la «condición de los hombres», incluyéndose en aquél a los «militari» (50). No parece, pues, ajena al Derecho romano, la consideración de que los militares tenían, por el hecho de serlo, una condición jurídica peculiar, a la que se calificaba de *status*.

De la evolución posterior, nos interesa entresacar el hilo conductor que desvela cómo el *status* se entiende como situación estable y permanente. Así, en la concepción medieval, nos encontramos con la caracterización que efectúa del *status* Santo Tomás, para el cual el significado viene a estar en relación con la etimología del término (*stare*), significando un «estar de pie», pero matizado con algo más, pues se requiere la inmovilidad, la quietud o la estabilidad; por tanto, el estado viene a ser cierta posición estable y diferenciada. Así lo van a recoger también nuestras *Partidas*, cuyo amplio concepto de estado nos interesa dejar anotado: «condición o manera en que los omes viven o están» (*Partida* IV, T. 23, L. 1.^a).

La concepción amplia del *status* es también la que ha primado en la *doctrina científica*. En España, la polémica sobre el *status* se ha centrado, casi exclusivamente (51), sobre la caracterización del estado civil; por ello, han sido los civilistas los que más intensamente han trabajado el tema. Así Federico de Castro, haciendo del «estado civil» piedra angular de su Derecho de las Personas, lo conceptúa como «la cualidad jurídica de la persona por su especial situación en la organización jurídica, y que como tal caracteriza su capacidad de obrar» (52). Aunque, como se aprecia fácilmente, la tesis que mantenemos cabe plenamente en la definición transcrita, sería distorsionar la doctrina del maestro de la Universidad de Madrid, el no aclarar que la definición está formulada inicialmente tan sólo para el Derecho Civil. Si la traemos aquí, es como argumento de autoridad que se enmarca en la tradición doctrinal española que, en relación con el concepto de *status*, nos interesa destacar: La consideración del estado como cualidad de la persona determinante de su capacidad de obrar.

El concepto amplio de *status* aparece también en la doctrina

(50) Citado por DE CASTRO (véase nota núm. 52), tomo II, pág. 58.

(51) La aportación de los publicistas españoles se ha canalizado en las últimas décadas a través del estudio del *status* en el Derecho Administrativo; desde este punto de partida, pero con una proyección general, ha analizado el problema, con el rigor que le caracteriza, GARCÍA DE ENTERRÍA, en el tomo II de su *Curso de Derecho Administrativo*.

(52) F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, tomo II.

extranjera. Una formulación próxima a la que mantenemos es la efectuada por Degni, que considera que el *status* puede derivar de la pertenencia a una profesión. Y, finalmente, una formulación expresa del *status militiae* aparece en la obra de Seraceni *Il concetto di status* (53), considerándolo como *derivado de la asunción del sujeto en un organismo superior que determina las funciones sociales del adherente*, y que no será sino *la expresión subjetivo-pública de un ordenamiento jurídico dentro del ordenamiento general*; para ello es necesario admitir la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos en el sentido de Romano, conectándose de esta forma en una unidad institucional *status militiae*, Derecho Militar y Fuerzas Armadas. Se confirma así la presencia de las FAS de la nota institucional señalada por Renard: : el bien común que determina la finalidad de la institución tiene que prevalecer sobre los intereses individuales y subjetivos de sus miembros, configurándose de esta forma, un *status* institucional específico.

V. ASPECTOS ORGANICOS

A) ALTOS ORGANOS DE LA DEFENSA NACIONAL

1. Ya hemos visto anteriormente que el *Mando supremo de las Fuerzas Armadas corresponde al Rey* (art. 62, h). Se trata de una atribución que desde la Constitución de 1812 (art. 172) han repetido todas nuestras Constituciones (54). Los constitucionalistas suelen justificar esta atribución viendo aquí una conexión entre la misión de defensa correspondiente a los Ejércitos y la suprema representación internacional que al Jefe del Estado corresponde y, como consecuencia de la cual, le corresponderá declarar la guerra y acordar la paz cuando proceda (art. 63.3). Pero, además, en las Constituciones monárquicas se ha mantenido siempre una especie de vinculación innata entre la dinastía reinante y los Ejércitos, como derivada —según señalara Esmein— (55) de la antigua tradición de ser los Reyes educados para las armas. Esta vinculación es notoria en la historia contemporánea de España, y el monarca reinante ha procurado tam-

(53) SERACENI: «I concetto di Status», en *Archivio Giuridico*, 1945, páginas 107 y 132. La tesis de Degni está contenida en su obra *Persone fisiche*, página 166, citado por el anterior.

(54) El artículo 6 de la Constitución de 1837, que se mantiene con el mismo número en las de 1848 y proyecto de 1856; el artículo 28 de la Constitución de 1869; el 3 de la de 1876, y el 37 de la de 1931.

(55) ESMEIN: *Eléments de Droit Constitutionnell*, París, 1906.

bién mantener esos lazos de vinculación institucional por medio de unas muy cuidadas relaciones.

El aspecto más importante de este tema, que ya anteriormente quedó planteado, es el de la *efectividad* de esta Jefatura. Desde luego, en las Constituciones republicanas, el problema se resolvió *ab initio* con una denegación del mando efectivo al Jefe del Estado (Constituciones francesas del año III, de 1848 y de 1875). El problema es más delicado en las Monarquías, sobre todo en aquellas que, como la española tradicional, admitían la efectividad de la jefatura regia. Ya en el siglo pasado afirmaba Gladstone que el carácter parlamentario de la Monarquía, imponía la dirección del Ejército por un mando distinto del Monarca, un jefe responsable y por ello revocable (56). Y así, la técnica de la traslación de la responsabilidad al Gobierno por medio del refrendo, vino a convertir en simbólica esta dirección suprema. En nuestro Derecho ello se consiguió a través de las Leyes Constitutiva del Ejército y Adicional a la misma, al disponer que «la organización del Ejército corresponde al Rey, *mediante su Gobierno responsable* y dentro de la presente ley y de la de presupuestos, y de los que fijen cada año la fuerza militar permanente» (art. 2). En definitiva, como señalara Palma, «si *la presencia del Rey a la cabeza del Ejército*, tomando parte en sus fatigas y peligros, puede producir felices resultados en el espíritu militar, sin embargo, *sólo a título representativo* debe corresponderle aquel mando supremo, porque en realidad aquel mando efectivo y la responsabilidad deben corresponder al Estado Mayor del Ejército de que se trate» (57).

Hay que mencionar, por último, la alusión que el artículo 65, párrafo 2 de la Constitución hace a la Casa del Rey. Se faculta al Monarca, como era tradicional, para nombrar y revocar libremente a los militares que puedan integrarla. Por Decreto de 25 de noviembre de 1975, se restableció la Casa de S. M. el Rey, en la que se integra el llamado Cuarto Militar. Se sitúa así junto al Monarca un órgano auxiliar para el desempeño de las funciones relativas a la Jefatura de las Fuerzas Armadas. El referido Cuarto Militar fue creado por Real Decreto de 1902, y a él se adscriben los generales, jefes y oficiales que el Rey designe para las referidas funciones auxiliares; la composición orgánica, distintivos, etc., del Cuarto Militar están determinadas en normas de carácter reglamentario.

2. Es, por tanto, *al Gobierno* a quien corresponde la efectiva dirección de la Defensa Nacional. El artículo 97 de la Constitu-

(56) GLADSTONE: «Questions Constitutionnelles», citado por CASTILLO ALONSO en voz Ejército de la *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XIII.

(57) PALMA: *Corso di Diritto Costituzionale*.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

ción, es en este caso incontrovertible. «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado». Naturalmente, esta atribución global implica una posterior diversificación orgánica y competencial en cascada, de naturaleza administrativa. Y hubiera sido, a mi juicio, deseable, la constitucionalización de alguno de los altos órganos militares, para asegurar la necesaria presencia técnica militar en las grandes decisiones de la política de Defensa. Así lo hacía la Ley Orgánica del Estado con la Junta de Defensa Nacional y el hoy extinguido Alto Estado Mayor, así lo hacen también las Constituciones más modernas (58). Y así lo pretendió también el primer borrador del texto constitucional, que recogía en su artículo 133.2, «la Junta Superior de la Defensa» como órgano asesor del Gobierno en los asuntos relativos a la Defensa, así como de una Junta de Jefes de Estado Mayor como órgano colegiado superior del mando militar de la FAS. El siguiente paso fue la inclusión de las FAS en el Título Preliminar, donde ya no aparecía el párrafo transcrito, sino simplemente la ambigua remisión a la Ley orgánica de bases de la Defensa Nacional.

Hay, por tanto, que suplir con la integración legal ordinaria, el vacío constitucional. Y fueron también en este punto las Cortes Constituyentes las que elaboraron la normativa básica, a través de la Ley 83/78, de 28 de diciembre, de regulación de las funciones de los órganos superiores del Estado en materia de Defensa Nacional. No vamos a hacer aquí un análisis de la misma, pues de un lado la materia no es ya constitucional y de otro, la normativa creemos que tiene carácter transitorio, pues habrá de constituir sin duda la base fundamental de la anunciada Ley Orgánica. Pero sí es necesario destacar, a los efectos institucionales que pretendemos esbozar, que la dirección de la guerra se atribuye al presidente del Gobierno, asesorado por la Junta de Defensa Nacional (art. 6.4); se disipan así los problemas estructurales que se planteaba la doctrina clásica en cuanto a la necesidad de un asesoramiento técnico, preciso e imprescindible, para la dirección de la guerra, salvaguardándose además la unidad de poder del Estado aun en su más crítica situación. Podría pensarse que todas estas consideraciones que sitúan al Gobierno en la cúspide efectiva de la organización militar, reafirman la tesis administrativista que hemos impugnado. Nada más contrario a la realidad, que confirma una vez más el carácter institucional. Porque, en efecto, el Gobierno es hoy considerado como un «expo-

(58) Así, por ejemplo, la Constitución italiana recoge en el artículo 87, apartado 9, el Consejo Supremo de Defensa, que preside el Jefe del Estado. También la nueva Constitución portuguesa, si bien en este caso con las peculiaridades específicas de su proceso constituyente.

nente de la voluntad del pueblo, expresada en la última elección y debe imponerla frente al aparato administrativo..., realiza la soberanía del pueblo que no puede actuar por sí misma. Con esta finalidad organiza, dirige y vigila el aparato administrativo» (59). En definitiva, tiene una doble naturaleza política y administrativa. En función de la primera «dirige la política interior y exterior... y la defensa del Estado» (art. 97) y, por tanto, toma las grandes decisiones *políticas* de la Defensa Nacional. En virtud de la segunda, dirige la Administración civil y militar: en este sentido, medial, instrumental, subordinado al aspecto dicisional, político, hay que encuadrar a la Administración Militar. Lo institucional, por tanto, enmarca y unifica esos aspectos parciales.

B) *EL SERVICIO MILITAR Y LA OBJECION DE CONCIENCIA*

1. Si hemos caracterizado a las FAS como una institución arraigada en la realidad social, integradora del pueblo en orden a la Defensa Nacional, *el deber de defender a España* —que el artículo 30.1 de la Constitución, imponen a todos los españoles— se presenta como un elemento de la construcción institucional.

Suele señalarse que el deber general del servicio de armas, es uno de los primeros —y de los pocos— deberes constitucionalizados: aparece ya en el artículo 9 de la Constitución de Cádiz, y desde entonces en todas las posteriores. Y ello se explica porque este deber tiene un origen pre-constitucional que se «nacionaliza» a partir de los principios de la Revolución francesa. En España suele presentarse a los Reyes Católicos como los primeros que impusieron un deber de servicio de armas con *carácter obligatorio* y permanente, para cubrir filas en la Santa Hermandad (1476). Lo cierto es que, si la obligatoriedad del servicio aparece claramente en el antiguo régimen, la *generalidad* del mismo sólo se consigue desde el marco de la legalidad que parte de la Revolución francesa. No obstante, aun durante el pasado siglo y el primer tercio del presente, hubo de lucharse en nuestro país contra las prácticas de las «redenciones o sustituciones», que dejaban reducidas a mera fórmula las declaraciones constitucionales de igual y general deber de servicio a la Patria con las armas.

Actualmente, este deber se caracteriza como de tipo personal, cuyo contenido consiste en *una prestación de servicios, forzosa, general y temporalmente limitada*. Los administrativistas suelen hablar por ello de «prestaciones personales».

El *contenido* de este deber, no se limita a la clásica prestación

(59) E. STEIN: *Derecho Político*, Ed. Aguilar, Madrid, 1973, pág. 82.

del servicio militar. Esta es la forma normal de la prestación, por medio de la cual se organiza de modo permanente la integración del pueblo en las FAS. Pero existen otras posibilidades fuera del servicio en filas, en que el ciudadano puede ser requerido para defender a España: los supuestos de movilización excepcional o de caso de guerra. (Incluso cabría pensar que las «requisas» fueron una variante —prestación real— del mismo deber de defensa). Este contenido plural del deber de defensa es el que ha tenido en cuenta la Constitución, que remite al legislador ordinario la fijación de *las obligaciones militares* de los españoles (art. 30.2).

El término objetivo de la Defensa, después de fuertes debates, se fijó en «defender a España». Se ha excluido aquí conscientemente del enunciado constitucional el concepto de Patria, rompiendo nuestra tradición constitucional —unánime en hablar aquí de la «defensa de la Patria»—, así como los precedentes del Derecho comparado, pues tanto el liberal como el socialista, utilizan sin excepción el término patria. Como señaló el senador Gamboa, el concepto de Patria «tiene una acuñada tradición histórica y castrense, y el reconocimiento de su defensa debe hacerse no sólo como un derecho, sino también como un honor...», pues así es al menos en cualquier otra comunidad nacional para sus ciudadanos, en cualquier momento histórico y bajo cualesquiera regímenes políticos». Pero nuestros constituyentes prefirieron optar también aquí por el «malabarismo terminológico», que hizo prevalecer la redacción apuntada, ciertamente tautológica.

Desde el punto de vista de *los sujetos* del deber, hasta el último momento se consignaba a «los ciudadanos». El término era más restringido que el de *los españoles*, que introdujo definitivamente el proyecto del Senado, pues el término ciudadano —como señala Alzaga— implica, no sólo el carácter de español, sino además, el pleno disfrute de los derechos políticos, y esta circunstancia no siempre se dará; piénsese, por ejemplo, en el supuesto de guerra en el que pueden ser llamados a tomar las armas promociones que no hayan alcanzado la mayoría de edad (60).

Es necesario hacer, por último, una precisión derivada del carácter institucional de las FAS, que como hemos visto impone a sus miembros determinados *status*. *En el caso del militar no profesional el status es solamente reflejo, en cuanto pueda incidir en el servicio. Al no existir una adscripción personal permanente a la institución, sino tan sólo una integración ocasional*

(60) ALZAGA: *La Constitución...*, *op. cit.*

y temporalmente limitada, no puede hablarse de un *status* definitivo, y las limitaciones o restricciones se imponen tan sólo para esta ocasión y tiempo: «los militares no profesionales, durante el tiempo de prestación de sus servicios en las Fuerzas Armadas, podrán mantener la afiliación que con anterioridad tuvieran, pero se abstendrán de realizar actividades políticas o sindicales» (art. 182.2 R. Ordenanzas).

2. El párrafo 2 del artículo 30 de la Constitución reconoce el derecho a «*la objeción de conciencia* como causa de exención del servicio militar obligatorio, pudiéndose imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria». El estudio detallado de la objeción de conciencia desbordaría los límites de la perspectiva institucional con la que se ha enfocado este trabajo (61). Mas para no dejar en el vacío este importante aspecto de la regulación constitucional de las FAS, anotaremos sus rasgos principales.

La negativa individual a tomar las armas por razones religiosas o morales encuentra sus *orígenes* cuando entran en conflicto la obligatoriedad del servicio militar, con las creencias pacifistas de determinadas sectas religiosas. Los anabaptistas plantearon el problema por vez primera en Francia (en 1793) y en Estados Unidos se exime a los cuáqueros del servicio militar en 1802. El problema, por tanto, no es nuevo, sino que va unido desde sus orígenes al servicio militar tal y como se configura modernamente. Lo que le ha dado especial actualidad ha sido, de una parte su consideración contemporánea como uno de los Derechos Humanos que hay que garantizar (62), y de otra, la especial difusión de ideologías pacifistas en nuestro tiempo. En España, el problema ha surgido principalmente al extenderse la secta religiosa de los Testigos de Jehová, cuyos miembros se han negado sistemáticamente (desde los años 60) a vestir el uniforme militar y aceptar las demás obligaciones del servicio.

El tratamiento del problema en el Derecho comparado es muy vario:

- Algunas Constituciones modernas lo garantizan, efectivamente, como un Derecho fundamental: caso de Holanda, Alemania, Portugal y actualmente España.
- Desconocido por la mayor parte de los textos constitucio-

(61) La doctrina española se ha detenido además especialmente en este tema: RODRÍGUEZ DEVESA Y GARCÍA ARIAS publicaron estudios en los números 3 y 22 de la *Revista Española de Derecho Militar*. También J. JIMÉNEZ: *La objeción de conciencia en España*, Ed. Edicusa, 1973.

(62) Recogido como Derecho Fundamental en las declaraciones internacionales de derechos citadas más atrás.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

nales, se regula, como excepción, por la ley ordinaria, que impone normalmente un servicio sustitutorio (bien militar, pero no de armas, bien social no militar), de igual o mayor duración que el período de servicio en filas: casos de Francia e Italia.

— Desconocido por el ordenamiento jurídico, y eventualmente sancionable la negativa: Irlanda, Turquía y Suiza.

Este último sistema era el adoptado en *nuestro Derecho con anterioridad a la Constitución*. En una primera fase el problema de los objetores se va a resolver con la calificación de la conducta como delito militar de desobediencia del artículo 328.2 del CJM; pero el problema se recrudece cuando terminados los períodos de cumplimiento de las penas impuestas (normalmente, de tres años y un día), los objetores vuelven a negarse a prestar el servicio, incurriendo de nuevo en desobediencia y atrayendo otra vez sobre sí las sucesivas penas. Una segunda fase del problema intentó atajarlo, bien por medio de su reconocimiento legislativo, con dos proyectos de ley en 1970, que no llegaron a madurar, bien con la solución adoptada en 1971 de configurar la negativa como un delito autónomo contemplado en el artículo 383 bis, del CJM, que salía al paso de las condenas sucesivas (63), dando por cumplido el servicio con el cumplimiento de la condena. Un último momento, ya en la transición, vino a reconocer tácitamente la objeción de conciencia antes de su consagración constitucional, pues de un lado se indultó a los que se hallaban cumpliendo condena o se sobreyeron las causas abiertas por tal motivo, como consecuencia de las distintas medidas de gracia, y de otra parte se ordenó conceder prórrogas de incorporación a filas a los objetores que se presentaran en lo sucesivo (Decreto 23-XII-76), en espera de que se regularice por Ley su situación.

Hoy, aún a la espera de la Ley que regule la objeción de conciencia, sólo contamos con la *previsión constitucional* transcrita. Sobre ella hay que decir, en primer término, que plantea la objeción como una *repulsa total o global al servicio militar y sólo a éste*. Es decir, que deja fuera de una eventual objeción a las prestaciones de defensa excepcionales y a los actos aislados que

(63) Suele mantenerse erróneamente que estas condenas sucesivas se han seguido produciendo hasta la entrada en vigor de la Constitución (por ejemplo, ALZAGA, *op. cit.*). Hay que recordar que esa posibilidad había sido ya desechada desde 1970, pues de una parte la Jurisdicción militar, en algunas circunscripciones, salió al paso de esta dura aplicación, por medio de una original interpretación de la Ley, y de otra parte, el problema quedó legalmente zanjado con la inclusión del artículo 383 bis en el CJM.

puedan presentarse en el desarrollo del servicio militar (64). Esta interpretación es, desde luego, la que se deduce de la propia letra de la Ley. Pero además es, a mi juicio, la única adecuada a la *ratio* de la norma, porque lo general, y por tanto lo expansivo, es la imposición del deber de defensa, mientras que lo excepcional, y por ello lo restrictivo, es la objeción. Sólo con una interpretación excepcional de la objeción —ya defendida en los debates constituyentes por el senador Gamboa— podrá evitarse, además, que la picaresca convierta en letra muerta la declaración de obligatoriedad general del deber de defensa. El caso de Alemania, que se ha visto obligada a rectificar sus amplios conceptos sobre la objeción porque «se quedaban sin soldados», puede y debe ser motivo de seria reflexión.

Por último, desde el punto de vista práctico, hay que dejar constancia de que el problema de la objeción no se resolverá fácilmente con la previsión de un *servicio sustitutorio*. Sencillamente porque nuestros más numerosos objetores, los Testigos de Jehová, no han admitido en otros países ninguna prestación que venga impuesta de modo sustitutorio al servicio militar. De forma que, en Alemania, Bélgica y Dinamarca, se ha tenido que volver a sancionar a estos objetores. En la redacción del párrafo 2 del artículo 30, la prestación social sustitutoria, aparece *como una opción*, no como la única solución. El legislador podría por ello eximir absolutamente de cualquier servicio a los objetores, como se ha hecho finalmente en Suecia con los Testigos de Jehová (tras infinitud de debates y como excepción probadísima). No obstante, creemos que la interpretación arguida más atrás respecto a la *ratio* de la norma, es también aplicable aquí, y que por ello, en puridad, la prestación social sustitutoria debe ser siempre alternativa obligatoria para los objetores. Lo cierto es que la historia de la objeción de conciencia no ha terminado; el Tribunal Constitucional, al cual se encomienda (art. 53.2) la tutela de este derecho por medio del recurso de amparo, dirá la última palabra.

(64) En ocasiones el objetor sólo se opone a la realización de actos concretos que no caben en su concepción religiosa. Así, se ha presentado el caso de un marinero que se negó a presentar reglamentariamente las armas al paso de la procesión del Corpus Christi. Naturalmente, este tipo de problemas pueden ser resueltos —como de hecho así ha sido— por el buen criterio de las autoridades militares.

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Las anteriores consideraciones han tratado de esbozar una construcción jurídica unitaria de las Fuerzas Armadas, tomando como base los preceptos que la Constitución dedica a las mismas, y desde una perspectiva institucional. La extensión del trabajo hace que no podamos completar, por ahora, ese cuadro institucional con dos temas capitales: las garantías positivas del *status militae* (remedios pasivos y recursos) y la jurisdicción militar. El desarrollo legislativo que la Constitución requiere, y la aplicación que de la misma se haga, aconsejan también la espera para poder desarrollar la construcción que ahora ha quedado esbozada.

LA EXPROPIACION FORZOSA EN EL EJERCITO DE TIERRA

Pablo MATOS MARTIN
Coronel Auditor
Diplomado en Derecho Administrativo Militar

JUSTIFICACION DEL TRABAJO

La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en sus artículos 100 y 107, así como el Reglamento para su ejecución de 28 de abril de 1957, en su artículo 124, establecen que un Reglamento especial regulará las expropiaciones que llevan a cabo las Autoridades Militares de los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, hoy de Defensa, debiendo quedar subsistentes, hasta que se dicte el mismo, en todo aquello que no se oponga a los preceptos de esta Ley, las disposiciones que hasta ahora han regido la expropiación forzosa en los Ministerios Militares, como se recogió en el artículo 3 del Decreto de 23 de diciembre de 1955 («Boletín Oficial del Estado» núm. 17).

Como quiera que hasta la fecha no se ha dictado el Reglamento que ha de regular las expropiaciones forzosas por razones de Defensa Nacional y Seguridad del Estado, se hacen evidentes las dificultades y problemas que se plantean al aplicar una Ley de 1954, un Reglamento para su ejecución de 1957 y un Reglamento para ejecución de la Ley de 15 de mayo de 1902 que regulaba las expropiaciones militares.

Los procedimientos expropiatorios que se indican sufren retrasos en parte imputables a esta dificultad de tramitación derivada de no conocerse con exactitud qué trámites están vigentes y cuáles pueden aprovecharse de la legislación anterior a la nueva Ley de Expropiación Forzosa.

Hemos intentado clasificar la legislación vigente en esta materia dada la ambigüedad de los textos legales; hemos efectuado una prelación de normas aplicables, y, en definitiva, hemos dado unas orientaciones de los trámites que han de seguirse en un expediente de expropiación forzosa, adecuando la legislación an-

terior, en cuanto no se oponga a la nueva, y aplicando ésta en lo que hemos creído que debe aceptarse en su integridad.

Ha sido nuestro propósito, y deseamos haberlo conseguido, sistematizar toda la tramitación del expediente en sus distintas fases; el conseguir que pueda ser de utilidad para todos los que intervienen en estos expedientes sería la mejor compensación que recibiría por el trabajo realizado.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. CONCEPTO DE LA EXPROPIACION FORZOSA

Si la propiedad es «el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», según la define el artículo 348 del Código Civil, entre estas limitaciones se encuentra la que se denomina la expropiación forzosa, que, como la define el profesor Garrido Falla (1), consiste en «la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a una Administración pública, o a otro particular, por razón de interés público y previo pago del valor económico».

A su vez para el Magistrado de lo Contencioso Administrativo, don Adolfo Carretero Pérez (2), la expropiación forzosa puede describirse «como una Institución de Derecho Público mediante la cual un sujeto, previa la justa indemnización, priva coactivamente del contenido de la propiedad, en favor de sujeto distinto a su anterior propietario, por causa de interés general».

El profesor don José María Rodríguez Oliver (3), la define como «aquella Institución de Derecho Administrativo que, mediante una compensación, traspasa la titularidad de un bien, en beneficio de un interés superior a aquel al que estaba afecto dicho objeto, en favor del sujeto jurídico al que el Ordenamiento reconoce que detenta un interés socialmente relevante».

Como puede apreciarse a simple vista, son dos los rasgos fundamentales de esta figura jurídica: *a)* que se trata de una *transferencia coactiva* por medio de la cual el Estado, haciendo uso de su potestad, impone al particular, por razones de interés público, que transfiera su propiedad al Estado o a otro particular, y *b)* el derecho que le asiste al particular interesado, al que llamamos expropiado, a percibir *una compensación por detrimento*

(1) «Tratado de Derecho Administrativo», Parte general, Vol. II, página 218.

(2) «Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa», Edición 1966, página 13.

(3) «Expropiación Forzosa», Ediciones ICAI, pág. 10.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

sufrido en su patrimonio y así el artículo 10 de la Constitución de 1876 y el artículo 349 de nuestro Código Civil sientan el principio de que «nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización».

Podemos completar estas definiciones de la expropiación forzosa con la que hace nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de mayo de 1961, en que decía: «la expropiación forzosa es un medio por el que el Estado, en ejercicio de su autoridad por razones de interés público o de utilidad social, priva de derechos a los particulares, adjudicándolos al mismo Estado o a los organismos a quien tiene encomendado la defensa de sus intereses superiores», y la de 27 de junio de 1961, en que abundando sobre este mismo criterio señalaba: «que esta figura no es sino la transformación en dinero del valor justo de la propiedad que se sustrae del patrimonio individual para llenar finalidades referentes al bien común».

Vemos en los artículos citados perfectamente recogida la razón más sobresaliente de la expropiación forzosa que antes comentamos: la utilidad pública de una parte como justificante de la expropiación y la correspondiente indemnización como contrapartida.

1.2. SU JUSTIFICACION

El antecedente moderno de la expropiación forzosa lo encontramos en el artículo 17 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, de la Revolución Francesa, cuando afirma que «la propiedad es un derecho inviolable y sagrado», reconociendo como único límite la posibilidad de ser privado de él «cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización» (4).

Nuestra primera Ley de Expropiación Forzosa fue promulgada en 17 de julio de 1836 y para el profesor y querido compañero del Cuerpo Jurídico Militar, José Ramón Parada Vázquez (5), «es obligado reconocer que nuestras leyes sobre expropiación están directamente influenciadas por la legislación francesa, de la que en muchas ocasiones constituyen una copia defectuosa, y en otras importan soluciones técnicas concretas».

En 10 de enero de 1879 se dicta la segunda Ley de Expropiación, consecuencia de la Constitución de 1876, que se diferencia

(4) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: «Curso de Derecho Administrativo», 1977, pág. 182.

(5) «La expropiación urgente». Separata en homenaje a Enrique Sayagües-Laso, 1969, pág. 234.

fundamentalmente de la anterior en que en aquélla se sostenía como garantía en la fijación del justiprecio la intervención judicial (reminiscencia del Derecho francés de la época) y en cambio en esta última se acude al sistema administrativo, sólo reservando al Juez Civil su intervención cuando no existiera acuerdo entre las partes.

Esta Ley de 1879 continúa en vigor hasta la Ley de 7 de octubre de 1939 que hacía referencia a la regulación de las expropiaciones urgentes y que pudo servir de base para este procedimiento en la nueva Ley de 1954.

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, vigente en la actualidad, «tenemos que convenir que las bases políticas, sociales, económicas y de toda índole en nuestro país han experimentado en los últimos cien años desplazamientos tan significativos, que obligaban a una readaptación conveniente a fin de poder operar con ellos como medios idóneos al servicio de una acción administrativa diferente a la de la época anterior».

Así el concepto de utilidad pública que figuraba en nuestro Código Civil e incluso en el artículo 10 de la Constitución de 1876, se ha visto superado al introducirse un nuevo concepto como es el de «*interés social*», que figura por primera vez en el artículo 32 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, que decía: «Nadie podrá ser expropiado, sino por causa de utilidad pública o de *interés social*, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes». La Exposición de Motivos antes citada, a este respecto indica que «incorpora jurídicamente una concepción, que habiendo superado el agrio individualismo del sistema jurídico de la propiedad privada de la economía liberal, viene a entender implícita, tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad».

Este artículo 32 del Fuero de los Españoles, introduciendo el nuevo concepto de «*interés social*», fue el que sirvió de fundamento para que el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa (en lo sucesivo L.E.F.) estableciera que: «Es objeto de la presente Ley Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública o *interés social* a que se refiere el artículo 32...»

Y por último, el Tribunal Supremo analiza el fundamento de la expropiación forzosa en varias sentencias, entre las que podemos destacar la de 3 de marzo de 1958, que dice: «La expropiación forzosa es institución nacida de la *necesidad social* de extraer del dominio particular los bienes imprescindibles para la realización de obras o el establecimiento de servicios redundantes en beneficio de la colectividad, subordinando el interés privado al público». O la de 22 de noviembre de 1960, en que se manifestaba que: «El fundamento de la expropiación es un acto de soberanía del Estado por el que se priva al particular de la propiedad y po-

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

sesión de una cosa en beneficio de la colectividad, con el fin de atender los intereses *públicos o sociales* que el bien común demanda».

Modernamente este concepto de «utilidad pública e interés social» ha sido recogido en el artículo 33,3 de la Constitución Española aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978 y por Referéndum nacional de 6 de diciembre del propio año, que textualmente dice: «Nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o *interés social*, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

2. LEGISLACION VIGENTE EN EXPROPIACIONES FORZOSAS POR RAZONES DE DEFENSA NACIONAL Y SEGURIDAD DEL ESTADO

La L.E.F. de 16 de diciembre de 1954 («B.O.E.» 351) contempla en su artículo 100 las expropiaciones por necesidades militares, indicándose que «cuando el Gobierno acuerde la adquisición de inmuebles situados en zona militar de costas y fronteras, o por otras necesidades urgentes de la defensa y seguridad nacional, las expropiaciones que a tales fines fuere preciso realizar se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de esta Ley y el expediente respectivo será tramitado por la Administración Militar que corresponda en razón al ejercicio a cuyos servicios quedan afectos los bienes ocupados y con sujeción al Reglamento que se dicte en aplicación de esta Ley».

A su vez, el artículo 107 de la misma prevé que «un Reglamento especial, dictado por la Presidencia del Gobierno, previo informe del Consejo de Estado, desarrollará para su aplicación las normas contenidas en este capítulo», cuyo Reglamento hasta esta fecha no se ha publicado.

El Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957 («B.O.E.» 160), en su artículo 124 indica que: «las expropiaciones y requisas que llevan a cabo las Autoridades militares de los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, se regularán por el Reglamento especial previsto en el artículo 107 de la Ley». El hecho de no haberse publicado este Reglamento especial para las expropiaciones militares ha traído consigo una serie de problemas sobre qué legislación debe de aplicarse en estas expropiaciones, por lo que previendo esta dificultad el legislador en la Disposición final tercera de la L.E.F. dispuso que: «Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la misma, y autorizado el Gobierno para que, a propuesta de una Comisión designada por el Ministro de Justicia, determine mediante

decreto cuáles de las disposiciones vigentes sobre expropiación forzosa habrán de continuar en vigor».

Efectivamente, el Decreto de 23 de diciembre de 1955 («Boletín Oficial del Estado» 17) del Ministerio de Justicia, cumplimentó la mencionada Disposición final, y en lo que atañe a las expropiaciones militares, determinó en su artículo 3, segundo párrafo, que: «Hasta tanto no se publiquen los Reglamentos a que se refieren los artículos 100 y 107 de la L.E.F. de 16 de diciembre de 1954, se declaran subsistentes con la categoría de normas reglamentarias y en todo aquello que no se oponga a los preceptos de la Ley citada, las disposiciones que hasta ahora han regido la expropiación forzosa en los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, tanto en tiempo de paz como de guerra, en zonas polémicas, de costas y fronteras y seguridad, y las que regulan las requisiciones».

Ante esta ambigüedad de los textos legales invocados en que concretamente no se señalan las disposiciones que regulan la materia, hasta tanto se publique el Reglamento especial previsto en la L.E.F. se hace preciso determinar cuáles son éstas, para posteriormente estudiar qué parte de las mismas se encuentran vigente por no oponerse a los artículos que tratan las expropiaciones forzosas por razones de necesidades militares que contempla el artículo 100 de la L.E.F.

A nuestro juicio estimamos que se encuentran vigentes en la actualidad las siguientes disposiciones:

A) EJÉRCITO DE TIERRA

— *Real Decreto de 10 de marzo de 1881 (C.L. 107)*, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación en el Ramo de Guerra y en tiempo de paz de la Ley de 10 de enero de 1879.

— *Ley de 15 de mayo de 1902 (C.L. 110)* sobre expropiaciones en zona militar de costas y fronteras.

— *Real Decreto de 12 de noviembre de 1902 (C.L. 262, apéndice 18)*, aprobando el Reglamento para la ejecución de la Ley de 15 de mayo de 1902.

B) MARINA

— *Real Decreto de 19 de febrero de 1891 («Gaceta» 1 de marzo del Ministerio de Marina)*, Diccionario Legislación Aranzadi número 8240, página 946, que dicta el Reglamento para aplicación al Ramo de Marina, en tiempos de paz, de la Ley de 10 de enero de 1879.

— *Ley de 10 de diciembre de 1915 («Gaceta» 12 de diciembre*

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

del Ministerio de Marina), Diccionario Legislación Aranzadi número 8248, página 502, sobre aplicación al Ramo de Marina de la Ley de 15 de mayo de 1902.

— *Real Decreto de 11 de mayo de 1916 («Gaceta» 4 de junio del Ministerio de Marina)*, Diccionario Legislación Aranzadi número 8249, página 502, que dicta el Reglamento para aplicación de la Ley de 15 de mayo de 1902.

— *Real Orden de 16 de septiembre de 1920 (C.L. 97 de Marina)*, Diccionario Legislación Aranzadi núm. 8251, página 509, sobre expropiación de terrenos en las zonas militares de costas y fronteras. Esta disposición es aplicable al Ministerio de Guerra en cuanto determina cómo se ha de formular la propuesta de expropiación en los Ramos de Guerra y de Marina.

C) EJÉRCITO DEL AIRE

Y por último y en lo que hace referencia a este Ejército, estimamos que están en vigor las siguientes:

— *Orden de 31 de enero de 1940 («B.O.» 1 de febrero Ministerio del Aire)*, Diccionario Legislación Aranzadi núm. 8263, página 527, que dicta Normas para aplicar la Ley de 7 de octubre de 1939 en el Ejército del Aire.

— *Orden de 21 de junio de 1941 («B.O.» 30 Ministerio del Aire)*, Diccionario Legislación Aranzadi núm. 8264, página 528, sobre tramitación de expedientes urgentes en el Ejército del Aire.

— *Circular de 29 de julio de 1942 («B.O.» 19 agosto Ministerio del Aire)*, Diccionario Legislación Aranzadi núm. 8266, página 530, determinando la competencia para tramitar expedientes de expropiación en el Ejército del Aire.

2.1. PRELACION DE LAS NORMAS LEGALES VIGENTES

Después de estudiada la legislación que se estima vigente en esta materia y ante la dificultad de aplicar una Ley de 1954, un Reglamento general de 1957 y unos Reglamentos especiales del Ramo del Ejército de principios de siglo, al que fundamentalmente vamos a referirnos, se necesita establecer una prelación de normas para poder enfocar la tramitación de los expedientes expropiatorios en nuestro Ejército de Tierra. Y a tal fin, estimamos que tal orden sería el siguiente:

— En primer lugar, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y concretamente sus artículos 100 y 107 en relación con los artículos 52 y 53 de dicha Ley.

— En segundo lugar y como norma complementaria o subsidiaria podemos establecer el Reglamento general de la L.E.F. de 26 de abril de 1957, toda vez que en su articulado desarrolla la Ley y que en muchos aspectos coincide con el Reglamento que se indica a continuación.

— En tercer lugar, creemos que también es de aplicación el Real Decreto de 10 de marzo de 1881, la Ley de 15 de mayo de 1902 y el Real Decreto de 12 de noviembre de 1902 citados anteriormente, ya que tanto el artículo 100 como el 107 de la L.E.F. y el artículo 124 de su Reglamento general, se refieren al Reglamento especial que ha de dictarse, declarándose subsistentes con la categoría de normas reglamentarias y en todo aquello que no se oponga a los preceptos de la Ley citada, las disposiciones que hasta ahora han regido la expropiación forzosa en los Ministerios Militares. Estimamos debe aplicarse en todo aquello que no es recogido por la L.E.F. y su Reglamento que fundamentalmente está dirigido a expropiaciones no militares.

En lo que se refiere a los Ejércitos de Mar y Aire y siguiendo el mismo orden, sería norma preferente la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, a continuación su Reglamento de 1957 y por último y en cuanto no se contradiga con las anteriores, las normas reglamentarias que se indican anteriormente para dichos Ejércitos.

3. ELEMENTOS DE LA EXPROPIACION

3.1. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Tres son los elementos que intervienen o pueden intervenir en una expropiación:

— *El expropiante*, o sujeto activo, entendiéndose por tal al titular de la potestad expropiataria como la define el artículo 3,1 del Reglamento de la L.E.F., recayendo esta potestad en el Estado, Provincia o Municipio como lo recoge expresamente el artículo 2,1 de la L.E.F.

— *El expropiado*, o sujeto pasivo, que es el propietario o titular de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiada o titular del derecho objeto de la expropiación según lo determina expresamente el artículo 3,1 del Reglamento de la L.E.F. El Magistrado N. Rodríguez Moro (6) lo define como «el sujeto que ha de soportar la expropiación porque resulta pro-

(6) «La Expropiación Forzosa», 2.ª edición, 1962, pág. 75.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

pietario del bien que se ha de transferir al expropiante en mérito de su necesidad para realizar la obra o el servicio público».

— *El beneficiario* de la expropiación, que puede ser distinto del expropiante y que es el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la facultad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiados. Está recogida también esta figura en el citado artículo 3,1 del repetido Reglamento, incluyendo aquí su definición para una mejor ilustración del tema.

Ahora bien, del estudio del artículo 2 de la L.E.F., se deduce que pueden ser dos las clases de beneficiarios: unos, las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición por causa de utilidad pública (número 2 de dicho artículo 2), y otros, cualquier persona natural o jurídica en la que concurren los requisitos señalados por la Ley especial necesaria por causa de interés social (número 3 del artículo 2).

Como dice Pera Verdaguer (7), si nos atenemos a las condiciones subjetivas fijadas en uno u otro grupo, se observa como en el primero se refiere la Ley a «entidades y concesionarios» y en el segundo a «cualquier persona natural o jurídica», y a su vez, en cuanto a las causas o motivos, se aprecia la de «utilidad pública» y la del «interés social».

No parece afortunada la redacción de la Ley, pues parece evidente que las «personas naturales o jurídicas» podrán ser beneficiarias de una expropiación, tanto por causa de interés social como de utilidad pública.

3.2. ELEMENTO OBJETIVO

El objeto expropiable se ha ampliado considerablemente ya que la Ley de 10 de enero de 1879 se refería a «la propiedad inmueble» e igual término utilizaba la Ley de 15 de mayo de 1902 en su artículo 1.º cuando decía «la adquisición de inmuebles». La L.E.F. de 16 de diciembre de 1954 en su artículo 1.º indica «que es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo,

(7) «La Expropiación Forzosa», 2.ª edición, 1970, pág. 45.

(8) Obra citada.

arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio».

Para el Magistrado señor Rodríguez Moro (8), se establece como principio general «el de que cualquier cosa, mueble o inmueble o derecho, pueden ser expropiados en cuanto se precisen para el cumplimiento de un fin o interés general».

Con estas dos enunciaciones queda debidamente aclarado la honda transformación sufrida por el objeto susceptible de expropiación, desde la Ley de 1879 —bienes inmuebles únicamente— hasta la Ley de 1954, que la amplía a cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos.

3.3. ELEMENTO CAUSAL

La causa de la expropiación de una propiedad, bien sea mueble o inmueble o derecho, está en la necesidad de que pase a una empresa de interés general (utilidad pública, utilidad social, interés social, interés nacional, etc.) según las técnicas previstas en la Ley, como lo estima el autor antes citado.

Este elemento causal es capital, ya que como afirma García de Enterría (9) «la expropiación ha de legitimarse en una causa precisa, tasada y estimada por la Ley, lo que excluye cualquier uso libre de dicha potestad por la Administración».

En nuestra legislación vigente ha sido ampliada la causa de la expropiación, pues se ha pasado del concepto de «utilidad pública» de la Constitución de 1876 al nuevo concepto de «utilidad pública e interés social» que se recoge en nuestra Constitución de 1976, reconociéndolo así nuestra L.E.F., en su artículo 1.º, al hablar de que la expropiación tiene por causa la utilidad pública o el interés social, y en este sentido el Magistrado señor Carretero Pérez (10) manifiesta «que es la razón legal que justifica la intervención administrativa en la esfera privada que la expropiación supone y la que fija el radio de acción de dicha expropiación y el ámbito de los fines de la medida».

Ahora bien, esta expropiación ha de justificarse en una finalidad legal de utilidad pública o de interés social, sin la cual no cabe siquiera iniciarla, pero ha de legitimarse, una vez consumada, en el servicio efectivo de esa finalidad legal, que es lo que se llama técnicamente «causa», y buena prueba de ello es el derecho que le asiste al expropiado a recobrar la totalidad o parte sobrante de sus bienes «en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación», como afirma

(9) Obra citada, pág. 200.

(10) Obra citada, pág. 88.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

el artículo 54 de la L.E.F. y que es conocido como el «derecho de reversión» y que tiene su base en la ausencia de la causa, que es como decir la ausencia de la finalidad legal de la utilidad pública o el interés social, causa y fundamento de toda expropiación.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO EN EL EJERCITO DE TIERRA

4.1. INICIACION DEL EXPEDIENTE

Como la L.E.F. no hace referencia a la forma de iniciar el procedimiento expropiatorio, se hace preciso acudir a las disposiciones legales que rigen para las expropiaciones militares y a tal efecto el Reglamento de 15 de marzo de 1881 (C.L. 107), de aplicación en el Ramo de Guerra de la Ley de 10 de enero de 1979, nos habla, en su artículo 3, del proyecto de la obra que debe ser confeccionado en la Capitanía General correspondiente, el cual, después de diversos trámites, se elevará al Ministerio de la Guerra.

A su vez, el Reglamento de ejecución de la Ley de 15 de mayo de 1902, aprobado por Real Decreto de 12 de noviembre de 1902 (C.L. 262, apéndice 18), establecen en su artículo 2 la propuesta de expropiación que será sometida a examen del Consejo de Ministros, sin que se determine expresamente qué requisitos debería tener tal propuesta.

Estudiada la legislación considerada vigente nos encontramos con la *Real Orden de 16 de septiembre de 1920* (Ministerio de Marina, C.L. Marina, t. 97, pág. 515), Repertorio Aranzadi número 8251, página 509, que nos da la pauta sobre este importante asunto, ya que nos habla de que las disposiciones vigentes hasta esa fecha no concretaban el modo de formar las propuestas por los Ramos de Guerra y Marina, si bien se consignaba implícitamente en el artículo 1.º de la citada Ley de 1902, determinándose que para coordinar y fijar normas en el procedimiento a seguir en la tramitación de estas propuestas, se disponía que los Ministerios de Guerra y Marina al remitir a la Presidencia del Consejo de Ministros los expedientes relativos a esta clase de expropiaciones acompañasen por separado:

Propuesta suscrita por el Ministro del Ramo respectivo en la que consten, *ineludiblemente*, los siguientes requisitos esenciales:

1.º Que estime necesaria o conveniente a la seguridad del Estado la adquisición del inmueble o terreno cuya expropiación se pretenda.

2.º Que se halle enclavado en la zona militar de costas y fronteras.

3.º Que se determine clara y concisamente la situación, extensión exacta o aproximada y límites del inmueble o superficie expropiable.

4.º Que la enumeración de tales requisitos no obsta a que, además, se consignen, discrecionalmente, en la aludida propuesta, los datos que sean conocidos, como los nombres del propietario o propietarios del inmueble, objeto a que se han de estimar, valor aproximado y cuantos elementos de juicio estimen necesario aportar, conducentes a la mayor ilustración del asunto para el acuerdo que el Consejo de señores Ministros adopte en la propuesta.

Todos estos datos, como es natural, tienen que ser aportados por las respectivas Capitanías generales y elevados al Ministerio, hoy de Defensa, y es de gran importancia que el expediente vaya lo más completo posible, de una parte, para mejor ilustración del Ministerio, y de otra, para que pueda facilitarse el desarrollo posterior de la fase expropiatoria propiamente dicha, por lo que es fundamental que los planos sean lo más detallados y los linderos perfectamente delimitados, así como que los propietarios afectados por la expropiación estén perfectamente localizados con sus circunstancias personales, extensiones de terrenos y titulaciones, debiéndose distinguir entre éstas, las de orden registral, de orden fiscal y, por último, los que aparezcan como poseedores de terreno por notoriedad, aunque carezcan de título en su momento.

Una vez que el Consejo de Ministros apruebe la propuesta que formula el Ministerio, causará todos los efectos de la declaración de utilidad pública, como se determina expresamente en el artículo 2.º de la Ley de 15 de mayo de 1902 y de su Reglamento de 12 de noviembre de 1902, y además, si el Consejo de Ministros declara urgente la ocupación de los bienes afectados, llevará consigo la consecuencia de entenderse cumplido el trámite de declaración de necesidad de la ocupación de los bienes, y dará derecho a su ocupación inmediata, según se dispone en el artículo 100 en relación con el artículo 52, 1.º, de la L.E.F.

Este acuerdo de declaración de urgencia en la ocupación de los bienes a expropiar, tiene su fundamento en los fines de la Defensa Nacional y seguridad del Estado, que no pueden ser compatibles con los procedimientos expropiatorios ordinarios, que dilatarían los plazos para la ocupación de los terrenos que se estimasen indispensables para tales fines.

Por ello esta declaración de urgencia implica, en primer lugar, la siguiente consecuencia: «Se entiende cumplido el trámite de

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

declaración de necesidad de la ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados, según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente, y dará derecho a su ocupación inmediata» (art. 52, 1.º, de la L.E.F.).

Debemos también hacer constar que contra este acuerdo de urgencia en la ocupación de los terrenos, no cabe recurso, tal y como se determina en el artículo 56,2 del Reglamento de la L.E.F., si bien los interesados podrán formular por escrito ante el organismo expropiante alegaciones a los solos efectos de subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación, como también se recoge en el indicado artículo.

Como el artículo 52,2 de la L.E.F. obliga a que la Administración notifique a los interesados afectados el día y la hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación, se hace preciso determinar previamente qué dependencia ha de representar a la Administración, quiénes pueden ser los titulares afectados y, por último, cómo se han de practicar tales notificaciones. Trataremos a continuación estas cuestiones previas.

4.2. *DEPENDENCIA ENCARGADA DE LA TRAMITACION DEL EXPEDIENTE*

El artículo 9 del Reglamento de ejecución de la Ley de Expropiación Forzosa de 15 de mayo de 1902, que mantiene su vigencia en tanto en cuanto no se oponga a la Ley de 16 de diciembre de 1954, atribuía la tramitación de estos expedientes a los Gobernadores Militares del punto en que estuvieran radicados los inmuebles a expropiar, pero el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Intendencia, aprobado por *Real Orden Circular de 19 de mayo de 1913* (C.L. 64, apéndice 1), en su artículo 132,6.º, indica expresamente que corresponde al Jefe de Propiedades el «incoar y tramitar los expedientes de expropiación realizando los actos consiguientes de toma de posesión e inscripción en el Registro de la Propiedad de las fincas que puedan ser expropiadas para el servicio del Ramo de Guerra».

Estas funciones de la Jefatura de Propiedades han sido declaradas subsistentes por Orden de 26 de diciembre de 1953 (D.O. 291) que en su artículo 37 indica que las mencionadas Jefaturas, que se llamarán en lo sucesivo de Propiedades y Alquileres, serán el órgano administrativo de gestión del servicio, bajo la dependencia inmediata del respectivo Gobernador Militar y concretamente en el párrafo 3 del núm. 2 de dicho artículo 37, dice: «Subsistirán las funciones señaladas en el apartado 6.º (incoar y tramitar expedientes de expropiación), dentro de las órdenes recibidas de los Gobernadores Militares».

Podemos pues terminar afirmando que la Jefatura de Propiedades y Alquileres es el órgano encargado de incoar y tramitar los expedientes de expropiación a cuyo efecto el Gobernador Militar de la Plaza le cursará la orden al respecto.

4.3. CLASES DE EXPEDIENTES

4.3.1. Expediente ordinario

Con anterioridad a la promulgación de la L.E.F. de 16 de diciembre de 1954, regía como habíamos estudiado el Real Decreto de 10 de marzo de 1881 (C.L. 107), que aprueba el Reglamento para la aplicación al Ramo de Guerra, en tiempo de paz, de la Ley de 10 de enero de 1879, por lo que debemos, como exigencia previa, especificar qué articulado de dicho Real Decreto puede aplicarse y qué fases del procedimiento expropiatorio podemos seguir de la L.E.F.

La diferencia sustancial que apreciamos a primera vista entre el procedimiento ordinario y el urgente, es el relativo a los trámites para declarar la utilidad pública de la expropiación y en este aspecto estimamos que del Real Decreto de 10 de marzo de 1881 tenemos que aceptar como de aplicación el articulado relativo a la aprobación del proyecto de obras (arts. 3 y 4) y declaración de utilidad pública (art. 5).

Una vez efectuada por el Gobierno la declaración de utilidad pública, tendremos que acudir al artículo 100 de la L.E.F., quien nos remitirá al artículo 52 de la misma, siguiéndose pues los trámites por el procedimiento de urgencia que se indica en el mismo.

Existe pues un trámite que consideramos de ineludible cumplimiento en este expediente y es la información pública a que tiene que ser sometido el expediente de expropiación forzosa, a cuyo efecto el Capitán General remitirá al Gobernador Militar el proyecto de la obra de expropiación para que por esta Autoridad se disponga la publicación en los periódicos oficiales y particulares, así como en el Boletín Oficial del Estado, con indicación de que dicho proyecto se encuentra a disposición del público en el local y días que se designen para que puedan efectuarse las reclamaciones pertinentes, en el plazo de veinte días si afecta la obra a una provincia o treinta si se extiende a varias, según se determine en el artículo 4 del Real Decreto de 10 de marzo de 1881 y artículo 13 segundo párrafo de la Ley de 10 de enero de 1879.

El Ministro, hoy de Defensa, una vez recibido el expediente con las reclamaciones interpuestas y con los informes que han debido emitir la Comandancia de Obras, la Jefatura de Intendencia y la Auditoría de Guerra y el Capitán General, resolverá

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

sobre la declaración de utilidad pública, o firmará, para presentarlo a las Cortes, el proyecto de Ley que corresponda, según preceptúa el artículo 4, segundo párrafo del Real Decreto antes citado.

En igual sentido se pronuncia el artículo 9 de la L.E.F. cuando dice: «Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado», ampliando su significado el artículo 11 del Reglamento de la L.E.F., al decir: «Si los bienes objeto de la expropiación fueren inmuebles, la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante Ley aprobada en Cortes».

Debemos hacer constar que contra este acuerdo de declaración de utilidad pública no cabe recurso alguno, ya que si se ha efectuado mediante Ley, lo prohibiría el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que textualmente dice: «La Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley».

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias sentencias en el sentido de que la declaración de utilidad pública no puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo y a este respecto podemos citar las Sentencias de 21 de mayo de 1958 y 27 de abril de 1967.

Una vez efectuada por el Gobierno la declaración de utilidad pública tendremos que acudir al artículo 100 de la L.E.F. que trata de las expropiaciones por necesidades militares y a su vez este artículo nos remitirá al artículo 52 de la misma Ley, siguiéndose los sucesivos trámites por lo preceptuado en este artículo, que no estudiamos en este momento, ya que sus fases serán contempladas en toda su extensión en el procedimiento de urgencia que a continuación desarrollamos.

4.3.2. Expediente de urgencia

La legislación aplicable a estos expedientes está prevista en el artículo 52 de la L.E.F. y Reglamento para la ejecución de la Ley de 15 de mayo de 1902, que establece un régimen especial para la expropiación forzosa en la zona militar de costas y fronteras, como se ha estudiado anteriormente al hablar de la prelación de las normas legales vigentes.

Ello dimana del artículo 100 de la L.E.F. que trata de las expropiaciones por razones de Defensa Nacional y Seguridad del Estado, estando concretado a los dos supuestos siguientes:

a) Que los inmuebles que se pretenden adquirir estén situados en la zona militar de costas y fronteras, y

b) Que existan otras necesidades urgentes de la Defensa y Seguridad Nacional.

Si partimos de la conclusión de que sólo en estos dos supuestos puede iniciarse el procedimiento expropiatorio con carácter urgente, tendremos que dejar fuera del mismo aquellos otros supuestos de inmuebles que pueden ser expropiados para necesidades militares, que no estén situados en zonas de costas y fronteras y cuya adquisición, además, no revista el carácter de urgente.

Ahora bien, este expediente de urgencia puede hoy considerarse como normal, a pesar de que la Exposición de Motivos de la L.E.F. nos hablaba de «que el reiterado uso que de la autorización de urgencia se ha hecho en los últimos años viene a poner de manifiesto la deficiencia con la que la norma aún en vigor (Ley de 1939) sirve a las exigencias del momento». Pese a esta buena voluntad manifestada por el legislador al decir que «la utilización del procedimiento de urgencia podrá atemperarse a su carácter excepcional, lo que no ocurre en la actualidad...», lo cierto es que, como bien dice el Profesor Parada Vázquez (11), el procedimiento de urgencia se generalizó con rapidez inusitada, llegando a la conclusión de que éste es el procedimiento normal y ordinario y el anteriormente estudiado es ahora el procedimiento excepcional.

Esperemos que cuando se dicte el oportuno Reglamento que regule las expropiaciones por razones militares, queden debidamente delimitados los ámbitos de sus respectivos procedimientos.

5. FASES DE QUE CONSTA EL EXPEDIENTE

Las fases de que consta el expediente o procedimiento expropiatorio son cuatro; tanto en los Reglamentos militares, como en la L.E.F. y su Reglamento General y son:

- Declaración de utilidad pública por razones de defensa nacional y seguridad del Estado.
- Urgente ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados.
- Justiprecio de los mismos.
- Pago y toma de posesión.

(11) Obra citada, pág. 247.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

Vamos a analizar separadamente cada una de estas fases del procedimiento en aras de una mayor claridad de la exposición.

5.1. DECLARACION DE UTILIDAD PUBLICA

Una vez que el Consejo de Ministros haya acordado declarar de utilidad pública la adquisición por el Estado y la urgente ocupación de los bienes que se van a expropiar, se da cumplimiento a lo que preceptúan los artículos 9 y 10 de la L.E.F. y 10 de su Reglamento, y artículo 2 del Reglamento de 12 de noviembre de 1902, vigente en cuanto no se oponga a la Ley de Expropiación Forzosa y, por lo tanto, puede procederse a cuanto se determina en los artículos 52 y 53 en relación con el artículo 100 de la indicada Ley.

Es en este momento, cuando el procedimiento expropiatorio se pone en marcha y cuando surge oficialmente el conflicto de intereses entre la Administración como expropiante y el particular como expropiado, con sus posturas antagónicas consiguientes, debiéndose dejar aclarado desde este primer momento que el particular afectado por la expropiación no tiene posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa, en recurso contra esta declaración de utilidad pública, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956 («B.O.E.» 363), la misma conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley.

Además, el apartado b) del artículo 2.º de dicha Ley especifica que no corresponderán a esta Jurisdicción « las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional..., sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa ».

Si tal declaración de utilidad pública o interés social se hizo en Decreto aprobado en Consejo de Ministros, tampoco cabría el acudir a la vía contencioso-administrativa y sólo cabría recurso de súplica ante el Consejo o ante la Presidencia del Gobierno cuando expresamente esté establecido en una Ley, según se ordena en el artículo 122 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Así opina el autor don Francisco Pera Verdaguer en su obra «Expropiación Forzosa» (12).

A mayor abundamiento el artículo 6 de la Ley de 15 de mayo

(12) Obra citada, pág. 73.

de 1902 y el 32 del Real Decreto de 12 de noviembre de 1902, así como el 126 del Reglamento de la L.E.F. determinan que contra la resolución que ponga fin al expediente se podrá interponer recurso contencioso-administrativo, con la diferencia de que en las dos primeras disposiciones se refieren a la admisión del recurso únicamente por lesión en el aprecio del valor de lo expropiado si dicha lesión representa cuando menos la sexta parte del verdadero justo precio, y en la última se admite en el caso previsto en el número 3 del artículo 22 de dicho Reglamento que trata del acuerdo de necesidad de ocupación en los procedimientos ordinarios, al que no se refiere la tramitación que estamos estudiando, que es concretamente la expropiación por razones de necesidades militares.

Lo anteriormente expuesto no quiere decir que el particular quede inerte frente a la Administración, puesto que si ésta procede a ocupar el objeto expropiable a espaldas totalmente del procedimiento expropiatorio, como indica el Profesor Garrido y Falla (13) o sin haber cumplido alguno de los requisitos sustanciales (declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de la ocupación o previo pago) el particular puede utilizar, aparte de otros medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida, como se recoge en el artículo 125 de la L.E.F. que trata de las garantías jurisdiccionales.

Así lo reconoció igualmente el artículo 4 de la Ley de 10 de enero de 1879 cuando decía que «todo el que sea privado de su propiedad sin que se hayan llenado los requisitos expresados en el artículo 3 (entre los que se encontraba la previa declaración de utilidad pública), podrá utilizar los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces amparen y en su caso reintegren en la posesión al indebidamente expropiado». El artículo 125 de la nueva L.E.F. lo que hace, pues, es recoger íntegramente esta garantía jurisdiccional contemplada ya en la Ley de 1879.

Por lo que se refiere a las expropiaciones puramente militares, el Reglamento de 1881, para aplicación en tiempos de paz, de la Ley de 19 de enero de 1879, determina que el Ministro de la Guerra, después de oír a las Corporaciones que corresponda, resolverá sobre la declaración de utilidad pública, o formará, para presentarlo a las Cortes, el proyecto de ley correspondiente, según proceda (artículo 4.º), y cuando se trate de expropiaciones en la Zona Militar de Costas y Fronteras, bajo el imperio de la Ley de 15 de mayo de 1902 y Reglamento para su aplica-

(13) Obra citada, pág. 242.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

ción del mismo año, la aprobación de la propuesta de expropiación acordada por el Consejo de Ministros, surtirá todos los efectos de la declaración de utilidad pública (artículo 2 de la Ley y de su Reglamento).

Hemos creído conveniente efectuar esta aclaración ya que en nuestro procedimiento expropiatorio militar que consideramos vigente, esta declaración de utilidad pública viene implícita en la aprobación por el Consejo de Ministros de la propuesta expropiatoria formulada por el Ministro de la Guerra (hoy de Defensa).

5.2. URGENTE OCUPACION DE LOS BIENES QUE HAYAN DE SER EXPROPIADOS

El expediente expropiatorio propiamente dicho comienza con el acuerdo del Consejo de Ministros en que declara la urgente ocupación por necesidades militares y así lo confirma el artículo 21 de la L.E.F. al afirmar que «el acuerdo de necesidad de ocupación inicia el expediente expropiatorio», ya que la declaración de utilidad pública más bien aparece como un requisito previo a la expropiación, toda vez que sin su cumplimiento no podría iniciarse el mismo.

A su vez, el artículo 52, primer párrafo de la L.E.F., exige dos requisitos para que pueda darse esta ocupación urgente, el primero que es una *medida excepcional* y ello se infiere de dicho artículo al emplear la palabra «*excepcionalmente*», así como el artículo 56 de su Reglamento al hacer referencia «al excepcional procedimiento previsto en dicho artículo 52»; y el segundo que debe ser mediante *acuerdo del Consejo de Ministros*, como también se exige en el artículo comentado y tanto es ello así que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de junio de 1955 declaró «que se produce la nulidad del expediente si en realidad no existe la declaración de urgencia a los fines específicos de la obra».

Este acuerdo de declaración de urgencia en la ocupación de los bienes a expropiar, tiene su fundamento en los fines de la Defensa Nacional y seguridad del Estado, que no pueden ser compatibles con los procedimientos expropiatorios ordinarios, que dilatarían los plazos para la ocupación de los terrenos que se estimasen indispensables para tales fines.

Por ello, esta declaración de urgencia implica en primer lugar la siguiente consecuencia: «Se entiende cumplido el trámite de declaración de necesidad de la ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados, según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente, y dará derecho a su ocupación inmediata» (artículo 52, 1. de la L.E.F.).

Debemos también hacer constar que contra este acuerdo de urgencia en la ocupación de los terrenos, no cabe recurso, tal y como se determina en el artículo 56,2 del Reglamento de la L.E.F., si bien los interesados podrán formular por escrito ante el organismo expropiante, alegaciones a los solos efectos de subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación, como también se recoge en el indicado artículo.

5.3. QUIENES PUEDEN SER CONSIDERADOS COMO PARTE LEGÍTIMA EN EL EXPEDIENTE

El artículo 4.º del Reglamento de 1902 dice que «tendrán derecho a ser directamente indemnizados por la expropiación y serán parte legítima en el expediente: 1.º Los que, según el Registro de la Propiedad o, en su defecto, según el Padrón de riqueza, aparezcan como dueños o poseedores a título de dominio de las fincas que hubieran de ser objeto de la expropiación y 2.º Los que tengan sobre dichas fincas inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad algún derecho real».

La L.E.F. en su artículo 3 dice: «1. Las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación. 2. Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo pueda ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales, o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente».

Como se aprecia a simple vista los sujetos legitimados para intervenir en el expediente han sido ampliados en la nueva Ley y como quiera que ello implica una mayor garantía para los particulares y que además se sustenta el criterio de que la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, goza de prelación sobre el Reglamento de 1902, podemos aceptar que el orden de estos titulares de derechos sería el siguiente:

1.º *Quienes figuren en el Registro de la Propiedad con títulos inscritos a su favor.* Las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 27 de junio y 25 de noviembre de 1961 establece que «es de toda evidencia que la Administración para llevar a cabo la expropiación forzosa habrá de entenderse con los propietarios de la finca, que, como tales, aparecieran en el Registro de la Propiedad, careciendo de trascendencia la alegación de que los predios habían sido parcelados y vendidos en contratos privados».

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

2.º *En defecto de los titulares registrales, los que aparezcan con tal carácter en los registros fiscales, debiéndose aclarar que estos titulares fiscales sólo tienen el carácter de supletorios de aquél medio probatorio y así la Sentencia del T. S. de 14 de febrero de 1961 afirma «... porque en los documentos fiscales, dada su índole contributiva, en nada afectan a la definición directa de derechos dominicales, siendo sólo elementos supletorios de los que aparezcan en los Registros públicos sobre titularidad».*

3.º *El que lo sea pública y notoriamente.* En el caso de que no hubiera particulares con títulos inscritos a su favor, o que aparezcan en registros fiscales, la L.E.F. amplía el derecho de ser tenido como parte en el procedimiento a aquellos que lo sean pública y notoriamente, pero repetimos en el caso de imposibilidad de existencia de aquellos otros.

4.º *Se entenderán también las diligencias, siempre que lo soliciten, acreditando su condición debidamente, con los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiada, así como los arrendatarios cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos, según se determina expresamente en el artículo 4 de la L.E.F.*

5.º *También serán parte en el expediente quienes presenten títulos contradictorios sobre el objeto que se trata de expropiar, como indica el artículo 5,2 de dicha Ley, afirmando la Sentencia del 14 de Febrero de 1961 que «podrá la Administración expropiante adoptar las medidas precautorias correspondientes y no hacer entrega del precio, sino constituirlo en depósito, en tanto no se defina en forma a quien pertenezca la propiedad de la cosa expropiada. El actuar desconociendo tales normas implica nulidad del expediente».*

6.º Por último, deberán entenderse las diligencias del expediente con el Ministerio Fiscal, cuando, efectuada la publicación en el Boletín Oficial del Estado, no compareciesen en el expediente los propietarios titulares, o estuvieran incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa, según determina el artículo 5,1 de la L.E.F. A su vez el artículo 6 del Reglamento de 1902 establece que los desconocidos o ausentes serán representados por el Ministerio Público.

El trámite de con quien han de entenderse las actuaciones del expediente que determina el artículo 3,1 de la L.E.F. es importante, tanto que su omisión puede llegar a la nulidad de lo actuado, como así lo ha declarado la Sentencia de 14 de febrero de 1961, por lo que se recomienda la observancia estricta de aquellas personas que deben ser tenidas como parte legítima en un procedimiento expropiatorio.

6. ACTA PREVIA A LA OCUPACION

Una vez cumplido el trámite de declaración de necesidad de la ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados, se dará derecho a la ocupación inmediata, como se determina en el artículo 52, 1.º de la L.E.F., pero antes de este trámite, por la Jefatura de Propiedades Militares deberá darse cumplimiento inexcusablemente a los siguientes trámites:

A) SOLICITUD DE CERTIFICACIONES

A los efectos de documentar el expediente y poder conocer previamente los titulares reales de los terrenos a expropiar, así como sus valoraciones oficiales, se solicitarán las siguientes certificaciones:

1.º *Al registrador de la Propiedad del Partido* en que radique el bien a expropiar, certificación que haga referencia a lo que conste en el Registro en los dos últimos años y el corriente, de cuáles fueron los precios mínimo, medio y máximo a que se vendieron en aquel término fincas de la misma naturaleza y clase que las de la expropiación de que se trata, fijando dichos tipos, si es posible, por las unidades de cabida y demás circunstancias necesarias para que puedan servir de término de comparación con aquellas.

Igualmente se solicitará del Registrador de la Propiedad, certificación en que figuren los nombres de los propietarios a cuyo favor aparezcan inscritos los inmuebles que se les indiquen, sus confrontaciones y las cargas y servidumbres con que los mismos se hallen gravados, y también si figura inscrito algún arrendamiento, expresando sus condiciones.

2.º *Al Ilmo. Señor Delegado de Hacienda* de la Provincia, otra certificación de la renta que, como riqueza imponible en los dos últimos años y el corriente, resulte en aquella oficina para el inmueble de que se trata, y de la contribución impuesta al mismo y sus recargos municipales en igual tiempo, así como el tanto por ciento de la riqueza imponible con que en dicho año resultare gravada para el Tesoro la propiedad inmueble en aquel término municipal. Si este inmueble estuviere exento del pago de impuestos por cualquier circunstancia, deberá hacerse constar en el certificado la cuantía de los que debiera haber satisfecho, en el caso de no haber existido las circunstancias que sirvieron para eximirle del pago de ellos.

3.º *Al Señor Alcalde* correspondiente, certificación de los datos que figuren en el amillaramiento y apéndice al mismo, re-

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

lativo al inmueble que ha de ser expropiado, en el caso de que no figure como contribuyente a la Hacienda Pública.

Todas estas certificaciones tienen como finalidad, aparte de acreditar fehacientemente la titularidad de los bienes a expropiar, conocer la valoración fiscal, que puede servir de base para proceder en su momento a determinar la cantidad que ha de consignarse en las Hojas de Depósito previo que señala el número 4 del mencionado artículo 52 de la L.E.F.

Como la citada L.E.F. hace referencia a la forma en que ha de calcularse estas cantidades, estimamos que las certificaciones antes indicadas y que son exigidas en el artículo 9, números 1 y 2 del Reglamento de ejecución de la Ley de 15 de mayo de 1902, no se contradicen con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, por lo que resultan absolutamente válidas para una mejor documentación del expediente.

B) NOTIFICACIÓN PRECEPTIVA

Como trámite anterior al levantamiento del acta previa a la ocupación se ha de dar cumplimiento al requisito formal de notificar a todos y cada uno de los afectados por la expropiación, que son los citados en los artículos 3 y 4 de la L.E.F. y que se señalan en el apartado 5-5 anterior, el día y la hora en que ha de levantarse la citada acta previa a la ocupación, cuya notificación ha de llevarse a efecto, como se determina en el núm. 2 del artículo 52 de la L.E.F. y 57, 1.º del Reglamento de esta Ley, con una antelación mínima de *OCHO DIAS NATURALES* y mediante cédula de notificación, la cual deberá ser firmada como justificante de su recepción por el destinatario de la misma.

Es interesante consignar en este apartado que las notificaciones, tanto esta a que nos referimos ahora, como las que deben hacerse en la tramitación del expediente, deben efectuarse con los requisitos señalados en los artículos 179 y 180 del Decreto número 1408/1966 de 2 de junio («B.O.E.» 146 y D. O. 146) de Adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo a los Departamentos Militares, toda vez que en su Disposición Final segunda considera como Procedimiento Administrativo especial aplicable por los Ministerios Militares las normas reguladoras de la expropiación forzosa por razones de Defensa Nacional.

Caso de que no constare o no se conociera el domicilio del interesado o interesados, se entregará la cédula al inquilino, colono o arrendatario, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5.º de la L.E.F. que se refiere a comunicar lo que antecede al Ministerio Fiscal para entenderse con éste las diligencias. Se cumplimentará igualmente este trámite cuando el

titular estuviere incapacitado y sin tutor o persona que lo represente, o fuere la propiedad litigiosa.

6.1. *PUBLICACION DE LA NOTIFICACION DEL ACTA PREVIA A LA OCUPACION*

Con independencia de la notificación personal a todos y cada uno de los afectados, la L.E.F. en su artículo 52, 2.º, exige la publicación con una antelación mínima de OCHO DIAS de un resumen de la citación con reseñamiento de día y hora en el Boletín Oficial del Estado, en el Boletín Oficial de la Provincia, en un periódico de la localidad y en dos diarios de la capital de la provincia, si los hubiese. En esta publicación se harán constar los nombres y apellidos de los afectados, sus domicilios, situación de la finca con su superficie y cultivo, así como sus datos catastrales.

Debe hacerse constar a los efectos pertinentes que los anuncios en los Boletines Oficiales del Estado y de la Provincia serán gratuitos según *Orden 18 de febrero de 1958* («B.O.E.» 60) y *15 de diciembre de 1959* («B.O.E.» 310), por el que se determina que por tener carácter oficial y verificarse en cumplimiento de un precepto legal la publicación de los anuncios motivados por la L.E.F. y su Reglamento es gratuita y obligatoria.

A su vez los periódicos diarios en que se insertan los edictos o anuncios a que se refieren la L.E.F. y su Reglamento, percibirán solamente el 50 por ciento del importe de las Tarifas Oficiales aprobadas por la Dirección General de Prensa, según se expresa en el número 2 del artículo 24 del Reglamento de la L.E.F.

6.2. *LEVANTAMIENTO DEL ACTA PREVIA A LA OCUPACION*

El artículo 52,3.º de la L.E.F. dispone que:

«En el día y la hora anunciados se constituirán en la finca de que se trate de ocupar el representante de la Administración, acompañado de un Perito y del Alcalde o Concejal en que se delegue, y reunidos con los propietarios y demás interesados que concurran, levantarán un acta, en la que se describirán el bien o derecho expropiable y se harán constar todas las manifestaciones y datos que aporten unos y otros y que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquellos y los perjuicios determinantes de la rápida ocupación. Tratándose de terrenos cultivados se hará constar el estado y extensión de las cosechas, los nombres de los cultivadores y el precio del arrendamiento o pactos de aparcería en su caso. Si son fin-

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

cas urbanas se reseñará el nombre de los arrendatarios, el precio del alquiler y, en su caso, la industria que ejerzan. Los interesados pueden hacerse acompañar de sus Peritos y un Notario».

A su vez, el artículo 57, 1.º del Reglamento de la L.E.F. determina que:

«Si al levantamiento del acta previa a la ocupación no acudiere el Alcalde o su Delegado se suspenderá la diligencia, acordándose seguidamente por quien corresponda nueva citación, también con antelación a *OCHO DIAS NATURALES* y dándose cuenta al Gobernador Civil de la Provincia para que ordene a la Autoridad municipal la asistencia al nuevo acto con prevención de las responsabilidades en que, caso de desobediencia, puede incurrir».

Se deduce de lo anteriormente transcrito que a dicho acto deberán concurrir las siguientes personas:

1.º Un representante de la Administración que será el funcionario militar que se designe por la Autoridad Militar de la Región.

2.º El Jefe de Propiedades Militares que tenga a su cargo la tramitación del expediente expropiatorio.

3.º Un Perito de la Administración, cuyo nombramiento recaerá en un funcionario militar, con categoría de Jefe u Oficial, perteneciente al C.I.A.C.

4.º Un Jefe u Oficial del Cuerpo de Intervención Militar.

5.º El Alcalde o Concejal en que delegue del término municipal en que estén situados los terrenos que se van a expropiar.

6.º Los propietarios de dichos terrenos, así como los demás interesados que concurran.

7.º Y por último, los Peritos que los interesados deseen y el Notario si solicitan su presencia.

Será obligatoria la asistencia al acto de los funcionarios militares que se citan anteriormente, así como la del Alcalde o Concejal en quien delegue, no pudiéndose efectuar el acta previa de la ocupación sin la concurrencia de los mismos, por lo que caso de no acudir alguna de ellos, deberá suspenderse la celebración del acto, dándose cuenta a la Autoridad Militar y al Gobernador Civil, caso de que fuera el Alcalde o Concejal el que faltare, para nueva citación y efectos que procedan.

Si por el contrario, no concurrieran al acto los propietarios o interesados en la expropiación, se llevará a efecto el levantar

el acta previa a la ocupación, que deberá contener los siguientes requisitos:

1.º Lugar, fecha y hora en que se efectúa el levantamiento del acta.

2.º Nombres y apellidos de todas las personas que concurren al acto con indicación expresa del carácter con que intervienen, acreditando su representación, caso de invocarla, o el interés que ostenten caso de no ser los propietarios del terreno.

3.º Se describirá con el mayor detalle posible el bien a expropiar, con indicación en su caso de cultivos con la clase y extensión de las cosechas, nombres de los cultivadores, precio del arrendamiento o pactos de aparcería si los hubiera.

4.º Si hubieran fincas urbanas se indicará el nombre del arrendatario, precio del alquiler o industria que se ejerza.

5.º Deberán hacerse constar todas las manifestaciones que efectúen todos los asistentes al acto que tengan relación con los bienes afectados, su titularidad, valor de los mismos, perjuicios que puedan determinar la rápida ocupación y muy especialmente las que especifiquen a este respecto los propietarios y demás interesados que concurren, debiéndose recoger todas estas manifestaciones con la mayor fidelidad y exactitud posible.

El acta deberá ser redactada por el Jefe de Propiedades Militares asistente y será firmada por todos los que han concurrido al acto, siendo levantada a ser posible en el terreno que es objeto de la expropiación, o inmediatamente después para que no se rompa la unidad del mismo, como indica el autor D. Nemesio Rodríguez Moro (14). Caso de no ser posible por no haber lugar adecuado o por hacerse de noche podrá efectuarse la redacción y firma del acta en otro lugar, como así lo determinó el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 31 de diciembre de 1941.

Este documento, una vez formalizado, puede ser anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad, una vez se efectúe el depósito provisional como se preceptúa en el artículo 32, norma 3.ª del Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947.

6.3. *DEPOSITO PREVIO A LA OCUPACION*

Extendida y formalizada el acta previa a la ocupación se pasa seguidamente al siguiente trámite previsto en el número 4 del

(14) Obra citada, pág. 446.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

artículo 52 de la L.E.F. y que también está señalado en el artículo 24 del Reglamento para la ejecución de la Ley de 1902, así como en el artículo 57,2 del Reglamento de la L.E.F. y que consiste en la formulación de las *Hojas de depósito previo a la ocupación*, que viene a ser como una especie de fianza o garantía que deposita la Administración para responder de la ocupación del inmueble que va a efectuar, sin que el contenido de dichas hojas prejuzgue ni sirva de precedente a la posterior determinación del justiprecio, por ser ambas cosas completamente distintas, según declara el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 14 de abril de 1959, como recoge el Coronel Interventor del Aire Don Antonio Requejo Alonso (15).

Estas hojas de aprecio deberán ser formuladas por el Perito de la Administración Militar, a la vista de los documentos que obren en el expediente y muy especialmente referida a las certificaciones solicitadas a la Delegación de Hacienda y Alcaldía respectiva y se extenderán individualmente para cada finca.

Como bien señala el autor Don Francisco Pera Verdaguer (16), «se trata en realidad de la formulación de una hoja de tasación o de aprecio, siquiera con los limitados efectos de procederse al depósito de la cantidad así determinada, sin prejuzgar en realidad la ulterior decisión sobre el justiprecio, y encaminada solamente a posibilitar la ocupación del bien a expropiar».

El mencionado artículo 52,4° de la L.E.F. determina que:

«El depósito equivaldrá a la capitalización, al interés legal del líquido imponible, declarado con dos años de antelación, aumentado en un 20 por ciento en el caso de propiedades amillaras. En la riqueza catastrada el importe del depósito habrá de ser equivalente a la cantidad obtenida capitalizando el interés legal o líquido imponible o la renta líquida, según se trate de fincas urbanas o rústicas, respectivamente. Si el bien no tuviera asignada riqueza imponible, servirá de módulo la fijada a los bienes análogos del mismo término municipal».

Conviene, pues, que por el Perito de la Administración Militar se tengan en cuenta estas circunstancias, que para una mayor claridad subdividiremos a continuación:

A) TERRENOS O FINCAS CON RIQUEZA CATASTRADA

Deberá capitalizarse al interés legal el líquido imponible, si se tratara de fincas urbanas, o la renta líquida si se tratara de rústicas.

(15) «Administración Económica Militar», Edición 1969, pág. 620.

(16) Obra citada, pág. 258.

El interés legal es fijado en el 4 por ciento según se dispone en el artículo 5 de la *Ley de 7 de octubre de 1939* y así es reconocido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de abril de 1955 que dice: «En procedimiento de urgencia es obligado pagar el 4 por ciento anual de la valoración definitiva, desde el momento de la ocupación de los terrenos, más la cuarta parte del importe de estos intereses, como resarcimiento de estos perjuicios».

A su vez las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1959, 12 y 22 de noviembre de 1960 y 9 de febrero de 1961 se pronunciaban en el siguiente sentido:

«La Ley de 7 de octubre de 1939, en su artículo 5.º, reconoce el derecho del expropiado en el supuesto de ocupación anticipada de la finca, al percibo del interés de 4 por ciento sobre el justiprecio definitivo, el cual deberá computarse desde la ocupación de aquélla hasta el momento en que se verifique el pago y además de una bonificación de una cuarta parte de éstos, como resarcimiento del perjuicio causado por dicha urgente medida expropiatoria, sin esperar a la ultimación del expediente de expropiación».

B) TERRENOS O FINCAS CON RIQUEZA AMILLARADA

Este depósito equivaldrá a la capitalización al interés legal (4 por ciento) del líquido imponible que tenga declarado con dos años de anticipación, aumentado en un 20 por ciento.

C) TERRENO O FINCAS SIN RIQUEZA ASIGNADA

De darse el supuesto de que los bienes a expropiar no tuvieran asignada riqueza catastrada ni amillarada, la L.E.F. prevee que servirá de módulo para establecer la hoja de aprecio la fijada o asignada a otros bienes análogos del mismo término municipal.

C) TERRENOS O FINCAS QUE HAN DE EXPROPIARSE PARCIALMENTE

Para este supuesto, la L.E.F. determina que para redactar la hoja de aprecio se tendrá en cuenta el prorratear el valor señalado por las reglas que se indican anteriormente.

6.4. FIJACION DE INDEMNIZACION POR PERJUICIOS

El Perito de la Administración Militar deberá fijar igualmente, en cumplimiento de lo dispuesto en el tan citado artículo 52, en su apartado 5.º, las cifras de indemnización por el importe de los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, ta-

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

les como mudanzas, cosechas pendientes y otras igualmente justificadas contra cuya determinación no cabrá recurso alguno, si bien, caso de disconformidad del expropiado, el Jurado Provincial reconsiderará la cuestión en el momento de la determinación del justiprecio.

Debe tenerse en cuenta por el mencionado perito que al formular las hojas de aprecio, deberá consignarse en hoja aparte la cuantía de la indemnización de perjuicios derivados de la rápida ocupación, debiéndose remitir copia de ambas —hoja de aprecio y de indemnización de perjuicios— a cada interesado, quien —sin carácter de recurso— podrá objetar sobre la existencia de errores materiales en la determinación del depósito o inadecuada apreciación de las indemnizaciones procedentes. Si la Administración no rectifica, la cuestión quedará referida al momento en que el Jurado Provincial conozca del expediente. Así lo determina expresamente el artículo 58,2.º del Reglamento de la L.E.F.

Debemos aclarar que el no consignar la indemnización de perjuicios derivados de la rápida ocupación, no produce nulidad de actuaciones y así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de diciembre de 1961 cuando dice lo siguiente: «Si en las hojas de aprecio no se hicieron constar las cifras de indemnización de perjuicios derivados de la rápida ocupación, mal pudo el Jurado Provincial resolver sobre ello, y no puede pretenderse que la omisión del interesado, pese a haber sido requerido al efecto, provoque una nulidad de actuaciones» y la de 18 de abril de 1961 que decía: «La circunstancia de que en el acta previa a la ocupación no se hicieran constar las cifras de indemnización por el importe de los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, como dispone la regla 5.ª del artículo 52 de la Ley, y precisamente en hoja aparte, como previene el artículo 58 de su Reglamento, en modo alguno privó al expropiado del derecho a su reclamación».

Como en la Ley de Expropiación Forzosa ni en su Reglamento se determina expresamente qué Autoridad debe de aprobar la cantidad que se determine por el Perito de la Administración Militar en la Hoja de aprecio y en la fijación de la indemnización por perjuicios derivados de la ocupación, se hace preciso acudir al Reglamento para la ejecución de la Ley de 15 de mayo de 1902, que podemos aplicar en defecto de otra disposición legal posterior, el que en su artículo 11 dispone que el Ministerio ordenará la constitución del depósito previo y dará la orden de ocupación, por lo que tenemos que llegar a la conclusión de que estos importes deberán ser aprobados por el Ministerio, hoy de Defensa, al cual se deberán elevar con toda urgencia las ho-

jas de aprecio y de indemnización por perjuicios, para su aprobación y libramientos de cantidades a consignar.

6.5. CONSIGNACION DEL DEPOSITO

El artículo 52,6.º de la L.E.F. y 58 de su Reglamento determinan que la cantidad determinada procedente de la hoja de aprecio deberá consignarse inmediatamente en la Caja de Depósitos de la Delegación de Hacienda de la Provincia, a no ser que el expropiado, cuando no hubiese cuestión sobre la titularidad, prefiera percibirla renunciando a los intereses legales de la misma que se establecen en la regla 4.ª del citado artículo 52.

6.6. OCUPACION DE LA FINCA

Efectuado el depósito y abonada o consignada, en su caso, la previa indemnización por perjuicios, la Administración Militar procederá a la inmediata ocupación de los terrenos de que se trate, lo que deberá hacer en el plazo máximo de *QUINCE DIAS*, sin que sea admisible en este supuesto al poseedor entablar interdictos de retener y recobrar, según determina el artículo 52, regla 6.ª de la L.E.F.

Esta declaración terminante de inadmisibilidad de los interdictos citados tiene como es natural su excepción, puesto que si no se hubieran cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en la Ley, y la Administración ocupe o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el artículo 125 de la L.E.F., en relación con el 139 de su Reglamento establecen como una de las garantías jurisdiccionales, aparte de los demás medios legales procedentes, la posibilidad de utilizar los interdictos antes citados para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida.

Para el caso de que alguien opusiere resistencia a la ocupación acordada, la Administración Militar que conozca de la expropiación se dirigirá al Gobernador Civil de la Provincia, quien, después de cerciorarse de que han sido cumplidos los trámites de la Ley, le prestará el auxilio de la fuerza pública para efectuar el lanzamiento y ocupación, sin perjuicio de las responsabilidades penales exigibles, como así lo expresa terminantemente el artículo 59 del Reglamento de la L.E.F.

Dos cuestiones creo deben quedar suficientemente aclaradas en orden a la ocupación de las fincas: la primera, cómo se debe efectuar tal ocupación, y la segunda, dimanante de la anterior,

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

dejar la constancia de su fecha para que sirva de partida para la valoración a efectuar con posterioridad.

En cuanto a las formalidades que deben cumplirse en el acto de la ocupación, el artículo 57 del Reglamento de 1881 nos habla de «que se tomará desde luego, posesión de los terrenos o fincas expropiadas, con las formalidades legales»; y el artículo 21 del Reglamento de 1902 especifica de que «debe levantarse la correspondiente acta de ocupación que deberá ser suscrita por el Comisario de Guerra, todos los Peritos, los propietarios o sus representantes, y el Alcalde o un delegado suyo debidamente autorizado».

A su vez, para el Coronel Interventor del Aire Don Antonio Requejo Alonso (17), la ocupación de la finca expropiada puede acreditarse bien por una diligencia extendida por el Jefe de Propiedades en la fecha de la ocupación, suscrita además por el dueño o anterior poseedor de la finca, si estuvieran presentes, o por la copia del escrito por el que se da cuenta a la Autoridad Militar de la Región del día en que ha tomado posesión de los inmuebles expropiados.

Dado que entendemos de suma importancia la concreción de esta fecha en que se efectúa la ocupación de los bienes a expropiar, nos inclinamos por una pequeña acta, la que sería suscrita por el Jefe de Propiedades Militares, Jefe u Oficial Interventor, Peritos que concurrieron al acta previa a la ocupación, propietarios afectados y el Alcalde o Delegado debidamente autorizado.

Para el caso que ello fuera dificultoso, no vemos problema legal alguno para que se suscriba una diligencia que deberá ser firmada por el Jefe de Propiedades y propietario afectado, en que se haga constar que abonado el depósito o consignada la previa indemnización por perjuicios, se procede a la ocupación de la finca, toda vez que lo importante de este acto es dejar constancia de la fecha a los efectos de que pueda referirse a ella la valoración que deba efectuarse, ya que no puede ser otra que la de la real ocupación por parte de la Administración, como se afirma en las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 7 y 16 de octubre de 1968.

6.7. ANOTACION PREVENTIVA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como indicábamos al tratar del levantamiento del acta previa a la ocupación, una vez efectuado el depósito provisional, la

(17) Obra citada, pág. 641.

Jefatura de Propiedades y Alquileres podrá solicitar del Señor Registrador de la localidad donde estén situados los bienes expropiados, la anotación en dicho Registro del acta previa a la ocupación, a cuyo efecto acompañará una copia de dicha acta y un ejemplar del depósito efectuado para que sirva efectuar la anotación preventiva que previene el artículo 32, norma 3.ª del Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959), cuya anotación tendrá una duración limitada a CUATRO AÑOS, transcurridos los cuales sin elevarse a definitiva quedará cancelada, como se indica en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946.

Ello tiene carácter obligatorio para los Registros de la Propiedad, pues el artículo 53, segundo párrafo, de la L.E.F. considera al acta de ocupación, acompañada del justificante de la consignación del precio o del correspondiente resguardo de depósito, como título bastante para su inscripción en el Registro.

7. JUSTIPRECIO

La fijación de la indemnización constituye, como es obvio, el problema capital de una Ley de Expropiación y así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la L.E.F., siendo para García de Enterría (18) concebida la naturaleza de esta indemnización «como una carga a cumplir por la Administración que pretende llevar a efecto la expropiación» siendo el justiprecio simplemente el valor económico del sacrificio, en que la expropiación consiste.

A su vez, el Magistrado Señor Carretero Pérez (19), opina que la expropiación no es una confiscación, sino una conversión de derechos, y por ello el expropiado no debe ser perjudicado económicamente, ya que el principio de garantía patrimonial de la ley, impone que sea compensado adecuadamente de la lesión que la expropiación comporta.

Para el Profesor Rodríguez Oliver (20), el justiprecio resulta ser «el resultado del procedimiento formal en virtud del que, teniendo en cuenta ciertos factores, se establece el «quantum» equivalente a la valoración que se hace sobre el perjuicio que implica la expropiación; esta equivalencia se considera bastante para compensar el traslado de titularidad que implica la desposesión».

(18) «La Expropiación Forzosa», pág. 1084.

(19) Obra citada, pág. 109.

(20) Obra citada, pág. 22.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

La indemnización que debe percibir el expropiado por el detrimento sufrido en su patrimonio debe ser justa y así el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 25 de febrero de 1959 se pronunciaba en este sentido diciendo: «Se ha de procurar sustituir el patrimonio de que se priva al expropiado por razón de utilidad pública o de interés social por otro acervo patrimonial compensatorio que, por su adecuación con el bien del que se le priva, evite que la expropiación que sufre implique *menoscabo injusto*».

Igualmente la Sentencia de 7 de julio de 1959 afirmaba: «Es principio fundamental sostenido por la Jurisprudencia de este Alto Tribunal, que la expropiación forzosa, como enajenación impuesta contra la voluntad de su propietario exige la más ponderada determinación del justiprecio para hallar la necesaria adecuación de valores entre el bien expropiado y la indemnización a satisfacer».

Y por último, abundando en el criterio de la justicia que debe imperar en el justiprecio, destaquemos la Sentencia de 21 de junio de 1956 que se manifestaba en los siguientes términos: «La determinación de una indemnización justa es lo que constituye el principio que inspira todas las legislaciones sobre expropiación forzosa, siendo fundamental el que el expropiado no sufra perjuicio alguno en la indemnización debida, lo que es trascendental no sólo para los interesados, sino para el orden social».

La determinación del justiprecio ha sufrido variaciones a través de las legislaciones ya que en nuestra Ley de 1879 imperaba el principio del tercer perito, designado por el Juzgado, lo que era resultado de la influencia del Derecho Francés en nuestra Patria, cuando no existía acuerdo entre el perito de la Administración y el del particular. El precio fijado por este perito no vinculaba a la Administración, pero fueron múltiples las Sentencias del Tribunal Supremo resolviendo sobre la conveniencia de ajustarse a tal valoración.

La Exposición de Motivos de la L.E.F. achaca a este sistema del «tercer perito», que inspiraba a la anterior legislación los inconvenientes de reducir a un papel puramente pasivo la función del órgano que formaliza la resolución, aparte de llevar consigo un juego de plazos de excesivo peso para la agilidad de la acción administrativa, estimando más conveniente la creación del Jurado Provincial de Expropiación en su doble aspecto pericial y judicial, que según dicha Exposición tiene como ideal «el objetivar las tasaciones en forma que sean el resultado de la aplicación de criterios generalizados».

Nuestra Ley de Expropiación Forzosa de 1954 en su artículo 52, regla 7.ª determina que «efectuada la ocupación de las fincas se tramitará el expediente de expropiación en sus fases de

justiprecio y pago según la regulación general establecida en los artículos anteriores, debiendo darse preferencia a estos expedientes para su rápida resolución».

Como se puede observar, en este momento del expediente, se abandona el carácter urgente del mismo, acudiendo al procedimiento ordinario, pero recomendándose una preferencia a estos expedientes para lograr una rápida resolución de los mismos.

El artículo 36,1.º de la citada Ley establece que «las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio» y en el número 2 del mismo artículo, se determina que «las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las anteriores son indemnizables, salvo cuando se hubieran realizado de mala fe».

Como pudieran existir dudas sobre el momento inicial de la valoración de la indemnización, debido a que en el artículo 28 del Reglamento de la L.E.F. nos habla de que el expediente de justiprecio se entenderá iniciado, a todos los efectos legales, el día siguiente a aquel en que haya adquirido firmeza el acuerdo declaratorio de la necesidad de la ocupación y el artículo 36,1.º de la L.E.F. nos remite al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, conviene dejar aclarado este punto, pues se considera de importancia por los indudables problemas que lleva consigo principalmente cuando estos expedientes, pueden sufrir retrasos inevitables en su tramitación.

Como dice García de Enterría (20 bis) la jurisprudencia ha dado resuelta prevalencia al artículo 36 de la L.E.F. frente al artículo 28 de su Reglamento, destacando el importante papel que juega el momento de la valoración a propósito de la garantía de la integridad del justiprecio frente a deméritos de la medida monetaria.

En este sentido la fecha de iniciación de la pieza relativa al justiprecio no puede ser la de publicación del acuerdo del Consejo de Ministros autorizando la urgente ocupación, sino la de la real ocupación por parte de la Administración, como se afirma categóricamente en la Sentencia de 3 de julio de 1968.

En fechas 7 y 16 de octubre de 1968 recayeron sendas Sentencias del Tribunal Supremo en que se decían: «la fecha relevante para referir a ella la valoración no puede ser otra que la de la real ocupación por parte de la Administración» y en Sentencia de 30 de noviembre de 1968 y refiriéndose concretamente al pro-

(20 bis) Obra citada, pág. 259.

cedimiento de urgencia vuelve a manifestar que la fecha de iniciación del justiprecio no puede ser la de la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros, sino la de la real ocupación del bien. Todas estas Sentencias están recogidas por el autor Don Francisco Pera Verdaguer (21).

7.1. *PROCEDIMIENTOS A SEGUIR PARA LA DETERMINACION DEL JUSTIPRECIO*

La L.E.F. prevee tres clases de procedimientos para la determinación del justiprecio, que son denominadas por el profesor García de Enterría (22) como fases y que son:

- a) Mutuo acuerdo entre la Administración y el expropiado.
- b) Inexistencia de acuerdo con intercambio de sus respectivas valoraciones e intervención del Jurado Provincial de Expropiación.
- c) Posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia para una mejor garantía de la valoración.

Examinemos por separado estas tres situaciones, con especial referencia a problemas que puedan presentarse y a la indudable novedad que presenta el Jurado Provincial de Expropiación.

7.1.1. *Mutuo acuerdo entre la Administración y el expropiado*

Al referirse a la determinación del justiprecio la L.E.F. en su artículo 24 dice que «la Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquella libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado».

No cabe la menor duda de que este sistema presenta ventajas indudables, toda vez que para el expropiado le reporta el beneficio de percibir rápidamente la indemnización, que si sigue el procedimiento normal se le retrasaría mucho tiempo con el perjuicio económico que de ello se deriva, motivado principalmente por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y para la Administración, su ventaja principal sería la celeridad en terminar la expropiación e inscribir a su favor el bien expropiado.

(21) Obra citada pág. 328 y 337.

(22) «Apuntes de Derecho Administrativo». Obra citada, pág. 189.

Desgraciadamente éste no es el procedimiento más frecuente, unas veces por las exiguas indemnizaciones que ofrece la Administración y otras, por lo exorbitado de las pretensiones de los particulares, que hacen acudir al Jurado Provincial de Expropiación e incluso a los Tribunales de Justicia en demanda de mayores indemnizaciones, lo que motiva un largo período de tiempo para llegar a una determinación definitiva del precio, que, cuando se perciba, resulta desvalorizado por la falta de poder adquisitivo de la moneda.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este acuerdo amistoso, el Profesor García de Enterría (23) considera esta figura como «una adhesión a la expropiación», con distinción de la «cesión amigable», contemplada en el Derecho Francés, ya que éste se refiere a un acuerdo anterior a la iniciación del expediente expropiatorio y puede constituir una compraventa cuya naturaleza de contrato civil o administrativo dependerá del objeto de que en definitiva se trate y del contenido y circunstancias de su acuerdo, mientras que la primera trata de un proceso expropiatorio en marcha y el propietario, en lugar de discutir el precio y sabiendo que quiera o no se le va a expropiar, llega a un acuerdo con la Administración sobre el precio, lográndose la transmisión en virtud del ejercicio por la Administración de su potestad de expropiar, mientras que en la cesión amigable, esta transmisión, se produce por contrato.

Convendría dejar aclarado en este momento que con el acuerdo entre la Administración y el particular no pierde éste los derechos que le pueden corresponder en un futuro, como es, por ejemplo, el «derecho de reversión», contemplado en el artículo 54 de la L.E.F., toda vez que se trata solamente de un acuerdo en un procedimiento expropiatorio y que éste sigue hasta llegar el trámite de pago y toma de posesión y así la L.E.F. en su artículo 48 dice: «Una vez determinado el justo precio...», sin hacer distinción entre el procedimiento de mutuo acuerdo o el de sin avenencia y a mayor claridad el artículo 48 de su Reglamento nos dice: «Determinado el justo precio por cualquiera de los procedimientos previstos en el Capítulo III del Título II de esta Ley...».

Como consecuencia de ello, tampoco se precisa la escritura notarial para plasmar el acuerdo, bastando para su inscripción en el Registro de la Propiedad el acta de pago, que es título bastante para que el Registrador de la Propiedad inscriba, de acuerdo con lo que se ordena en el artículo 53 de la L.E.F.

(23) «Apuntes», Obra citada, pág. 191, y «Curso de Derecho Administrativo», obra citada, pág. 251.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

7.1.2. *Inexistencia de acuerdo y jurado provincial de expropiación*

Si transcurriera el plazo de 15 días que se señala en el artículo 24 de la L.E.F. sin que se llegara a un acuerdo sobre el precio entre la Administración y el expropiado, se seguirá el procedimiento que se indica en los artículos siguientes de la Ley, para lo que la Jefatura de Propiedades y Alquileres, como Organismo encargado de la tramitación del expediente expropiatorio, deberá cumplimentar los siguientes extremos:

1.º Deberá tramitar en *pieza separada* cada expediente de justiprecio por cada uno de los sujetos expropiados, encabezándose cada pieza con la exacta descripción del bien concreto que haya de expropiarse y su titular. Así lo determina el artículo 26 de la L.E.F. y 29 de su Reglamento.

Caso de que el objeto de la expropiación pertenezca en comunidad a varias personas, o cuando varios bienes constituyan una unidad económica, el expediente será único como indica el número 2 de dicho artículo 26 de la L.E.F.

Esta pieza separada de fijación del justiprecio, como dice el Profesor Rodríguez Oliver (23), es el conjunto de actuaciones concatenadas cuya finalidad estriba en conseguir la fijación de una determinada cantidad, teniendo a nuestro juicio la finalidad de que ambas partes justifiquen sus respectivas posiciones respecto al precio, avaladas con los informes técnicos pertinentes y puedan servir para llegar a un mutuo acuerdo sobre el mismo, o, en definitiva, para que en su momento el Jurado Provincial de Expropiación, conozca sus argumentos y decida en consecuencia con pleno conocimiento de causa.

2.º A continuación, por la Jefatura de Propiedades Militares se dará cumplimiento al siguiente trámite, consistente en requerir a los propietarios de los terrenos para que en el plazo de *VEINTE DIAS* a contar desde el siguiente al de la notificación, precio entre la Administración y el expropiado, se seguirá el procedimiento que se indica en los artículos siguientes de la Ley, para lo que la Jefatura de Propiedades y Alquileres, como Organismo encargado de la tramitación del expediente expropiatorio, deberá cumplimentar los siguientes extremos:

estimen el objeto que se expropia, pudiendo aducir cuantas alegaciones estimen pertinentes. Así lo determina el artículo 29 de la L.E.F., la que exige al propio tiempo que la valoración habrá de ser *forzosamente motivada* y podrá estar avalada por la firma de un perito, cuyos honorarios habrán de acomodarse a las tarifas que aprueba la Administración, siendo siempre estos gastos de cuenta de los propietarios.

(23) Obra citada, pág. 26.

Con respecto a estos Peritos, el Reglamento de la L.E.F. en su artículo 31 determina que habrán de tener título profesional expedido por el Estado, de acuerdo con la especialidad de la materia sobre que hayan de dictaminar, exigiéndose además haber ejercido la profesión por espacio de un año con anterioridad a la fecha en que sean requeridos por el particular y añadiéndose que si el nombramiento no reuniera estas condiciones, la Administración la admitirá como si estuviera firmada exclusivamente por el propietario.

3.º Es interesante dejar bien aclarado que al requerirse a los propietarios para que presenten su hoja de aprecio, deberá dárseles traslado al propio tiempo de la *fecha legal de iniciación del expediente de justiprecio*, pudiendo aquéllos, al presentarla, discutir la procedencia de adoptar la expresada fecha, razonando, en su caso, la fijación de otra. Este requisito viene impuesto por el artículo 30 del Reglamento de la L.E.F.

4.º Una vez presentada la hoja de aprecio por el expropiado, la Administración Militar en igual plazo de *VEINTE DIAS* aceptará o rechazará la valoración efectuada por los propietarios, entendiéndose, en el primer caso, determinado definitivamente el precio, procediendo la Administración a efectuar el pago con lo que la expropiación queda finalizada.

De rechazarse la valoración presentada, la Administración Militar extenderá hoja de aprecio también fundada, la que se notificará al propietario, el cual, dentro de los DIEZ DIAS siguientes, podrá aceptar lisa y llanamente o bien rechazarla, teniendo en este caso derecho a hacer las alegaciones que estime pertinentes, empleando los métodos valorativos que juzgue más adecuados para justificar su propia valoración y aportar las pruebas que se considere oportunas en justificación de dichas alegaciones. Todo ello viene impuesto por el artículo 30 de la L.E.F.

Como hemos visto, en el segundo párrafo del artículo 29 de la L.E.F. se especifica que la valoración «habrá de ser forzosamente motivada y podrá estar avalada por la firma de un perito» y, sin embargo, el artículo 30 nos habla de que «la Administración extenderá hoja de aprecio fundada del valor», sin que se exija, al parecer, que sea avalada por perito. A su vez el Reglamento de la misma tampoco nos da pauta al respecto.

Creemos que ello puede tener su interés, pues de una parte si no se exige que la hoja de aprecio del propietario sea avalada por perito, no se puede efectuar igual exigencia a la Administración, pero de otra parte es indudable que el particular puede tener conocimientos valorativos, que el funcionario que tenga la responsabilidad del expediente los ignore, por lo que tendre-

mos que acudir a los Reglamentos militares que continúan en vigor, para tratar de encontrar una solución a este problema.

El Reglamento de 1881, al hablar en su artículo 18 de los peritos, nos indica que «los peritos especiales deberán tener título oficial que acredite su idoneidad, y sólo en el caso de no encontrarse quien reúna condiciones, se nombrarán prácticos acreditados en las operaciones de que se trata». A su vez el Reglamento de 1902 que trata de las expropiaciones en la Zona Militar de Costas y Fronteras, en su artículo 15, tercer párrafo, nos indica «cuando todo o parte de la tasación, se refiera a cosas que no puedan apreciarse debidamente por los Ingenieros militares, se preferirán funcionarios militares que, por su aptitud oficial, puedan desempeñar estas funciones, y si no los hubiera, se elegirán entre los de otros Ramos de la Administración pública que tengan título suficiente para ello, acudiendo, para su nombramiento, al Gobernador Civil de la Provincia, que los designará en un plazo que no excederá de tres días».

Según el artículo 16 los honorarios de estos peritos serán sufragados con cargo a los mismos créditos que señala el artículo 31 de dicho Reglamento.

Partiendo de la base que la hoja de aprecio que debe formular la Administración debe ser avalada por un perito, dada la complejidad de las valoraciones a realizar, éste debe estar en posesión de un título idóneo que le faculte para este especial trabajo, por lo que si existe un Jefe u Oficial del C.I.A.C. con título oficial de Ingeniero Agrónomo o Perito Agrícola, podrá efectuar valoraciones de fincas rústicas y si fuera Arquitecto o Perito Aparejador la efectuará en edificaciones de cualquier tipo.

Ahora bien, si no tuvieran estas titulaciones, habrá que acudir a Jefes u Oficiales del Ejército que tuvieran estas carreras y en caso negativo, habrá que acudir al Gobernador Civil de la Provincia para que designara el técnico adecuado para realizar la valoración de que se trate.

Es interesante consignar en este momento la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 4.ª de fecha 5 de julio de 1978, la que en su Considerando 6.º y al hablar de una expropiación militar, considera que «las hojas de aprecio formuladas no se fundamentan en dictamen pericial idóneo, puesto que se basan en los emitidos por un Comandante del C.I.A.C., cuya formación técnica, indudable, no es adecuada para valoración de fincas rústicas».

Como resumen de lo expuesto, podemos llegar a la conclusión de que aunque el artículo 30 de la L.E.F. no exige la intervención de Perito Militar en la Hoja de aprecio, debe éste intervenir en la misma, pero con la cualificación técnica suficiente para poder avalar su dictamen.

Los Peritos Militares que efectúen estas valoraciones debe-

rán tener en cuenta que los bienes se clasificarán por el mismo orden en que aparecen relacionados en los artículos 38 (solares y edificios), 39 (fincas rústicas), 40 (obligaciones, acciones y cuotas), 42 (derechos reales) y 44 (arrendamientos), de la Ley de Expropiación Forzosa, debiéndose observar los criterios valorativos que en los mismos se consignan, así como fijar, en todos los casos, un premio de afección de un CINCO POR CIENTO, que como indica nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de diciembre de 1954 «tiende a compensar matices subjetivos que la pérdida de la cosa puede implicar para el expropiado»; teniéndose presente que lo mismo que se efectuó con el depósito previo a la ocupación, deberán elevarse las valoraciones hechas por los propietarios y por el Perito de la Administración Militar a la Capitanía General respectiva, para su remisión con urgencia al hoy Ministerio de Defensa para conocimiento, aprobación y libramiento de la cantidad señalada, para poder hacer frente al pago en el caso de que el propietario aceptara la valoración efectuada, ya que según determina el artículo 30,1.º de la L.E.F., la Administración deberá proceder al pago del mismo.

7.1.3. *Jurado provincial de expropiación*

Producido el desacuerdo por haber rechazado el propietario la valoración formulada por la Administración, la L.E.F. en su artículo 31 determina que se pasará el expediente de justiprecio al *Jurado Provincial de Expropiación*.

Nos encontramos por primera vez en la Ley con este nuevo Organismo, que es una de las más importantes innovaciones introducidas por la Ley de Expropiación Forzosa y que viene a sustituir, como dice el Profesor García de Enterría (24), al tercer perito, que era en la legislación anterior a 1879 como un árbitro en sentido rigurosamente formal que dictaba «laudos» fijando el precio de los bienes a expropiar y vinculando con ellos, por igual, a la Administración y al particular. En la Ley de 1879 ya se entregó a la Administración, como sigue diciendo el citado Profesor, la facultad de fijar unilateralmente la indemnización expropiatoria, pero el Tribunal Supremo en extensa jurisprudencia asignó al dictamen del tercer perito su antiguo carácter arbitral.

Estudiando la composición del Jurado Provincial que señala el artículo 32 de la L.E.F., se observa que está presidido por un Magistrado de la Audiencia, designado por su Presidente y actuando de vocales un Abogado del Estado, un técnico militar que señala el artículo 100 de la L.E.F., un Notario y un representante de la

(24) «Apuntes». Obra citada, pág. 194.

Cámara Oficial Sindical Agraria (hoy Cámaras Agrarias) cuando la expropiación se refiere a finca rústica y un representante de los sindicatos en otros casos.

Para el Profesor García de Enterría (25) este Jurado Provincial tiene una serie de ventajas como son:

- La permanencia y especialización de la función.
- La preparación de sus miembros en los aspectos material y jurídico de la cuestión a decidir.
- Su carácter de órgano colegiado, que garantiza la equidad de sus decisiones.

En cuanto al trámite a efectuar por la Jefatura de Propiedades y Alquileres, ésta, al rechazar el propietario la valoración presentada, elevará la pieza o piezas separadas de justiprecio al Gobierno Militar respectivo, quien a su vez las remitirá al Jurado Provincial de Expropiación, debiendo comunicar al propio tiempo a este Jurado el nombramiento del técnico militar que deberá actuar como Vocal en dicho Organó, de acuerdo con lo expresamente señalado en el artículo 100 de la L.E.F. Normalmente este Jurado Provincial está ubicado a los efectos de remisión de documentación en los respectivos Gobiernos Civiles.

La resolución del Jurado, habrá de ser necesariamente motivada, razonándose los criterios de valoración seguidos y deberá dictar la misma en el plazo de *OCHO DIAS*, que podrá excepcionalmente ser prorrogado hasta *QUINCE DIAS* en total, cuando la importancia de los intereses aconsejen la inspección personal sobre el terreno, según indica el artículo 34 de la propia L.E.F. Esta resolución se notificará a la Administración Militar y al propietario y agotará la vía gubernativa y contra la misma procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo, según se expresa en el artículo 35 de la tan citada Ley de Expropiación Forzosa.

7.1.4. Valoración Judicial

El problema de la determinación del justiprecio es el más importante en un procedimiento expropiatorio y por ello el legislador ha querido establecer una garantía judicial que opere en un plano superior al Jurado Provincial de Expropiación, el cual al resolver al precio justo lo ha hecho en forma discrecio-

(25) «Apuntes». Obra citada, pág. 195.

nal, que es lo que designa el Profesor García de Enterría (26) como «concepto jurídico indeterminado», por lo que implica un tema de directa competencia de los Tribunales de Justicia.

Es la última instancia que le resta al expropiado y por supuesto a la Administración, que, al no estar de acuerdo con la valoración efectuada por el mencionado Jurado, acude a los Tribunales para obtener de los mismos una valoración judicial de la indemnización, y así el número 2 del artículo 126 de la L.E.F. nos indica que «ambas partes podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que sobre el justo precio se adopten. En este caso el recurso deberá fundarse en lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en trámite oportuno».

A su vez el artículo 140, 2, del Reglamento de la L.E.F. determina que la demanda deberá fundamentarse en todo caso en alguno de los motivos siguientes:

- a) Lesión, cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado.
- b) Vicio sustancial, de forma o violación u omisión de los preceptos establecidos en la Ley.

Firme la Sentencia dictada en vía contencioso-administrativa, se remitirán copia de la misma al Ministerio interesado, a la Presidencia del Gobierno y al de Hacienda, a los efectos oportunos, de acuerdo con lo que se determina en el artículo 127 de la L.E.F., por lo que debe proseguirse el expediente en sus fases de pago y toma de posesión, que señalamos a continuación.

8. PAGO Y TOMA DE POSESION

Una vez que el Jurado Provincial de Expropiación haya fijado el justiprecio y éste sea firme por no haber acudido tanto la Administración Militar como el expropiado a la vía contencioso-Administrativa, se pasa a la fase siguiente que consiste en el pago o abono de la indemnización establecida y la toma de posesión definitiva del bien expropiado. Analizaremos por separado estas dos formalidades:

(26) «Curso de Derecho Administrativo». Obra citada, pág. 254.

8.1. PAGO DE INDEMNIZACION

El artículo 48 de la L.E.F. nos indica que «una vez determinado el justo precio se procederá al pago de la cantidad que resultase en el plazo máximo de SEIS MESES».

Como los trámites previstos en la Ley de Expropiación Forzosa y en su Reglamento son coincidentes con lo dispuesto en los artículos 34 y siguientes del Reglamento para ejecución de la Ley de 15 de mayo de 1902 sobre expropiaciones militares, parece aconsejable, para tener una mejor unidad de criterio, el estimar como más adecuado a esta fase el aplicar los preceptos de la nueva Ley, por las razones aducidas al estudiar la prelación de las normas legales aplicables a estas expropiaciones.

En su consecuencia el artículo 48 del Reglamento de la L.E.F. y 29 y 30 del Reglamento de 1902, dispone que el expediente debe ser remitido al Ministerio (en el caso de expropiaciones militares al de Defensa), a fin de que adopte las medidas oportunas para que ordene el pago de la cantidad justipreciada, que como vemos antes debe de efectuarse en el plazo máximo de SEIS MESES.

En este aspecto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara y así la de 5 de junio de 1919 dice «que el propietario expropiado tiene derecho al cobro, sin que pueda la Administración oponer dilación alguna», y la de 15 de febrero de 1961: «que debe procederse al pago dentro de los SEIS MESES que la Ley señala sin que pueda la Administración diferir el pago amparándose en una facultad de seguir un orden de abono de los diferentes terrenos afectados, dando preferencia a los ya ocupados en servicios», y por último, la de 29 de noviembre de 1961 que es terminante a este respecto: «El pago ha de verificarse dentro de los SEIS MESES que ordena el artículo 48 de la L.E.F.».

Tres condiciones más exige este artículo para efectuar el pago que son:

1.º Que ha de verificarse precisamente *en dinero*, circunstancia ésta recogida en el artículo 49.4.º del Reglamento y 37, segundo párrafo del Reglamento de ejecución de la Ley de 1902, que como vemos coincide con la nueva legislación.

2.º Que se efectúe mediante el levantamiento de la oportuna acta a lo que deberán concurrir obligatoriamente el Alcalde del término en que radiquen los bienes expropiados, el Jefe de Propiedades Militares, un Jefe u Oficial de Intendencia como Pagador, un jefe u Oficial de Intervención Militar, el Secretario del Ayuntamiento respectivo y los interesados. El Reglamento de 1902 en el indicado artículo también exige este requisito formal

e indica los funcionarios militares que deben concurrir, que como es obvio, no cita el artículo 49,4.º del Reglamento de la L.E.F.

3.º El artículo 49 del Reglamento de 1957 y el 36 del Reglamento de 1902 también exigen, como requisito formal, el *anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia*, con la debida antelación, del día en que se haya de proceder al pago de la indemnización con indicación de sus perceptores y cantidades, así como deberá también darse el oportuno aviso al Alcalde del término correspondiente, al que se le remitirá la lista de los interesados, para que se les dé conocimiento del día, hora y local en que se haya de verificar el pago.

Como antes dijimos el pago se efectuará en dinero y precisamente a quienes figuren como dueños del bien expropiado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la L.E.F., no admitiéndose representación a menos que se aporte el oportuno poder, ya sea general o especial para el caso, debiendo los interesados identificarse con la necesaria documentación y en su defecto por el conocimiento directo que testifique el Alcalde o el Secretario del Ayuntamiento, requisitos éstos exigidos por el artículo 49,4 del Reglamento de la L.E.F.

Al redactarse el acta deberán reflejarse en la misma las incidencias del pago, no debiéndose admitir a los interesados protesta ni observación alguna al firmar el «RECIBI» de la cantidad que les corresponde. En el caso de que alguno tuviese algo que objetar, se suspenderá el pago de la expropiación, advirtiéndole del derecho que le asiste de elevar la reclamación que proceda, según determina el artículo 50 del citado Reglamento.

Conviene dejar debidamente aclarado que pueden surgir incidencias en el momento de formalizar el acta de pago que obligan a la *CONSIGNACION DE LA CANTIDAD*, y ello puede producirse en los siguientes casos que prevee el artículo 55 del Reglamento y que son:

1.º Cuando no concurra al acto del pago el propietario o titular interesado, por sí o por persona debidamente representada, o cuando rehusara recibir el precio.

2.º Si fuesen varios los interesados y no se pusieren de acuerdo sobre la cantidad que a cada uno corresponde, o existiere cualquier cuestión o litigio entre ellos, o entre ellos y la Administración.

3.º Cuando comparezca el Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.º de la L.E.F.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

4.º Cuando comparezcan personas que no pueden enajenar sin permiso o resolución de la autoridad judicial, a que se refiere el artículo 6.º de la L.E.F.

5.º Cuando tratándose de bienes inmuebles, los titulares de cargas o derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad no comparecieren al acto del pago.

6.º Y por último, en los demás casos previstos por las Leyes.

Dicha consignación deberá realizarse en la Caja General de Depósitos y devengará interés a favor de la persona que tenga derecho a la percepción del precio, siendo objeto de la consignación la cantidad a que ascienda el justo precio o la parte de la misma objeto de la discordia, según los casos, según se determina expresamente en los números 2 y 3 del artículo 51 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

Y por último, el número 4 del mismo artículo indica que cuando exista litigio pendiente en la Administración el interesado tendrá derecho a que se le entregue la indemnización hasta el límite en que exista conformidad, quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio.

8.1.1. Incumplimiento de pago

Ya hemos dicho que la Administración debe proceder al pago de la cantidad resultante en el plazo máximo de *SEIS MESES*, pero es evidente que pueden existir dilaciones o demoras que conduzcan al resultado lesivo para los intereses del expropiado, de que no pueda percibir esta justa compensación en el plazo previsto, con las lógicas consecuencias económicas de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el proceso inflacionario de nuestros días.

Por ello, hemos creído conveniente plantear este problema para estudiar cómo la L.E.F. resuelve el mismo y qué medidas establece para paliar los efectos señalados.

El artículo 57 de dicha Ley establece que «la cantidad que se fije definitivamente como justo precio devengará el interés legal correspondiente en favor del expropiado, hasta que se proceda a su pago y desde el momento en que hayan transcurrido los seis meses a que se refiere el artículo 48».

O sea, la Ley concede a la Administración este plazo de seis meses para abonar la indemnización al expropiado y considera este plazo más que suficiente para solventar los trámites administrativos para llegar al pago, pero si a pesar de este plazo no se llega al pago, penaliza a la propia Administración con el

abono del interés legal correspondiente, que, como ya estudiamos en su momento, asciende al 4 por ciento anual.

8.1.2. Retasación

Esta figura de la «retasación» es nueva en nuestro ordenamiento jurídico ya que ni en la Ley de 1879 ni en la de 1902 aparece contemplada la misma, y en el artículo 43 del Reglamento de ejecución de la Ley de 1879, disponía que el propietario de la finca expropiada podía disponer de la misma si la Administración no abonaba la indemnización en el plazo de seis meses.

La L.E.F. ha querido salvaguardar los intereses económicos de los expropiados disponiendo una retasación de los bienes cuando se demore el pago más de dos años, plazo éste que puede considerarse excesivo, y así el artículo 58 de la L.E.F. nos indica que «si trascurrieran *dos años* sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de la expropiación con arreglo a los preceptos contenidos en el Capítulo III del presente Título».

Está claro que esta nueva valoración tendrá que ser solicitada por el particular interesado, el que deberá formular nueva hoja de aprecio en la forma prevista en el artículo 29 de la L.E.F., sin necesidad de ser requerido para ello por la Administración, como se especifica en el artículo 74,2, del Reglamento de dicha Ley.

8.2. TOMA DE POSESION

Nos encontramos en la fase final de la expropiación, ya que hecho efectivo el abono de la indemnización establecida y aceptada por ambas partes, se pasa a la toma de posesión, siempre que no se hubiera hecho ya a virtud del procedimiento excepcional a que se refiere el artículo 52 de la L.E.F. y cuya tramitación hemos estado estableciendo.

Como hemos visto que se había hecho la ocupación inmediata por la declaración de urgencia que contempla dicho artículo, solo queda por cumplimentar la anotación definitiva de la expropiación en el Registro de la Propiedad respectivo, a cuyo fin la Jefatura de Propiedades Militares remitirá a dicho Registro el acta de pago o resguardo del depósito a que se refiere el artículo 60 del Reglamento de la L.E.F., que se considera título bastante para inscribir, y como quiera que según estudiamos en su momento oportuno el acta previa de la ocupación y el resguardo del depósito provisional, habían sido anotados preventivamente

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

en el Registro de la Propiedad, al remitir escrito con el acta de pago, dicha anotación se convierte en inscripción al acreditar el pago o su consignación como previenen a este respecto el número 3 del artículo 60 del Reglamento de la L.E.F. y la Norma 4.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947.

Estos trámites están igualmente previstos en el artículo 39 del Reglamento para ejecución de la Ley de 15 de mayo de 1902, por lo que no existiendo contradicción alguna entre este Reglamento y el General de la Ley de Expropiación Forzosa, estimamos más correcto el aplicar las disposiciones posteriores, en tanto en cuanto no se contradigan.

Con esta última diligencia queda terminado el expediente expropiatorio, el que será elevado a la Capitanía General respectiva por el Gobernador Militar de la Plaza, para su servicio.

9. DERECHO DE REVERSION

Cuando estudiamos la causa de la expropiación decíamos que ésta había de justificarse en una finalidad legal de utilidad pública o de interés social, debiendo de legitimarse, una vez consumada, en el servicio efectivo de esa finalidad legal, por lo que al desaparecer ésta, nos encontramos con la figura conocida por «derecho de reversión», estimando interesante el reseñar el mismo en este modesto trabajo, cerrando el ciclo de una expropiación forzosa.

En efecto, a diferencia de la compraventa, en la expropiación la Administración priva coactivamente al particular de un bien por razones de utilidad pública, por lo que al desaparecer la causa nace el derecho del expropiado a recobrar su propiedad, que, para García de Enterría (27) esta retrocesión es un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación y puede considerarse como la consecuencia de una «invalidez sobrevinida» a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa.

Para el Magistrado Sr. Carretero Pérez (28), la reversión es la frustración del fin esencial de la expropiación o de sus fines conexos, que hace decaer los efectos de la medida, no tratándose, por lo tanto, de la continuación del expediente inicial, sino de un derecho nuevo del expropiado concedido por la Ley en el momento de producirse los supuestos de reversión, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1952.

(27) «Apuntes». Obra citada, pág. 204.

(28) Obra citada, pág. 159.

Este derecho del expropiado a recobrar en su posesión los bienes expropiados, venía ya recogido en la Ley de 10 de enero de 1879 y concretamente en su artículo 43 que decía: «En caso de no ejecutarse la obra que hubiere exigido la expropiación, en el de que aún ejecutada resultase alguna parcela sobrante, así como en el de quedar las fincas sin aplicación por haberse terminado el objeto de la enajenación forzosa, el primitivo dueño podrá recobrar lo expropiado, devolviendo la suma que hubiere recibido o que proporcionalmente corresponda por la parcela». El Reglamento de 10 de marzo de 1881 para aplicación al Ramo de Guerra de la Ley anterior, recogía en el artículo 59 este derecho del expropiado y señalaba los trámites para su ejercicio.

Para los legisladores de la L.E.F., según se expresa en su Exposición de Motivos, «el derecho de reversión ha suscitado singular dificultad, recogiéndose en la Ley un principio de validez inconcusa según el cual, frustrándose por una u otra razón, la obra o servicio que dio causa a la expropiación deben remitir en todo lo posible al menos, los efectos económicos de ésta».

El artículo 54 de dicha Ley determina que: «En el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciere la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio. Se estimará como tal, el valor que tenga la finca en el momento en que se solicite su recuperación, fijado con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo III del Título II de esta Ley.

Cuando entre la ocupación administración y la reversión prevista en este artículo no hayan transcurrido más de dos años, se entenderá que el precio ha de ser el inicial, salvo que en el objeto expropiado se hubieran realizado mejoras o producido daños que afecten a dicha valoración».

A su vez, el artículo 55 de la L.E.F. dice: «El plazo para que el dueño primitivo o sus causahabientes puedan ejercer el derecho de reversión, reconocido en el artículo anterior, será el de un mes a contar desde la fecha en que la Administración hubiera notificado la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público, o desde que el particular comparezca en el expediente dándose por notificado».

Para una mejor comprensión del tema sintetizamos a continuación los supuestos que motivan este derecho, quienes pueden ejercitarlo, justiprecio del mismo y momento en que la reversión se produce.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

A) SUPUESTOS QUE MOTIVAN LA REVERSIÓN

1.º Cuando no se ejecuta la obra o no se establezca el servicio que motivó la expropiación. Viene recogido este supuesto en el artículo 54 antes citado y en el artículo 63, a) de su Reglamento.

2.º Cuando realizada la obra o establecido el servicio, quede alguna parte sobrante de los bienes expropiados.

Está recogido este supuesto en el artículo 63, b) del Reglamento de la L.E.F.

3.º Cuando desaparezca la afectación de los bienes y derechos a las obras o servicios que motivaron la expropiación. Artículo 63, c) del indicado Reglamento.

Como caso típico de este supuesto, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1958 y referente precisamente a expediente seguido en la Capitanía General de Canarias que decía: «Procede la reversión si el Ramo de Guerra o Ejército expropiante con fines militares— ha cedido con posterioridad la superficie e instalaciones a la Junta de Obras del Puerto, Junta que por su naturaleza y finalidad ha de calificarse en el orden administrativo y por oposición a las castrenses de civiles. Constituye una verdadera desafección del servicio militar que no puede esquivarse pretendiendo que la Administración dicte una resolución especial en que directamente reconozca la mutación de fines o que pueda entenderse que basta para impedir el derecho de reversión con que el nuevo objeto sea igualmente de interés público».

B) LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR ESTE DERECHO

Según el artículo 54 de la L.E.F. están legitimados para ejercitar el derecho de reversión:

1.º El primitivo dueño del bien expropiado.

2.º Sus causahabientes, pudiéndose entender como tales a todas aquellas personas que hayan sucedido al titular de los bienes o derechos expropiados como consecuencia de su fallecimiento.

3.º Podrá considerarse legitimado para ejercitar este derecho aquellas personas que hayan sucedido en la titularidad del derecho de reversión en méritos de una transmisión «inter vivos» de tal derecho, que entiende perfectamente practicable el autor Sr. Pera Verdaguer (29).

(29) Obra citada, pág. 371.

C) JUSTIPRECIO DE LA REVERSIÓN

Nos remite el artículo 54 de la L.E.F. a las normas contenidas en el Capítulo III del Título II de esta Ley que trata de la determinación del justo precio, debiéndose entender que, por supuesto, puede llegarse a un mutuo acuerdo entre la Administración y el expropiado, al igual que se podía hacer para expropiar.

La única excepción que marca la Ley, es que si no ha transcurrido un plazo de dos años entre la ocupación administrativa y la reversión, se considerará que el precio ha de ser inicial, salvo que se hubieran hecho mejoras o producido daños, como se indica en el 2.º párrafo del artículo 54 citado.

D) MOMENTO EN QUE NACE EL DERECHO DE REVERSIÓN

Está previsto en el artículo 55 de la L.E.F. el cual señala el de UN MES a contar desde la fecha en que la Administración hubiera notificado la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público, o desde que el particular comparezca en el expediente dándose por notificado.

A su vez el artículo 64 del Reglamento señala el plazo de CINCO AÑOS sin que la Administración hubiera iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio o DOS AÑOS desde la fecha prevista a este efecto, los titulares podrán advertir a la Administración de su propósito de ejercitar la reversión, pudiendo efectivamente hacerlo si transcurren otros dos años, desde la fecha del aviso, sin que se hubiera iniciado la ejecución o establecido el servicio.

Por último, y por lo que se refiere a este derecho, queremos dejar aclarado que cuando el pago de la indemnización de la expropiación se hizo mediante mutuo acuerdo entre la Administración y el expropiado subsiste el derecho de reversión, puesto que nos encontramos ante una venta forzosa, en la que existe acuerdo en el precio, pero subsistiendo las demás características propias de una transferencia coactiva, que supone la expropiación.

Por el contrario, no es aplicable el derecho de reversión cuando la venta o enajenación de los terrenos a la Administración, tuvo carácter voluntario y no dentro de las coactivas normas de la expropiación, como afirma el Sr. Pera Verdaguer (30) al recoger la Sentencia de 26 de febrero de 1931.

(30) Obra citada, pág. 363.

10. REQUISAS MILITARES

Otra de las limitaciones del derecho de propiedad reconocido en nuestras leyes y que recoge la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, es el de las requisas militares, que parece oportuno analizar aunque sea someramente, por la indudable importancia que puede tener en tiempos de guerra, siendo la causa y fundamento de la misma la imperiosa necesidad militar por causas de guerra o de movilización total o parcial, variando como es natural la intensidad de la requisa, del mayor o menor grado de la movilización.

A continuación analizaremos su concepto, legislación vigente, clases de requisas y procedimientos para llevarla a cabo.

10.1. CONCEPTO DE LA REQUISA

Para el Magistrado Don Adolfo Carretero Pérez (31), la requisa consiste en «la privación temporal de un bien, económico o no, dispuesta coactivamente por la Administración Militar en los casos señalados por la Ley y compensada mediante adecuada indemnización».

Como puede observarse las dos características principales son la privación coactiva de un bien y la adecuada indemnización económica diferenciándose únicamente con la expropiación, en que esta figura suele tener carácter temporal y mientras duren las circunstancias que la produjeron.

Según el artículo 1.º del Reglamento de Estadística y Requisición para la aplicación del Anexo número 3 de la Ley de 29 de julio de 1918, aprobado por Real Orden Circular de 13 de enero de 1921 (C. L. 16, Apéndice núm. 2), el derecho de requisición «es el que faculta al Estado para disponer de las personas y sus bienes, en ocasión de guerra y en determinadas circunstancias de la paz».

A su vez, el artículo 101 de la L.E.F. determina «que en tiempo de guerra y en caso de movilización total o parcial que no sea para maniobras, las Autoridades Militares podrán utilizar, previa requisa, toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, prestaciones personales y, en general, todo cuanto sirva directa o indirectamente a los fines militares».

(31) Obra citada, pág. 47.

10.2. *LEGISLACION VIGENTE SOBRE REQUISAS MILITARES*

Como estudiamos en su momento al referirnos a la expropiación forzosa, la L.E.F. disponía en su artículo 107 que «un Reglamento especial, dictado por la Presidencia del Gobierno, previo informe del Consejo de Estado, desarrollará para su aplicación las normas contenidas en este Capítulo».

Al no haberse dictado hasta la fecha el mencionado Reglamento, se hace preciso determinar previamente la legislación que estimamos vigente sobre este particular y creemos que la misma es la siguiente:

— ANEXO NUMERO 3, sobre requisas y estadística aprobado por Ley de 29 de junio de 1918 (C. L. 169), sobre Bases para la reorganización del Ejército.

— REGLAMENTO DE ESTADISTICA Y REQUISICION para la aplicación del Anexo número 3 de la Ley de 29 de junio de 1918, aprobado por *Real Orden Circular de 13 de enero de 1921* (C. L. 16 Apéndice núm. 2).

— LEY EXPROPIACION FORZOSA de 16 de diciembre de 1954 («B. O. E.» 351), y concretamente sus artículos 101 al 106.

— LEY N.º 50/1969 de 26 de abril («B. O. E.» 101), Ley Básica de Movilización Nacional, y muy en particular sus artículos 14 y 15.

Como hicimos constar en su momento oportuno y al hablar de la prelación de las normas, creemos que en primer lugar debe aplicarse la L.E.F. y en lo que no esté determinado en ella y mientras no exista contradicción, deben de aplicarse las disposiciones militares citadas.

10.3. *CLASES DE REQUISAS*

Podríamos hacer una clasificación de:

- REQUISAS MILITARES y
- REQUISAS CIVILES.

Como para este trabajo lo que nos interesa es la primera de ellas, a su vez podemos las requisas militares subdividir las en tres grupos:

- REQUISAS EN TIEMPO DE GUERRA
- REQUISAS EN TIEMPO DE PAZ
- REQUISAS EN TERRITORIO ENEMIGO.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

Las requisas en tiempo de guerra, o requisiciones como las llaman nuestros Reglamentos Militares, están contempladas en los artículos 101 y 103 al 106 de la L.E.F., así como en los artículos 6.º al 11 del Anexo número 3 citado; y artículos 4 al 9 de su Reglamento; mientras que las de tiempo de paz están previstas en el artículo 102 de la L.E.F., artículos 12 al 15 del Anexo y 10 al 30 de su Reglamento. Por último, las que puedan efectuarse en territorio enemigo, las determina el artículo 5 del Anexo, al decir que se efectuará dentro de lo establecido en los Convenios internacionales signados por España, ajustándose en lo posible a las reglas que se establecen en el Anexo.

10.4. PROCEDIMIENTOS PARA LLEVARLAS A CABO

10.4.1. EN TIEMPO DE GUERRA Y EN CASO DE MOVILIZACIÓN TOTAL O PARCIAL

En este supuesto y como imperiosa necesidad militar motivada por caso de guerra o de pre-guerra esta requisas afecta a toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, prestaciones personales y, en general, todo cuanto sirva directa o indirectamente a los fines militares, como se especifica en el artículo 101 de la L.E.F., correspondiendo este derecho de requisas a la Autoridad Militar reglamentariamente determinada, la cual podrá delegar su ejercicio dentro de los límites autorizados (artículo 104 de la L.E.F.), ampliando el concepto de estas Autoridades el artículo 4.º del Reglamento, el que determina las Autoridades que pueden ejercitar este derecho y que son: 1.º El Ministro de la Guerra. 2.º El General en Jefe del Ejército. 3.º Los Comandantes Generales del Ejército, Cuerpo de Ejército y Región y 4.º Los Jefes de Divisiones, Brigadas y otros núcleos de fuerzas que, con carácter independiente o aislado, desempeñen alguna misión especial.

La L.E.F. no señala qué requisitos han de formalizarse para ejercitar este derecho de requisas, sin duda, pensando en que se recogieran éstos en el oportuno Reglamento a dictar, por lo que tenemos que acudir a las disposiciones militares antes citadas y concretamente en el artículo 4.º del Anexo 3 en que indica que son requisitos indispensables a toda requisición:

a) La orden previa, dada por escrito, puntualizando la clase y cuantía de la prestación, y siempre que sea posible y el caso lo requiera, la duración del servicio reclamado y

b) Un recibo inmediato de la misma.

La única limitación de este derecho de requisita está señalada en el artículo 103 de la L.E.F. cuando dice: «En ningún caso se podrá exigir la requisita de recursos superiores a los que posean los Municipios, debiéndoseles respetar siempre los víveres necesarios para alimentación civil durante un período prudencial». El artículo 11 del Anexo impone las siguientes limitaciones:

a) Sólo podrán exigirse a los Municipios en proporción a los recursos de la localidad, sin obligarlos a que se procuren de fuera mayores cantidades, ni se provean de los que no existen en ellos.

b) Deben dejarse al Municipio existencias de víveres para alimentación de las familias, por lo menos para tres días, a juicio de la Autoridad requisadora.

c) En los establecimientos o granjas agrícolas han de estar reservados granos y provisiones de boca para ocho días, ampliando a quince la provisión de paja, heno y forrajes, a juicio de la propia Autoridad.

Para llevar a efecto la requisita, las Autoridades Militares designadas dirigirán las oportunas órdenes a los Ayuntamientos, cuyos Alcaldes serán responsables de su cumplimiento, pudiéndose prescindir de esta Autoridad local cuando se halle suspendido de sus funciones el Ayuntamiento, si en casos urgentes se retardase la requisición en puntos distantes de la residencia municipal y cuando resulte evidente la ineficacia de la gestión del Ayuntamiento, como se detalla en el artículo 17 del Anexo, supliendo esta intervención con la de algún vecino mayor de edad y remitiendo a la Alcaldía la relación de lo requisado, según dispone el artículo 16 de su Reglamento.

Este Reglamento determina en sus artículos 22 al 51 la forma de hacer estas requisas según se trate de mercancías, locales tanto públicos como particulares, fabricas, talleres, establecimientos industriales y minas, embarcaciones, balsas, pontones o gabarras, ganado, automóviles y carruajes, a cuyos artículos nos remitimos, puesto que para cada una de ellas se indican los trámites que se deben practicar y que resulta innecesario repetir.

10.4.2. EN TIEMPO DE PAZ

Está previsto este caso en el artículo 102 de la L.E.F. al decir: «1.—Fuera de los casos previstos en el artículo anterior (en caso de guerra o de movilización total o parcial), únicamente podrán

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

ser objeto de requisa: los alojamientos para personal, ganado y material; las raciones de pan y pienso, así como el combustible y el alumbrado, el alojamiento y cuanto sea necesario para la asistencia a enfermos y heridos; los medios terrestres, marítimos o aéreos para locomoción o transporte de personal, ganado o material de los ejércitos o sus servicios. La duración máxima de estas dos últimas prestaciones no excederá de 24 horas cada vez.

2. En períodos de grandes maniobras de concentración de fuerzas, se podrán también requisar por la Autoridad Militar correspondiente, propiedades rústicas y urbanas como medios auxiliares para las maniobras, con las limitaciones y formas señaladas en los Reglamentos especiales.

3. También se podrá acordar por Decreto, la requisa, en vía de ensayo de todos los medios útiles de locomoción y transporte, tanto de índole animal como económica».

Las Autoridades Militares competentes para ordenar estas requisas en tiempo de paz son: 1.º El Ministro de la Guerra. 2.º Los Capitanes Generales de Región. 3.º Los Generales en Jefe, Comandantes Generales de Ejército, Jefes de División, Brigada y otros núcleos de fuerza que, con carácter independiente o aislado, desempeñen cualquier misión especial, según determina el artículo 10 del Reglamento de 1921.

A su vez en los artículos 52 al 68 de este Reglamento se recogen las normas sobre requisas de alojamientos; en los artículos 69 al 85 sobre ganado, carruajes y automóviles, que dada su prolijidad resulta innecesario su detalle.

10.5. INDEMNIZACION DE LA PRESTACION

Según el artículo 105 de la L.E.F. «toda prestación por requisa da derecho a una indemnización por el importe del servicio prestado, del valor objetivo de lo requisado, o de los daños y desperfectos que por su causa se produzcan». Este artículo es copia fiel del artículo 2 del Anexo número 3 de Requisa y Estadística que tantas veces hemos citado.

El artículo 40 del citado Anexo contemplaba la constitución de comisiones para valoración de las prestaciones exigidas por vías de requisición distinguiéndolas en provinciales, una central y otras especiales, señalando en los artículos siguientes los miembros que integraban las mismas.

La L.E.F. en su artículo 106 distingue también tres clases de comisiones Provinciales de estas Valoraciones y las Comisiones Especiales de Valoraciones.

La primera de ellas debe nombrarse por Decreto y estará compuesta por representantes de los Ministerios Militares y de los Civiles y demás organismos más directamente relacionados con las requisas, formando parte de ella un General y un Jefe de los Cuerpos de Intendencia y de Intervención de cada uno de los Ejércitos de Mar, Tierra y Aire, y un Auditor (párrafo 2.º del artículo 106).

Las segundas estarán compuestas por cinco Diputados Provinciales designados por el Presidente de la respectiva Diputación Provincial y un Jefe de Intendencia y otro de Intervención de cualquiera de los Ejércitos, y será presidida por quien designe la Autoridad Militar (párrafo 3.º de dicho artículo 106).

Y por último, las Comisiones Especiales de Valoraciones, podrán constituirse, en su caso, en territorios ocupados, sin que el párrafo 4.º del artículo 106 de la L.E.F. señale su composición, por lo que tendremos que acudir al artículo 48 del Anexo núm. 3 en el que dice que «se compondrán de una mayoría militar a la que deberá prestar su concurso el personal civil con cargo oficial en las poblaciones ocupadas, y, a no ser posible, particulares de autoridad y competencia».

Puede observarse en este supuesto lo que venimos afirmando en este trabajo en lo que hace referencia a la prelación de normas. Acudimos a la Ley de Expropiación Forzosa como fuente legal principal y a las disposiciones militares privativas, en tanto en cuanto no exista contradicción entre ambas o no se encuentre el caso previsto en la L.E.F. como en el caso citado de las Comisiones Especiales de Valoraciones.

Las misiones de la Comisión Central serán las de establecer las tarifas uniformes para las prestaciones que lo requieran, redactar las bases de valoración para que sirvan de norma a las Provinciales, examinar y aprobar las tarifas que éstas señalen, así como fijar a las mismas los precios que son objeto de consultas. A su vez las de las Comisiones Provinciales serán las de señalar los precios a las prestaciones para las que no exista tarifa general, elevándolas a la aprobación de la Central, señalando también con posterioridad las indemnizaciones de requisas que no figuren en tarifa alguna. Y por último, las misiones de las Comisiones Especiales de Valoraciones serán pura y simplemente las de hacer las valoraciones con las comprobaciones pertinentes, a los fines de que, terminado el período de guerra, se resuelva sobre el derecho al percibo de la indemnización. Todas estas misiones vienen especificadas en el artículo 106 de la L.E.F.

En cuanto a la forma de valorar las indemnizaciones, éstas se determinan en los artículos 137 al 164 del Reglamento de Estadística y Requisición de 1921, los que estimamos son suficientemente claros por lo que omitimos su repetición, siendo esta dis-

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL EJÉRCITO DE TIERRA

posición legal la aplicable, toda vez que la L.E.F. no entra a regular esta materia, sin duda, pensando en la publicación posterior del Reglamento específico militar.

No todas las prestaciones son indemnizables, ya que tanto el artículo 21 del Anexo núm. 3, como el párrafo 3 del artículo 105 de la L.E.F. excluye de las mismas a la prestación de alojamiento, tanto en casas particulares como en edificios públicos, de las Fuerzas de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y demás personas afectadas a los mismos. La forma de prestar este servicio está regulada en los artículos 22 al 27 de dicho Anexo.

Y por último, nos cabe decir, y con ello terminamos, que las indemnizaciones que hayan de abonarse por requisas practicadas, y cuyo pago no se haya verificado en un plazo de tres meses, a partir de la fecha en que se efectuó la requisita, devengarán el interés legal que como vimos en su momento oportuno está fijado en un 4 por ciento. Ello está imperativamente señalado en el párrafo 2.º del artículo 105 de la L.E.F., el que amplió el plazo de 45 días que para estos efectos señalaba el artículo 3.º del Anexo, aunque este plazo debería contarse a partir de la fecha del documento de haber.

Con ello doy fin a este trabajo sobre Expropiación Forzosa en el Ejército, que sólo tiene por finalidad el impartir unos conocimientos muy generales sobre estas cuestiones para los no versados en estas materias, desmenuzando la Ley y compaginando la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, con las disposiciones militares sobre expropiación aún vigentes, lo que nos lleva a la conclusión de la necesidad imperiosa de que se dicte un Reglamento que regule la expropiación forzosa en el Ministerio de Defensa, con lo que se lograría, aparte de la unificación de la legislación administrativa militar de los tres Ejércitos, una mayor celeridad y una mayor claridad en la tramitación de estos expedientes, lo que resultaría beneficioso, no sólo para los intereses generales del Ministerio de Defensa, sino también repercutiría favorablemente en los de los expropiados, ya que no nos podemos olvidar que es fundamental que el expropiado no sufra perjuicio alguno, lo que es trascendental no sólo para los interesados, sino para el orden social, como se afirmaba por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de junio de 1956.

BIBLIOGRAFIA

1. CARRETERO PÉREZ, ADOLFO: «Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa». Edición marzo 1966.
2. Código Civil Español.
3. Constitución Española 1876.
4. Constitución Española 1978.
5. Fuero de los Españoles 1945.
6. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: «Apuntes de Derecho Administrativo». Tomo VI, 1970-1971.
7. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: «Código de Leyes Administrativas». 1974.
8. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN: «Curso de Derecho Administrativo II». Editorial Civitas, Madrid, 1977.
9. GARRIDO Y FALLA, FERNANDO: «Tratado de Derecho Administrativo». Madrid, 1962.
10. PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN: «La Expropiación Urgente». Instituto Estudios Administración Local, 1969.
11. PERA Y VERDAGUER, FRANCISCO: «Expropiación Forzosa». 2.ª edición, 1970.
12. RAQUEJO ALONSO, ANTONIO: «Administración Económica Militar». Edición 1968.
13. RODRÍGUEZ MORO, NEMESIO: «La Expropiación Forzosa». 2.ª edición, 1962.
14. RODRÍGUEZ OLIVER, JOSÉ MARÍA: «Expropiación Forzosa». Ediciones ICAI, 1979.

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

Por Ramón BLECUA FRAGA

Teniente Coronel Interventor de la Armada
Profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCION

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La problemática de los secretos de Estado, dentro de los que se encuentran los secretos militares, ha sido poco estudiada desde el punto de vista jurídico-penal y realmente entendemos que se trata de una materia de importancia, acerca de la cual han de tener los miembros de las fuerzas armadas unos conceptos claros, sin perjuicio de la especialización propia de quienes de modo preferente han de ocuparse de estas cuestiones.

La actividad informativa es un hecho que no puede desconocerse y, sin extendernos en otras consideraciones, es evidente que nuestra nación, como cualquier otra, puede verse amenazada por un ataque armado proveniente de otra potencia extranjera, a la que le resultaría de gran utilidad disponer de los datos más completos sobre nuestra eficacia bélica, sobre nuestros recursos esenciales y centros neurálgicos, desarrollo industrial y científico, etcétera (1). Por ello, es preciso contar con unos dispositivos de seguridad que formen la cobertura adecuada para evitar que informaciones de vital importancia para la nación sean divulgadas o transferidas a personas no autorizadas, lo cual requiere una facultad por parte de los poderes públicos para definir el

(1) «La victoria acompaña al que primero destruya los centros vitales del adversario y ello depende de un perfecto conocimiento de sus recursos esenciales, lo que implica un espionaje intenso en tiempo de paz, ampliado a las actividades, no sólo militares, sino políticas y económicas de la futura víctima (J. LEAUTE: *Secret militaire et liberté de la presse*. Strasburgo, 1957).

carácter secreto y reservado de una determinada materia, que se pone a cubierto de posibles indiscreciones, disponiéndose de una normativa de carácter administrativo y penal, las primeras de naturaleza preventiva y las segundas de tipo represivo.

Los secretos de Estado abarcan un amplio espectro, que brevemente vamos a apuntar:

a) *Militares*: Si afectan a las fortificaciones, planes de operaciones de las fuerzas armadas, armamento, equipo, material, medios de combate, sistemas de aprovisionamiento y otros medios de apoyo a la fuerza, etc.

b) *Diplomáticos*: Si se refieren a las medidas que procedería adoptar con ciertos países en determinadas circunstancias, juicio que merecen, según las informaciones de nuestro personal diplomático, acuerdos y tratados internacionales en cuanto a cláusulas reservadas, etc.

c) *Políticos*: Relativos a normas y planes para el mantenimiento de la seguridad interior del Estado, protección de autoridades y organismos superiores de la nación, seguridad ciudadana y orden público, etc.

d) *Industriales*: Es cada vez más necesaria la atención a aquellos conocimientos científicos y procesos industriales de interés para la defensa nacional y material de guerra, debiendo el Estado disponer de un control que impida, en ciertos casos, la transferencia de patente al extranjero e, incluso, su explotación por la industria privada, previa la correspondiente compensación.

e) *Económicos*: Concernientes a planes a desarrollar en determinados sectores de la economía nacional y fuentes de riqueza vitales para la nación.

Si bien la mayoría de las legislaciones penales aluden en la descripción de las figuras delictivas a los secretos de Estado, en general, hemos comprobado que desde la iniciación de la época codificadora se ha venido haciendo especial referencia a secretos propiamente militares. Así por ejemplo, en nuestro primer Código Penal de 1822 se castigaba con graves penas al funcionario público que estando encargado por razón de su oficio del depósito de *planos o diseños de fortificaciones, puertos o arsenales*, entregare a sabiendas alguno a los agentes de potencia extranjera, castigando también a la persona no cualificada que lograra sustraer o descubrir estos secretos por medio del soborno, seducción, violencia o fraude (art. 257). En el Código de 1848 se castiga el suministro al enemigo de *planos de fortalezas o de terrenos*, datos o noticias que le favorezcan.

En la legislación extranjera (histórica) podemos citar en este sentido la ley alemana de 3 de julio de 1893, sobre violación de *secretos militares*, modificada en 3 de junio de 1914, y la ley francesa de 18 de abril de 1886, substituida por la de 26 de enero de 1934, en la que ya se contemplan formas de *espionaje en campaña* y la prohibición de levantar planos topográficos en las proximidades de *plazas fuertes y el franquear zonas de seguridad de obras de defensa y establecimientos militares*.

2. NOCION DE SECRETO MILITAR

Definimos el secreto militar como todo dato, conocimiento, objeto o procedimiento (se encuentre o no materializado en instrumento tangible) que afecte a la eficacia o preparación defensiva u ofensiva, de las fuerzas armadas y deba de ser guardado en interés de la defensa militar de la Patria.

En primer término hemos de destacar el carácter espiritualista del secreto, ya que durante mucho tiempo se vino ligando el secreto al documento que lo contiene, llegándose a situaciones inexplicables, pero históricas, como el caso resuelto por un tribunal francés en el que un militar fue acusado de suministrar cartuchos de pólvora, marca «Lebel», a agentes de potencia extranjera, teniendo que equiparar este producto a documento, a fin de poder condenar al culpable (2).

Ciertamente en general los secretos pueden incorporarse a un escrito u otro instrumento físico, que se archiva y custodia en cajas de seguridad, que a su vez se alojan en lugares dotados de especial vigilancia; pero en otros casos esto no es posible y no por ello puede renunciarse a la protección legal, en razón al grave perjuicio que tal divulgación puede acarrear a la nación. En tal sentido es significativa la ampliación del objeto material de los secretos, bautizado con el nombre de espionaje abierto, en la doctrina francesa, y teoría del mosaico, en la doctrina alemana, ya que se trata de informaciones que pueden recogerse por cualquier observador, tales como concentración de efectivos militares, levantamiento de planos topográficos, etc., y se transmiten a otra potencia, o a sus agentes.

El objeto jurídico se centra en la defensa militar de la nación, que constituye la razón de ser de los Ejércitos, según proclama el artículo 3 de las Reales Ordenanzas de 28-12-78, los cuales se hallan en alerta permanente velando por la seguridad de la Patria. Sin embargo, es preciso recalcar que la defensa militar aunque supone un componente esencial de la defensa nacional, no puede confundirse con ésta, se encuentran en la relación de gé-

(2) A. Salinié, Sentencia de 24 de enero de 1889.

nero a especie, y así lo define la reciente Ley de criterios básicos de la Defensa Nacional, de fecha 1 de julio de 1980, cuando señala que su finalidad es garantizar de modo permanente la unidad, soberanía, independencia de España, su seguridad e integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, mediante la acción coordinada de todas las energías y fuerzas materiales y morales de la nación ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin (art. 2).

Entiendo que las constantes referencias en el vigente Código de Justicia Militar a los secretos e informaciones que interesen a la defensa nacional, deberían ser modificadas en el sentido de concretarse a la defensa militar para adecuarse al cometido que le es propio y sin perjuicio de otras reformas en sus preceptos, en que la materia de los secretos se halla tratada de forma dispersa y anárquica, como luego veremos.

El objeto material de los secretos militares está determinado por aquellas materias que se refieren a la eficacia y preparación de las fuerzas armadas y no deban de trascender más allá del círculo de personas que por razón de su cargo tengan que conocer de los planes, programas, desarrollo e investigaciones técnicas, armamento, construcciones, sistemas de apoyo logístico, adiestramiento de unidades, preparación del personal, etc.

La organización militar cuenta con los servicios de seguridad correspondientes para evitar la fuga de la documentación secreta o reservada, y con personal de vigilancia en los centros y establecimientos que por su naturaleza lo requieran.

Como advierte Turpault, la noción del secreto de Estado requiere ser continuamente revisada, rectificada y ampliada; ajustándonos al secreto militar, objeto de nuestro estudio, y teniendo en cuenta la complejidad de cuestiones que plantea desde el punto de vista jurídico, ha merecido la atención del Instituto de Ciencias Criminales y Penitenciarias de Estrasburgo, dando lugar a unas reuniones de trabajo, que se celebraron en el año 1955, a las que asistieron especialistas de Derecho penal y de Derecho militar y se recogieron en un libro, publicado dos años más tarde por J. Leaute, bajo el título «*Secret militaire et liberté de la presse*».

Las cuestiones que han sido examinadas por los congresistas han sido fundamentalmente:

- A) Procedencia de una definición legal del secreto de la defensa nacional.
- B) Diferenciación entre el referido secreto y otros que afecten al Estado.
- C) Si la autoridad administrativa puede completar la definición legal por vía de decretos y otras resoluciones.

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

- D) Conveniencia de extender la protección del secreto a países aliados.
- E) Intervención de la Administración en los procesos judiciales sobre la materia y posible vinculación del juez a su dictamen.
- G) Si la jurisdicción (ordinaria o especial) ha de atenerse a la previa declaración de secreto, por la Administración.
- H) Tratamiento penal del llamado espionaje periodístico.

Las legislaciones que con posterioridad a este Congreso han modificado las disposiciones relativas a los secretos de Estado han sido las de Francia y República Federal Alemana, tratando de dar respuesta a algunos de los problemas debatidos; por ello, al constituir la normativa más reciente sobre la materia, haremos un comentario a su articulado.

A) FRANCIA (*legislación penal*)

La legislación penal francesa puede anotarse el mérito de haber construido toda la normativa de protección de los secretos de la defensa nacional en la sección segunda del primer capítulo, título primero, libro tercero del Código, que, a partir de la reforma de 4 de junio de 1960, lleva la rúbrica general de «Crímenes y delitos contra la seguridad del Estado».

Hemos de advertir que determinadas conductas relacionadas con tal materia, quedan sustraídas a dicha regulación en razón a la finalidad que persigue el sujeto activo (perjuicio a la defensa nacional o favorecimiento a potencia extranjera), en cuyo caso integran el crimen de traición (si lo comete un nacional o miembro de sus fuerzas armadas) o el de espionaje (si el culpable es de nacionalidad extranjera o apátrida), a tenor de lo dispuesto en los artículos 72 y 73 del Código Penal. Por consiguiente, el espionaje no aparece indisolublemente vinculado a los secretos de Estado, para lograr una autonomía que indudablemente le correspondía, poniendo término al confusionismo todavía existente en muchas legislaciones.

El sujeto activo de los delitos comprendidos en la sección segunda, «Otros ataques a la defensa nacional», puede ser tanto un nacional como un extranjero, sin que ello implique una agravación en la penalidad, salvo que se trate del depositario por razón de la función o cualidad del informe en cuestión.

El legislador francés elude la definición de lo que ha de entenderse por secreto de la defensa nacional, cuya determinación compete a los Tribunales; sin embargo, interesa señalar que el objeto de protección no queda limitado a dichos secretos, sino que, siguiendo la línea actual, se amplía a las informaciones militares no hechas públicas por la autoridad competente o cuya divulgación sea de naturaleza manifiesta a perjudicar a la defen-

sa nacional (art. 78), así como a los inventos que interesan a la defensa nacional y a los procesos de fabricación relativos a invento o aplicación industrial que afecte a la misma (art. 77). En este aspecto tiene interés el castigo de las inteligencias sostenidas con agentes extranjeros que por su naturaleza puedan perjudicar la situación militar o diplomática de Francia o sus intereses económicos esenciales (art. 80, núm. 3).

El objeto material queda concretado en: informes, objetos, documentos o procedimientos, con lo que parece aferrarse a la materialidad del continente, cuando sería más adecuado referirse a conocimientos, estén o no recogidos en un objeto material.

La acción comprende todo el proceso de la actividad informativa, como la búsqueda, apropiación, transmisión, divulgación y destrucción de las informaciones protegidas por razón de interés nacional (art. 76), incluyéndose las conductas omisivas (dejar sustraer, dejar destruir).

Se incriminan unas conductas que tradicionalmente venían considerándose como espionaje indiciario, en el sentido de que hacían suponer que quien las llevaba a cabo pretendía lograr informaciones con vistas a transmitir las a otra potencia:

a) Introducción bajo falso nombre o disfraz en establecimientos militares o instalaciones que interesen a la defensa.

b) Organización de un medio de transmisión a distancia ocultamente susceptible de perjudicar a la defensa nacional.

c) Toma de fotografías de instalaciones que afecten a la defensa.

d) Sobrevolar territorio francés por aeronave extranjera sin la autorización correspondiente.

e) Estacionamiento prohibido en un radio determinado próximo a establecimientos defensivos.

f) Comunicación de medidas tomadas para descubrir a autores y cómplices de delitos comprendidos en las secciones I y II del capítulo primero, y a la marcha de las pesquisas e instrucción de causas ante la jurisdicción competente (art. 79).

Presenta singular importancia el examen del artículo 74 que representa una figura puente entre los crímenes de la sección I y los delitos de la sección II, ya que castiga al que con intención de entregarlos a potencia extranjera, acopia informes, objetos, documentos o procedimientos, cuya reunión o explotación sean de naturaleza a perjudicar a la defensa nacional. Se ha querido dar entrada al denominado espionaje abierto, extendiendo la protección a informaciones que no revisten el carácter de secreto

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

por la sencilla razón de que pueden desarrollarse los acontecimientos a la vista de cualquier curioso, como sería el movimiento de efectivos militares, su concentración en zonas fronterizas o conflictivas, así como la toma de fotografías o levantamiento de planos en lugares de la costa, a gran escala, pero hechos de tal forma que puedan facilitar un eventual desembarco.

En consecuencia, hemos de indicar que se produce una gran ampliación en materia de secretos de la defensa porque el legislador prescinde de aquel elemento que suponía la clandestinidad, hoy estos delitos pueden cometerse por cualquier medio. Además, las informaciones no precisan la guarda por un número reducido de personas, según dice el artículo 74, y su comisión puede ser tanto dolosa, como culposa, como reconoce expresamente el último párrafo del artículo 75.

Las disposiciones comentadas sobre protección de los secretos e informaciones concernientes a la defensa nacional pueden extenderse también a las de los Estados de la comunidad francesa y a los países aliados o amigos de Francia, tanto en tiempo de paz como en época de guerra, si así lo acuerda el Gobierno, mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros y previo informe del Consejo de Estado (art. 103).

B) *REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA* (*legislación penal*)

El Código penal alemán modificó los preceptos dedicados a los secretos de Estado y en general a los delitos contra la seguridad exterior del Estado, por Ley de 18 de julio de 1968.

Concretándonos al tema que nos ocupa, destacaremos tres cuestiones que son abordadas por la reforma:

- a) el concepto legal de secreto de Estado;
- b) tratamiento penal del llamado secreto ilegal;
- c) el problema de la sanción al espionaje periodístico.

a) El legislador alemán ha seguido el criterio de definir el secreto de Estado como «hechos, objetos o conocimientos de exclusivo acceso a un reducido número de personas, que deben de guardarlo frente a una potencia extranjera para evitar el peligro de un grave perjuicio para la seguridad exterior de la República Federal Alemana».

Son dignas de destacar las siguientes notas:

a') Su proyección marcadamente internacional, ya que se aprecia el claro propósito de proteger la independencia y soberanía de la nación frente a una potencia extranjera, en tal sentido

se opera una primera restricción del concepto expuesto, ya que otro tipo de secreto que no atente a la seguridad exterior del Estado, no es objeto de punición con arreglo a este precepto. Hemos de advertir que no ha de contemplarse sólo la guerra de agresión o intervención armada, sino también otras formas de enfrentamiento, tales como bloqueos, etc., pero en todo caso de tal entidad que merezcan el calificativo de graves.

b') La amplitud con que se concibe su objeto, que abarca no sólo objetos, sino también conocimientos, con lo que se evitan los inconvenientes aludidos cuando se pretende una equiparación a documentos o elementos materiales, lo que resultaría insostenible.

c') La referencia al reducido número de personas viene a contraponerse al denominado espionaje abierto, que con la titulación de actividad de agentes de servicios secretos, toma carta de naturaleza en el parágrafo 99 del Código penal, como luego veremos.

Se califica como *alta traición* la comunicación de un secreto de Estado a una potencia extranjera o a sus intermediarios con el fin de favorecerla o para perjudicar a la R.F.A. Se destaca aquí el «*animus hostilis*», que tantos problemas plantea en el orden probatorio y tanta trascendencia tiene en cuanto a la sanción penal.

Se castiga también a quien transmita dicho conocimiento a persona no autorizada o al público, con idéntico fin.

La penalidad que, en general, se fija en prisión no inferior a un año, sufre una agravación que puede llegar a cadena perpetua en los supuestos de obrar el sujeto con abuso de cargo, destino o posición y también si, a consecuencia del hecho, se hace peligrar especialmente la seguridad exterior de la R.F.A.

Hemos de hacer referencia al denominado secreto de Estado aparente, tipificado en el parágrafo 100-A, que castiga al que tramite o haga público asuntos falsificados o falseados, informes sobre los mismos o da falsas afirmaciones de hechos tangibles, que en caso de ser auténticas o verdaderas fuesen de importancia para la seguridad exterior o las relaciones de la R.F.A. con potencia extranjera, con objeto de hacer ver a ésta que se trata de objetos o hechos auténticos y provocar así un peligro de grave perjuicio a Alemania. Asimismo se castiga al que confecciona los objetos falseados o los proporciona para engañar a la potencia extranjera.

La *traición por espionaje* se contempla en el parágrafo 96, que castiga al que se procura secretos de Estado para darlos a conocer a otros. Es significativo este confucionismo entre dos figuras delictivas que debieran de presentar propia autonomía.

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

Singular semejanza con la figura anterior presentan las conductas descritas en los párrafos 98 y 99 relativas a la actividad de agentes traidores y agentes de servicios secretos, respectivamente. El primero de los preceptos castiga a quien ejerza una actividad semejante a favor de una potencia extranjera o de sus agentes; el segundo precepto pune a quien ejerza para el servicio secreto de una potencia extranjera una actividad de este carácter contra la R.F.A. dirigida a la comunicación o suministro de hechos o conocimientos así como a quien esté dispuesto, frente al servicio secreto de una potencia extranjera, para una actividad semejante.

En ambos casos se pretende sancionar la creación de núcleos informativos para los centros de inteligencia extranjeros y, por consiguiente, se requiere una conexión o contacto, aunque sea esporádico con tales organizaciones, siendo destacable la referencia a la actitud del sujeto activo con la expresión «esté dispuesto», que no requiere la efectiva transmisión de informes a los agentes exteriores. Frente a la dureza de estos preceptos se establece la facultad de los Tribunales para rebajar la pena a su criterio o prescindir de la misma si el autor desiste voluntariamente de su conducta y pone en conocimiento de la autoridad los hechos, medida que estimamos muy acertada desde todos los puntos de vista.

Frente a las notas comunes que hemos señalado, presenta el párrafo 99 una diferencia importante, cual es la no referencia al secreto de Estado. Como hemos visto en la definición legal se alude al acceso a un reducido número de personas, por lo que no podrían perseguirse las informaciones basadas en la observación de hechos notorios, como podrían ser los movimientos y concentraciones de tropas, unidades navales y aéreas, etc., cuando estos datos, transferidos a los agentes de un eventual enemigo, pueden acarrear graves consecuencias para la nación. Esta ampliación en cuanto al objeto de la información es digna de alabarse y así se ha reconocido por la doctrina, calificándose de teoría del mosaico, recibiendo el nombre de espionaje abierto en la doctrina penal francesa.

b) El llamado secreto ilegal carece en general de protección penal por oponerse a las normas constitucionales del Estado, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 93 (2); sin embargo, se castiga solamente cuando se da a conocer a una potencia extranjera o a sus agentes y ponga en peligro de grave perjuicio a la seguridad exterior de la R.F.A. (párrafo 97-A).

Se aprecia en este supuesto y en el contemplado en párrafo 99, ya comentado, una ampliación del campo de acción de estos delitos que, llenando una laguna importante, sancionan conductas en las que está ausente el secreto de Estado.

El problema de la errónea calificación acerca de la ilegalidad del secreto de Estado está previsto en el párrafo 97-B.

c) El espionaje periodístico y el complejo problema de la posibilidad o no de comisión culposa en estas infracciones es resuelto en el párrafo 97, que castiga al que hace llegar secretos de Estado, mantenidos como tales por un organismo oficial o por orden del mismo, a persona no autorizada o *los da a conocer públicamente y, a consecuencia de ello por negligencia, hace peligrar gravemente la seguridad exterior de la R.F.A.*

Este precepto a venido a dar solución y completar el párrafo 94, que se aferra al tradicional de requisito de la finalidad de favorecer a potencia extranjera, por tanto en los casos de enjuiciamiento de periodistas principalmente, que divulgaban informaciones secretas por medios de comunicación social, se alegaba por la defensa la ausencia de una intención de perjudicar a la propia nación. A nuestro juicio el legislador se ha dejado influir por las corrientes de opinión a la sazón imperantes, estableciendo una pena irrisoria en este tipo de delitos, ya que puede quedar reducida a una simple multa.

II. LOS SECRETOS MILITARES Y LAS REALES ORDENANZAS

Las Fuerzas Armadas constituyen el nervio de la defensa nacional, así lo proclama la Ley 85/78 en su artículo 4, que expresa el carácter esencial de la institución militar en el marco de la seguridad de la Patria, por ello ha sido siempre particularmente sensible a salvaguardar las informaciones que se refieran al servicio y cuya trascendencia a otros sectores pudiera originar algún perjuicio a la nación. Es conveniente advertir que dentro del ámbito militar, los miembros de los Fuerzas Armadas son depositarios de secretos militares, en razón a la función que les ha sido encomendada, pero no sólo a ciertos niveles de mando, sino a nivel del soldado, que tiene en su poder determinado armamento o munición, que (teóricamente) puede comunicar o entregar a agente de potencia extranjera.

Precisamente las Reales Ordenanzas, código moral de los hombres de armas, contienen disposiciones concretas sobre la materia, que obligan a su cumplimiento. A modo de advertencia general se indica que el militar guardará discreción sobre todos los asuntos relativos al servicio y observará con el mayor celo las disposiciones y medidas vigentes sobre secretos oficiales (art. 45). La Ley que regula esta materia es la núm. 9/68, de 5 de abril, que determina las autoridades facultadas con carácter general para

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

establecer las materias clasificadas y aquellas que por razones de urgencia y con carácter provisional pueden clasificar, así como la conducta (que entre otros) que ha de seguir el personal de las Fuerzas Armadas cuando estima que una materia secreta o reservada llega a su conocimiento de forma irregular, debiendo de comunicarla de inmediato a sus jefes.

En el Decreto núm. 242/96, de 20 de febrero, se establecen las medidas de precaución que han de tomarse con las materias reservadas, lugares de custodia, forma de comunicación a las personas que han de conocerlas, personal de servicio y demás normas de protección, etc.

La Reales Ordenanzas disponen que en ningún caso el empleo o graduación que se ostente, por elevado que fuera, puede justificar por sí solo el derecho a acceder a los lugares o documentos reservados (art. 45 de las Reales Ordenanzas), recalcando en su artículo 64 que el centinela que se encuentre vigilando un lugar calificado como secreto, impedirá que toda persona, aun siendo militar, salvo que esté expresamente autorizado, intente penetrar o se acerque a él, saque fotografías, tome apuntes o lleve a cabo cualquier actividad sospechosa.

La obligación de mantener la discreción se contempla en las distintas situaciones y circunstancias en que se encuentre el militar; por consiguiente, podemos distinguir las siguientes situaciones:

a) *En tiempo de guerra* y en combate se dispone que en la defensa de su puesto, caso de tener que abandonarlo, tomará las medidas precisas para que ningún documento ni material utilizable caiga en manos del enemigo (art. 126); en caso de que un combatiente caiga en poder del enemigo, empeñará todos sus recursos para evitar responder a otras preguntas, salvo la referencia a su nombre, filiación, fecha de nacimiento y categoría militar (art. 142).

b) *En la administración y en la logística* mantendrá la discreción más absoluta, guardando reserva respecto a los asuntos que conozca por razón de su destino (art. 163).

c) *En el ejercicio del Mando* mantendrá informados a sus subordinados del desarrollo de las operaciones y ejercicios en curso, planes y proyectos que pueden afectarles en la medida que las circunstancias y la conservación del secreto lo permita (102).

d) *En el ejercicio del derecho y libertad de expresión* habrá de recabar autorización de sus superiores cuando trate de cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas (art. 178).

Este precepto tiene importancia por cuanto los servicios secretos extranjeros están pendientes de cualquier tipo de publicación cuyo autor sea un miembro de las Fuerzas Armadas, con el fin de completar alguna información o dato de su interés que pudiera deslizarse en el escrito que se considera; por ello si en plano literario, científico, técnico, etc., el militar puede exponer sus puntos de vista, es natural que someta la documentación antes de su impresión, a la previa aprobación del mando, si la materia que se trata contiene alguna expresión de la que puede resultar un posible perjuicio a la defensa nacional.

Todo lo que antecede está en concordancia con el principio de que el militar por ningún motivo proporcionará a quien no debe, dato alguno que pueda servir de información al enemigo (artículo 114).

III. LOS SECRETOS MILITARES Y LA LEY PENAL

Después de dejar sentado que una de las virtudes castrenses es la discreción y el secreto, que las ordenanzas de las Fuerzas Armadas señalan la conducta a seguir en el cumplimiento de la misión encomendada, es preciso establecer las sanciones que procede aplicar a quienes se atrevan a desoír las obligaciones a las que se ha comprometido, quebrantando de manera maliciosa o simplemente negligente sus deberes específicos.

1. *El Código de Justicia Militar* describe conductas relacionadas con esta materia, advirtiendo una gran variedad y, sobre todo, una dispersión en diferentes capítulos del Código, que dificulta la correcta visión y unidad de materia. Vamos a referirnos a las distintas figuras delictivas, que recoge en su articulado:

A) *TRAICION:*

a) *En tiempo de guerra*

Se castiga al español que facilita al enemigo el santo, seña o contraseña, planos, órdenes recibidas, estados de fuerza u otros datos o noticias que puedan favorecer sus operaciones o perjudicar las de los ejércitos nacionales (art. 259, núm. 2).

Este precepto supone el tiempo de guerra, aunque puede existir una suspensión provisional de hostilidades y contempla una conducta de gravedad suma para el desarrollo de las operaciones al facilitar datos cuyo conocimiento interesa al enemigo.

Se requiere una conducta intencional del sujeto activo en

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

cuanto pretende la transferencia de los informes anteriormente expuestos, por ello entendemos que este delito es punible aun cuando los datos suministrados al enemigo no lleguen a su poder por la oportuna intervención de los servicios de seguridad nacionales (dto. frustrado).

b) *En tiempo de paz o de guerra*

Se castiga al español que entregare o comunicare a otra persona o dé a la publicidad, planos diseños o documentos secretos relativos a la defensa nacional (arts. 262 y 263).

Se precisa una conducta intencional por parte del sujeto activo, ya que las formas culposas quedan relegadas a otros preceptos de este Código.

Como en el supuesto anterior entendemos que es posible condenar al sujeto aunque no haya llegado el secreto a su destinatario, siempre que esto ocurriera por una causa ajena al mismo.

A diferencia del supuesto anterior, aquí por exigencia del texto, es preciso que se apruebe el carácter secreto del asunto, de acuerdo con la normativa vigente.

B) *ESPIONAJE:*

Nuestra legislación penal militar no mantiene un criterio claro con respecto a esta materia, de tanta trascendencia ya que por una parte en la exposición de motivos, nuestro Código proclama que en la traición se atiende a su verdadera naturaleza de rompimiento del vínculo que liga al español con su patria y se consigna tal cualidad, expresamente, en el agente, y refuerza este criterio al hacer referencia a los artículos 262 y 263, citados, advirtiendo que de cometerse por un español son integrantes de traición y si se realizan por un extranjero revisten normalmente la categoría penal de espionaje. Sin embargo, el artículo 270 se contradice con lo expresado, pues castiga al extranjero que cometa alguno de los delitos comprendidos entre los artículos 258 al 265, siempre que se cometan en territorio español, sin otorgarle la calificación de espionaje.

El espionaje se contempla en los artículos 272 al 278 y en ellos se exige la condición de extranjero, por lo que puede ser inculgado un español, lo que se contrapone con nuestra tradición histórica, que ha visto al espía como persona que no pertenece a los ejércitos nacionales, así lo prueba el artículo 114, título X de las antiguas Ordenanzas de Carlos III, el artículo 896 del Reglamento de servicio de campaña de 5 de enero de 1882, en que se dice: «el oficio nada tiene de infamante, salvo que se realice contra la propia nación, *traición que se castiga con la muerte*», así como la sistemática y tipificación articulada en el capítulo

primero de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, de nuestro primer Código penal de 1822.

Las figuras concretas de espionaje son:

a) Búsqueda, entrega, divulgación o comunicación de informes, documentos u objetos reservados, relativos a la defensa nacional.

En cuanto a la acción, el legislador ha pretendido describir el ciclo completo de la actividad informativa. Algunas de estas conductas se describen en los artículos 262 y 263, si bien hemos de establecer una diferenciación en cuanto su calificación de secreto, se sustituye por el carácter de reservado en el artículo 272.

b) El artículo 274 amplía el objeto de la protección penal a los datos o noticias, que no mereciendo la calificación de reservados, pueden referirse a la defensa nacional, si bien esta dirección se limita inexplicablemente a exigir en el sujeto activo una conexión con potencia extranjera o asociación u organismo internacional, pues son éstos la pantalla tras la que se ocultan los servicios secretos extranjeros.

c) La introducción subrepticia o con disfraz en establecimientos militares, en zonas de operaciones, buques o entre las tropas que operen en campaña, se castiga en el artículo 272. Recoge el sentido del artículo 897 del Reglamento de servicio en campaña, que castiga al enemigo disfrazado que se sitúa entre las filas del ejército adverso en misiones informativas.

De acuerdo con las normas internacionales contenidas principalmente en la Convención de La Haya de 1907, no puede calificarse como espía al militar que realiza estas misiones que vista su uniforme reglamentario.

d) El uso de nombre supuesto y la utilización de documentos falsos con fines de espionaje, atrae a la jurisdicción militar conductas que de perseguir otra finalidad estarían incursas en otros preceptos.

e) La instalación de medios de transmisión a distancia y correspondencia se castiga en el artículo 272, núm. 3, por ser el vehículo del que se sirven los servicios secretos para la comunicación de los datos y noticias que consiguen, a sus órganos centrales.

f) La infidelidad en la custodia de secretos de la defensa nacional se castiga en el artículo 275, impidiendo la ampliación a otras materias clasificadas, exigiendo la comisión culposa.

g) La posesión ilegal de documentos, etc., relativos a la defensa nacional, se castiga en el artículo 276, si bien esta presun-

ción puede quedar desvirtuada y el inculpado absuelto, si prueba la razón de la posesión o uso de los documentos, etc.

C) DELITO CONTRA EL HONOR MILITAR

El artículo 349 castiga la falta de discreción o reserva respecto al servicio y operaciones de campaña, siempre que el hecho no constituyere delito más grave. Este precepto ha sido introducido en la reforma de 1945 y trata de justificarse en la exposición de motivos por la gravedad que comporta la conducta de los miembros de las fuerzas armadas que desobedecen las instrucciones contenidas en las Ordenanzas con carácter generales o en las indicaciones concretas de sus jefes en particular en cuanto al sigilo que ha de presidir en los actos de servicio, sobre todo si ocurre en tiempo de guerra. Sin embargo, dentro de este mismo capítulo se inserta el artículo 356, en el que se sanciona la revelación del santo y seña o una orden reservada sobre el servicio y faltar al secreto de la correspondencia, cuando no pueda incluirse en el artículo 259; por consiguiente, a nuestro juicio, se ha incrementado el número de preceptos, innecesariamente, ya que el texto contenido en el artículo 349 es similar al del artículo 356.

B) DELITO DE NEGLIGENCIA

El artículo 398 castiga al militar que diera lugar a que sea conocido el santo y seña o una orden reservada sobre el servicio, ya sea en estado de guerra, ya produciendo un perjuicio.

Esta figura se diferencia de las expuestas en el apartado anterior en el carácter de delito culposo y en tal sentido se encuentra en línea con el artículo 275, que castiga la infidelidad de informaciones de la defensa nacional cuando pasan a conocimiento de persona no autorizada por la conducta negligente de su depositario, que se incluye dentro del espionaje, con evidente desacierto.

E) FALTA GRAVE

Comete esta infracción el militar que, en tiempo de paz, revelese el santo y seña o una orden reservada, o quebrantase el secreto de la correspondencia oficial y no procediese su inclusión en el artículo 398.

Se observa como el legislador ha procedido con un cierto criterio unitario al concatenar las distintas figuras delictivas que se refieren al secreto y discreción que lógicamente ha de exigirse a los componentes de las fuerzas armadas, pues en unos supuestos se alude en general a que el delito tenga señalada mayor pena, pero en otros preceptos se cita expresamente el artículo en que podría encajarse la conducta más grave. Por este motivo resulta

incongruente la dispersión de la materia de los secretos e informaciones militares en capítulos diversos, con repeticiones innecesarias, lo que perjudica a una adecuada interpretación y sistematización. Pero además, si se opera con un esquema que parte de las conductas de menor entidad criminal hasta las más graves (por ejemplo: en la revelación del secreto y seña, se califica de falta grave cuando se realiza en tiempo de paz y sin consecuencias perjudiciales para el servicio, pasando a la categoría de delito culposo cuando se comete en tiempo de guerra o produciendo un perjuicio, o de delito doloso, en la figura del artículo 349; para alcanzar la máxima cota en la comunicación al enemigo o sus agentes, que constituye el delito de traición), resulta poco convincente el que las conductas descritas en los artículos 275, 349 y 398 se unifiquen a los efectos de conectar la pena aplicable (prisión en toda su extensión).

Estamos plenamente de acuerdo con el criterio sostenido hace ya muchos años por Querol que al comentar los preceptos transcritos, afirmaba: «Tal abundancia de disposiciones, a base de unos hechos básicos iguales, quizás más perjudica que favorece al adecuado encasillamiento y castigo de una infracción criminal concreta, que se presenta en dicho sentido» (2 bis).

LOS SECRETOS MILITARES EN EL CODIGO PENAL COMUN

Dentro del título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado y en el capítulo primero (traición), se alude en el número 4 del artículo 122 al suministro de planos de fortalezas o de terrenos, documentos o noticias que tengan como fin hostilizar a España o favorecer el progreso de las armas enemigas.

Este precepto requiere el estado de guerra como presupuesto y una finalidad concreta en la actuación del sujeto activo por lo que se hizo preciso ampliar el campo de protección a los tiempos de paz, eliminando las referencias al móvil del culpable, lo que se llevó a cabo en el Código de 1944, que incorporó un sexto número al artículo 122, inspirado en la Ley de seguridad del Estado, de 1941, castigando la revelación de secretos políticos, militares o de otro género, que interesen a la seguridad del Estado, al que se procure dicho secreto u obtuviere su revelación. Una de las cuestiones que plantea el examen de este artículo es el sentido que tiene la seguridad del Estado, pues cabe referirla a la exterior o incluir también la interior, lo que no parece posible por razones de sistemática. La penalidad está en función de un resultado: el grave o leve peligro que se produzca, pues si no ha

(2 bis) QUEROL: «Principios de Derecho militar español». Madrid, Tomo II, pág. 497.

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

existido ningún peligro deberá rechazarse la aplicación de este precepto, según afirma Córdoba (3).

La acción puede consistir en: procurarse los secretos, para lo cual se requiere una conducta de apropiación, sea del contenido de la información, sea del documento, objeto, etc., en que se encierra, siendo criterio unánimemente reconocido que basta esta toma de contacto o entrada en la esfera de disponibilidad del sujeto activo, aunque por su carácter indescifrable para él, no pueda penetrar en su conocimiento, para estimar consumado el delito.

La obtención de la revelación expresa que otra persona, ya sea depositario legítimo o ilegítimo del informe, lo transmite al sujeto activo, por lo que nos encontramos con un tipo de delito plurisubjetivo, en que habrá de considerarse el medio que ha sido utilizado para lograr esa transferencia del secreto.

La revelación significa la manifestación a una o varias personas con carácter privado o divulgado por alguno de los medios de difusión, en cuyo caso sería aplicable la agravante cuarta del artículo 10.

En un sector de la doctrina se considera que las figuras comentadas encajan dentro del delito de espionaje (4), ya que los actos de procurarse información de carácter secreto empleando medios subrepticios y con el fin de transferirla a agentes de nación extranjera, se calificaban como espionaje por influencia de las normas internacionales aprobadas en las convenciones de Bruselas y La Haya. Sin embargo, en el artículo que comentamos no se dan tales condiciones, pues para nada se habla de la finalidad del agente, ni de los medios clandestinos. Por otra parte si tenemos en cuenta que el sujeto activo en todos los supuestos contemplados en el artículo 122 ha de ser un español, no parece acertada tal calificación.

Conviene, finalmente, examinar la vigencia efectiva de esta normativa, si tenemos en cuenta que disposiciones similares se tipifican en el Código de Justicia Militar y podríamos hallarnos ante unas normas vacías. En cuanto a la aplicación del núm. 4 del artículo 122 es ilusoria, ya que el artículo 259, núm. 2 del Código de Justicia Militar castiga al que facilite el enemigo (entre otros medios) planos y otros datos y noticias que puedan favorecer sus operaciones o perjudicar las de los ejércitos nacionales o aliados. Respecto al núm. 6 del mismo artículo 122, la diferencia con respecto a los artículos 262, 263 y 272 del Código de Justicia Militar, aun reconociendo la amplitud con que se

(3) CORDOBA RODA: «Comentarios al Código Penal». Tomo III, pág. 28. Barcelona, 1978.

(4) RODRIGUEZ DEVESA: «Derecho Penal español (Parte especial)», página 545, Madrid, 1975.

construyen las conductas informativas, presentan la particularidad de referirse a la defensa nacional, mientras el Código común alude al interés para la seguridad del Estado, concepto éste de mayor extensión y que permitiría en algún caso la aplicación del Código común, siempre que no se apreciara peligro para la defensa nacional, pues el Código militar se aplica a cualquier persona, militar o civil, nacional o extranjero, en razón al triple fuero (persona, lugar y delito).

En la exposición de motivos de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, se reconoce esta dualidad legislativa al expresar que la protección penal de los mismos alcanzan penas de máxima severidad en el Código penal común y en el de justicia militar.

CONCLUSIONES

La primera conclusión que apuntamos afecta a la regulación del secreto militar en su aspecto penal. El Código de Justicia Militar debe de incluir las distintas figuras delictivas y de acuerdo con una sistematización unitaria que abarque los delitos de apropiación, comunicación, divulgación, publicación y destrucción de secretos, informaciones reservadas, confidenciales o sin esta clasificación cuando afecten a la *defensa militar española*, distinguiendo la gravedad de la revelación por razón de su importancia, la situación de estado de guerra o de paz y la agravación en cuanto al que incumple los deberes especiales de custodia.

Asimismo, el Código penal común ha de recoger también las figuras delictivas correspondientes por lo que se refiere a los secretos que afecten a la *Defensa Nacional*, sin que pueda originarse colisión de normas, ya que las disposiciones del Código de Justicia Militar han de aplicarse a los miembros de las fuerzas armadas y personal aforado, mientras el Código penal ordinario se aplicaría al resto de los ciudadanos, sin perjuicio de las atribuciones que se confieran a la jurisdicción militar en casos de emergencia.

El delito de violación de secretos ha de configurarse como autónomo e independiente del delito de espionaje (5) pudiendo

(5) Hemos tratado el tema del espionaje en reciente monografía publicada en la *Revista de Derecho Público*, núm. 79 (abril-junio, 1980), exponiendo como este delito rebasa ampliamente las actividades puramente informativas y se define como el acto idóneo, ejecutado por un ciudadano extranjero, para provocar una intervención armada u hostilidad contra España, para inferirle un quebranto de tal naturaleza que la sitúe en condiciones de vulnerabilidad frente a un eventual enemigo, así como los actos de ayuda a una potencia en guerra contra nuestra nación, facilitándole medios de carácter personal o material.

LOS SECRETOS MILITARES EN SU ASPECTO PENAL

realizarse tanto por un nacional como por un ciudadano extranjero, admitiendo la forma dolosa o culposa.

Respecto a la violación de secretos que pueden llevarse a cabo por diversos medios de comunicación social (prensa, radio, televisión, etc.) y siendo sus autores profesionales del periodismo, se ha suscitado una polémica abogando un sector doctrinal por el derecho a la información y a la libertad de prensa, también se alegaba la ausencia de «animus hostilis» que caracterizaba el delito de espionaje, así como la falta de clandestinidad. Hemos visto el trato benevolente que le otorga la legislación alemana (federal), criterio que no parece aceptable pues el delito de violación de secretos no puede admitir excepciones por razón de la persona y de su profesión, ya que los canales publicitarios podrían ser utilizados o indirectamente aprovechados por los agentes de servicios secretos extranjeros.

Recensiones de libros y noticias

RECENSIONES.

«Revista Argentina de Derecho Militar». núm. 0. Buenos Aires, 1979.

La activa Rama Argentina de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra ha editado el número 0 de la publicación que pretende convertir en su órgano de difusión: la Revista Argentina de Derecho Militar. Estamos convencidos de que la revista alcanzará la meta que se propone; la tenacidad y buen hacer que caracterizan a las personas que aparecen al frente de la revista son, cuando menos, garantía de que, a poco que se les brinde la colaboración que piden en su carta de presentación, lo conseguirán. Nos congratulamos de la publicación de nuestros colegas argentinos y estamos seguros de que llegará a tener el nivel científico que pretenden.

El primer estudio del número inicial de la Revista Argentina de Derecho Militar está a cargo del Presidente de la Rama Argentina de la Sociedad, Coronel Auditor Carlos Horacia Cerdá, de quien bien pudiera decirse así, que predica con el ejemplo. Su condición de miembro de la Delegación argentina en la Conferencia Diplomática de Ginebra que, de 1974 a 1977, gestó los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 hace que su estudio sobre la «Situación actual del Derecho Humanitario» ofrezca un especial interés. Tras señalar el punto de arranque histórico de la idea de la Cruz Roja y de la codificación del Derecho Humanitario Bélico con el criterio de la más completa autonomía con respecto al derecho de guerra en sí, el autor relaciona el conjunto de convenios que integran la obra de Ginebra que supuso la afirmación y mantenimiento del Derecho Humanitario como un cuerpo de Derecho separado. El quebrantamiento del Derecho humanitario tradicional se produce con los Convenios de Ginebra de 1949. La importancia y gravedad de los problemas surgidos durante la Segunda Guerra Mundial hacía temer que la revisión de los Convenios de 1929 fuese aprovechada para actualizar los Convenios de La Haya dedicados a reglamentar la conducción de la guerra, sin reforzar la protección especial de determinadas categorías de personas, que es la tarea a la que se consagró desde sus comienzos el Derecho Humanitario Bélico. De la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949 el Derecho Humanitario salió conservando su autonomía a expensas de algunas concesiones al derecho de guerra. Con todo, el gran avance logrado en Ginebra en 1949 fue el IV Convenio de las personas civiles en tiempo de guerra y en su estudio se recrea el profesor Cerdá.

Sin duda, la parte más interesante del trabajo es la que dedica al estudio de los Protocolos de Ginebra de 1977. Tras resaltar la importancia de los trabajos preparatorios, a iniciativa siempre del CICR, pone de relieve cómo el contenido de los proyectos de Protocolos excedía con mucho de su objetivo básico de reafirmar y desarrollar el Derecho internacional, pues contenían un buen número de disposiciones que pertenecen al campo

RECENSIONES DE LIBROS Y NOTICIAS

del derecho de guerra. Tras citar las causas que justificaban este replanteo y de tomar partido sobre la calificación legal de las guerras de liberación colonial, que para el autor son verdaderos conflictos internacionales, pasa a examinar las modificaciones y nuevas fórmulas contenidas en los Protocolos, no sin antes advertir que la extensión y profundidad de las reformas introducidas con ellos convierten a estos mal llamados Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra en el nuevo Derecho de Guerra, con definitiva pérdida de la autonomía del Derecho Humanitario con respecto al *ius in bello*, consecuencia de la contraposición en la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1974 a 1977 de dos concepciones sobre el desarrollo del Derecho humanitario, la clásica y la denominada «Derecho Humanitario nuevo».

Con referencia al Protocolo I, las disposiciones fundamentales que Cerdá destaca son las referidas al ensanchamiento del catálogo de conflictos internacionales, mediante la inclusión en su repertorio de los conflictos armados que libran los pueblos por su autodeterminación o contra la ocupación extranjera. En materia de fuerzas armadas, el Protocolo reformula totalmente su definición en el artículo 43 que abarca no sólo los requisitos de organización y disciplina, sino también la definición de quiénes tienen derecho a ser combatientes y la posibilidad de incorporar las fuerzas de la policía a las fuerzas armadas, bien que la norma suscite para Cerdá una serie de interrogantes. En el artículo 44, denominado «Combatientes y prisioneros de guerra», plantea una cuestión capital: la necesidad de distinción del combatiente respecto a la población civil y cuál habría de ser tal distinción; al tratar de resolverla, el artículo 44, párrafo 3.º, plantea graves problemas de interpretación que Cerdá denuncia a través de la serie de interrogantes que se formula. Finalmente, en el concepto de espía se incluye una novedad sustancial en el párrafo 3 del artículo 46.

Tras señalar los aspectos sustanciales de las normas referentes a la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades y de las relativas a la represión de las infracciones de los convenios o del protocolo, el autor pone de relieve la incursión que hizo la Conferencia Diplomática en el campo de la regulación de armamentos, y termina su interesante trabajo con una referencia al Protocolo II referente a los conflictos internos, el cual no cree que logre una efectiva vigencia internacional.

El segundo estudio «Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio», corre a cargo de Juan Carlos Cassagne, Profesor titular de Derecho Administrativo de las Universidades de Buenos Aires y Católica Argentina. Tras dilucidar el concepto y la función que el instrumento público cumple en la vida del Derecho, el autor analiza los requisitos o elementos que lo caracterizan, deslindando las categorías instrumento y documento público, para plantearse luego la determinación de la condición jurídica de los instrumentos en el Código Civil argentino y la problemática que plantea la interpretación de su artículo 979, inc. 2.º

Una sistematización de las orientaciones jurisprudenciales ayuda a perfilar y contrastar las posiciones doctrinales expuestas. Cassagne cierra su trabajo con una serie de conclusiones acerca de la naturaleza jurídica del instrumento público; la autenticación como requisito formal que singulariza, en principio, el instrumento público, el régimen jurídico de los instrumentos que extiendan los órganos administrativos y la naturaleza y valor probatorio de las meras actuaciones administrativas.

El Coronel Auditor Raúl Alberto Ramayo, Doctor en Derecho y Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires, estudia un tema particularmente atractivo: el «Derecho Penal Militar Internacional argentino en tiempo de paz». Tras plantearse a título

RECENSIONES DE LIBROS Y NOTICIAS

introdutorio la temática que comprende el denominado Derecho Penal Internacional, deduce la posibilidad de hablar de un Derecho Penal Militar Internacional cuando se alude a las normas específicas de este Derecho para su aplicación a hechos delictuosos militares cometidos en territorio extranjero y en lugares no sometidos a la soberanía de ningún país. Tras mencionar los temas de la autonomía y sustantividad del Derecho Penal Militar, de la existencia de un delito militar diferenciado del delito común, de su posible perpetración por civiles y de si por delito militar sólo cabe entender los delitos «esencialmente militares» o es extensivo su concepto a los delitos comunes perpetrados por militares en acto de servicio o lugar militar, aborda el problema del ámbito o dimensión espacial de aplicación del Derecho Penal Militar pasando luego a examinar las normas reguladoras del Derecho Penal Militar Internacional argentino en tiempo de paz, distinguiendo, para su más fácil estudio, la manera de operar el mismo respecto de los delitos cometidos por militares argentinos: a) en territorio propio; b) en lugares no pertenecientes al Estado nacional o a un Estado extranjero; y c) en territorio extranjero. En este último supuesto, el principio real o de defensa ha sido recogido en el artículo 511 del Código de Justicia Militar argentino, precepto cuya interpretación correcta requiere el examen de ciertas situaciones; a saber:

1. Delitos cometidos durante el desembarco o permanencia en territorio extranjero, con distinto tratamiento para los delitos comunes (artículo 108, inciso 2.º) y para los delitos específicamente militares (artículo 510), con el planteamiento aquí de cuestiones tan sugestivas como la calificación del delito y la radicación del militar argentino en Estado extranjero.
2. Delitos cometidos por integrante de tropas en operaciones en país amigo, en los que el Código de Justicia Militar argentino se aplicará a falta de Convención o Tratado.
3. Delitos cometidos en buques o aeronaves situados en aeropuertos o aguas territoriales extranjeras, distinguiéndose según se trate de buques y aeronaves públicos o de buques y aeronaves privados.

Tres conclusiones cierran el trabajo de Ramayo: 1) La denominación de Derecho Penal Militar Internacional argentino hace referencia al ámbito o dimensión espacial del Derecho Penal Militar argentino. 2) Las normas recogen, en tiempo de paz, los principios territorial, real o de defensa y de la nacionalidad. 3) Ausencia del principio cosmopolita o universal en la configuración del delito militar.

Julio J. Martínez Vivot (h.), Capitán Auditor, Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor Adjunto de Derecho Procesal en las Universidades de Buenos Aires y del Salvador, en su artículo «Defensa técnica y proceso militar», estudia el ejercicio de la defensa con referencia a la Jurisdicción militar. Tras recorrer las variantes de la legislación argentina con respecto al defensor ante los Tribunales castrenses y plantearse la constitucionalidad de la exclusión del abogado civil o defensor letrado ante los Tribunales militares, un análisis de numerosos sistemas procesales castrenses le llevó a la conclusión de que a la par de la asistencia a cargo de oficiales, se admite la brindada por abogados, con mayor o menor amplitud, lo cual le induce a proponer, tomando en cuenta particularmente los sistemas de defensa previstos en el Perú y Estados Unidos, que la defensa castrense sea ejercida por oficiales auditores, sin excluir la posibilidad de que también actúen militares que carezcan del título de abogado. El cargo de «Defensor permanente» sería prestado con perjuicio de cualquier otra función y tendría su sede en las ciudades donde existan «Consejos de Guerra permanentes».

RECENSIONES DE LIBROS Y NOTICIAS

Los aspectos más interesantes a destacar en los auditores defensores serían: *a)* Dependencia funcional del Comandante en Jefe del Ejército respectivo. *b)* Número de auditores que habrían de integrar la defensoría y que debería estar en función de no menoscabar una efectiva garantía de su elección por parte del procesado y del número de tribunales ante los cuales hubiera de actuar. *c)* Actuación del defensor auditor en todas las instancias del proceso. *d)* Ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, los defensores que no fuesen letrados serían reemplazados por «defensores permanentes», toda vez que el Supremo actúa como Tribunal de Derecho, considerándose definitivamente probados los hechos. *e)* Jerarquía que debe tener el auditor que desempeñe funciones de defensor permanente. *f)* En los Consejos de Guerra de Comando, el defensor sería un oficial de la guarnición a elección del procesado. *g)* Defensor de oficio letrado caso de que el procesado no ejerciese su derecho a designar defensor. *h)* Designación de auditores defensores suplentes para caso de excusación o impugnación por el procesado de los defensores permanentes de una guarnición. *i)* Obligatoriedad en el desempeño de la función, salvo los casos de excusa legal, y gratuidad de la defensa militar letrada. *j)* Independencia en el desempeño de su misión. *k)* Posibilidad de un defensor que asista a varios defendidos. *l)* Posibilidad de que oficiales retirados puedan actuar voluntariamente como defensores ante los Consejos Permanentes o de Comando. *ll)* Limitación de la autodefensa a los casos de poseer el título de abogado y no encontrarse el procesado privado de libertad. *m)* En el supuesto de existir disidencias entre la posición del procesado y de su defensor debe imponerse la posición del segundo.

Finalmente, el Teniente 1.º Auditor Pedro José Coviello estudia «Los recursos y reclamos contemplados en el Estatuto y Reglamentación para el personal civil de las Fuerzas Armadas». En su artículo analiza los tipos de impugnaciones que están facultados para interponer los agentes civiles de las Fuerzas Armadas: recursos contra actos administrativos no sancionatorios y reclamos contra sanciones disciplinarias. Se extiende en el estudio de los requisitos objetivos (actos impugnables, fundamentación), subjetivos (las partes, capacidad, legitimación, derecho subjetivo e interés legítimo), requisitos formales (la reflexión, presentación del recurso, representación legal y patrocinio, forma explícita y respetuosa, constancia de presentaciones anteriores y antecedentes) y plazo para interponer el recurso, y finaliza enumerando los diversos tipos de recursos y reclamos, con mención de los puntos más interesantes de cada uno de ellos. A continuación del trabajo se inserta la Reglamentación del estatuto para el personal civil de las Fuerzas Armadas, aprobada por Decreto de 27 de marzo de 1973.

JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ

NOTICIAS

VIII CONGRESO DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL MILITAR Y DE DERECHO DE LA GUERRA

Con la periodicidad trienal acostumbrada ha tenido lugar en Ankara, durante los días 11 a 15 de octubre de 1979, el VIII Congreso de la Sociedad, que reunió a varios centenares de juristas militares de la misma, que cuenta con miembros pertenecientes a más de cuarenta países.

Las jornadas tuvieron lugar bajo la presidencia del Abogado General René Paucot, acompañado de los vicepresidentes Veutro (Italia), Hinz (Alemania), Prugh (E.E.UU.), Jiménez (España) y Le Gallais (Francia), quienes juntamente con el ex vicepresidente, Profesor John Gilissen, Teniente General Auditor de Bélgica, presidieron sendas sesiones de trabajo. El Secretario General, Consejero Henry Bosly (Bélgica), fue asistido por el Secretario General Adjunto, Albert Alexandre, y Tesorero, Gaston Ringoet.

La sesión de apertura tuvo lugar en el aula magna de la Universidad de Hacettepe, con la presencia y presidencia de numerosas personalidades turcas, universitarios, juristas y miembros de las Fuerzas Armadas del país. Tras la apertura, el Presidente Paucot acompañado de los señores Gilissen, Veutro, Erman y Jiménez, depositaron una corona de flores en el mausoleo de Ataturk, en nombre de la sociedad y homenaje a la personalidad histórica del creador de la nueva Turquía.

El interés de los temas tratados, la cuidada organización principalmente debida al profesor de Derecho Penal Militar de la Universidad de Estambul, Sahir Erman, y la activa colaboración de los juristas y miembros de las Fuerzas Armadas turcas, han hecho de este Congreso uno de los más remarcables celebrados hasta la fecha.

A lo largo de cuatro días de intensas jornadas de trabajo se desarrollaron en profundidad y figuran en cuidados e interesantes «rapports» los temas siguientes:

«Evolución actual de la Justicia Militar», debido al Auditor General John Gilissen y en el que, con admirable labor de síntesis y clarificación de posturas, se resumieron, ordenaron y glosaron las posiciones de los veinte rapports nacionales enviados por la República Federal Alemana, Austria, Bélgica, Brasil, Camerun, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Polonia, Rwanda, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía y Zaire. A dicho rapport general acompaña un anexo sobre las Fuerzas Armadas en el mundo, con interesantes y actuales datos estadísticos; otro sobre la legislación penal militar en vigor y bibliografía, concernientes a sesenta y cuatro países y, sobre todo, completan este rapport general los especiales del Profesor Görle sobre la Jurisdicción militar en los países socialistas y el de Tsien Tche-Hao sobre la Justicia Militar en la República Popular China, llenos de interés y actualidad, así como el del Auditor General del Zaire Likulia Bolongo sobre la Jurisdicción militar en los países africanos.

El predicho rapport general, además de ofrecer interesantes datos sobre la actualidad de los problemas de la Justicia Militar, hizo importan-

RECENSIONES DE LIBROS Y NOTICIAS

tes precisiones sobre su fundamento y respectivas bases constitucionales en lo distintos países, para entrar de lleno en la competencia de las jurisdicciones militares, desarrolladas más en profundidad por los rapports especiales que se dirán y sobre todo acerca de los sistemas mundiales de la organización judicial militar. Lo judicial y lo disciplinario en Francia y EE. UU. constituyó el brillante final de este trabajo destinado a rendir una muy importante utilidad a los juristas militares.

Los rapports especiales a que hemos hecho alusión fueron los debidos al Vice Judge Avocate General Mr. James Stuart-Smith, al Magistrado General francés Francis Clair y al Ministerialrat de la República Federal Alemana Doctor Klaus Dau, los tres acerca de la competencia de la Jurisdicción militar en materia de sanciones penales, disciplinarias y administrativas en tiempos de paz. Reservándose el desenvolvimiento de estas competencias en tiempo de guerra para el rapport, que presentó el Mayor General Auditor Georges Prugh, de los EE. UU., de cuya Universidad de California es actualmente profesor.

Con ocasión de discutirse este rapport especial y en intervención que tuvo el profesor Gilissen fueron pronunciadas unas frases expresivas del espíritu netamente científico que anima la Sociedad: «Nuestra Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar —dijo— no debe discernir felicitaciones o censuras, no debe criticar a los unos y aprobar a los otros. Siendo un grupo científico, fuera de todo papel político, debe limitarse a reunir la documentación, clasificar los dossiers, a comprobar lo que existe y a indicar las grandes tendencias de la evolución general. Debe tratar de comprender por qué en un determinado momento y en un concreto país, se ha tomado tal decisión o votado tal ley. No debe decir lo que es mejor o lo que es menos bueno, pues tal parecer sería necesariamente subjetivo. Estamos aquí juristas pertenecientes a más de cuarenta países de todos los continentes. Cambiamos entre nosotros informaciones concernientes a algunos problemas, como por ejemplo este año acerca de la competencia y la organización de las Jurisdicciones militares. Cada uno de nosotros está convencido, quizás salvo algunas excepciones, de la excelencia de su propio sistema e incluso se sentiría inclinado a criticar los demás. Guardémonos de hacerlo, no distribuyamos ni felicitaciones ni censuras, pero aprovechémonos de las informaciones que nos han sido dadas. Pueden servirnos a cada uno de nosotros para el estudio de reformas proyectadas de nuestros países».

Las comisiones especializadas se reunieron el día 15 de octubre debatiéndose en las mismas distintas comunicaciones de los miembros de los grupos respectivos sobre la protección de la vida humana en los conflictos armados, criminología militar y la de historia del Derecho Militar, presidida por el profesor Messerschmidt, de la Universidad de Friburgo (Alemania), en la que colaboraron activamente nuestros compañeros Casado, Egido y Fuembuena, el primero de los cuales estuvo presente e intervino con abundancia y maestría, acordándose celebrar reunión de trabajo del grupo en Jaca (Huesca) durante el próximo año.

Paralelamente a la celebración de las sesiones fue discernido el premio Ciardi 1979 por el jurado correspondiente, integrado por los señores Ciardi (Rafael), Hinz, Kruger-Sprengel, Scuderi y Jiménez, acordándose por unanimidad otorgarlo al doctor Klaus Fiedler de la República Federal Alemana, por su obra «*Militärkriminologie*», que constituye un estudio fundamental sobre la situación actual del tema, presentando igualmente un original método de trabajo no solamente válido para la República Federal Alemana, sino también para todos los estudios que por otros países puedan ser emprendidos en este campo.

Tras la modificación de algunos artículos de los estatutos aprobados en la asamblea, ésta aceptó la renuncia del presidente Paucot, eligiéndose

RBCENSIONES DE LIBROS Y NOTICIAS

por unanimidad Presidente de la Sociedad al Procurador General Militar de Italia doctor Vittorio Veutro, miembro fundador de la Sociedad e incitante y brillante colaborador de la misma.

Asimismo, la asamblea reeligió por unanimidad a los vicepresidentes Prugh, Hinz y Jiménez, nombrándose al Magistrado General francés Francis Le Gallais en la vacante dejada por el General Veutro y eligiéndose también vicepresidente al Deputy Judge Advocate General de la Gran Bretaña Stuart-Smith. En sustitución del Consejero del Tribunal de Casación belga, Henry Bosly, que continúa como secretario general de la Sociedad; es elegido director de su revista, el Abogado General Vander Vorst.

Tras la admisión de nuevos miembros, especialmente numeroso por lo que respecta a los grupos argentino y brasileño, fueron hechas interesantes proposiciones para el acrecimiento y difusión del Servicio de Documentación, que queda asignado al director de la revista, asistido por el General Andries.

El General Barras, Auditor Jefe del Departamento Militar Federal Suizo, ofrece se celebre en Lausanne el IX Congreso de la Sociedad, proponiendo como tema básico el de «La aplicación de los Protocolos adicionales de convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949» y como temas especiales:

- 1) La interpretación de los Protocolos adicionales en general.
- 2) Las disposiciones que regulan su desarrollo.
- 3) Medidas nacionales para la aplicación de los Protocolos adicionales. Paralelamente el Comité de protección de la vida humana en los conflictos armados estudiaría la relación entre los Protocolos adicionales y el Derecho convencional interior.

El General de Brigada Luis Lanz Castellano invita a los miembros del Bureau a reunirse en Caracas en marzo de 1980 con ocasión de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal Militar que en Venezuela están proyectadas para promocionar un mayor desarrollo científico de la especialidad, ya que existe en dicho país iberoamericano un subido interés por la justicia militar. La proposición se acepta, así como, eventualmente, la de acoger en Granada a los miembros del Bureau para reglamentaria reunión de primavera de 1980.

La delegación española estuvo compuesta por su presidente, General Francisco Jiménez, vicepresidente de la Sociedad, y por los Generales Auditores del Aire, Martín Vargas, y de la Armada, Justo Carrero; así como el Coronel Auditor de la Armada, Francisco Mayor, y el Teniente Coronel Auditor del Aire, Martín Bravo Navarro. Asimismo participaron activamente el profesor de Derecho Penal de la Universidad Complutense y Coronel Auditor don José María Rodríguez Devesa, y el Comandante Auditor y profesor en la Universidad de Zaragoza don Pablo Casado Burbano.

Ha de repetirse la mención a la organización del Congreso, principalmente atribuible al consejero de la Sociedad, citado profesor turco Sahir Erman, que tan destacadas contribuciones científicas viene prestando desde antiguo a la Sociedad Internacional del Derecho Penal Militar y de la Guerra, que ha alcanzado un grado de madurez y dimensión internacional, sumamente enriquecedor para nuestras tareas y muy especialmente útil con este Congreso para aquellas que en España ocupan hoy nuestra atención profesional.

RECENSIONES DE LIBROS Y NOTICIAS

PREMIO CIARDI 1982

El premio científico instituido por la Fundación «Professor Giuseppe Ciardi» será otorgado, por quinta vez, en 1982. Ascenderá a 500.000 liras italianas. El reglamento de concesión es el siguiente:

1. El premio se destina a premiar un estudio substancial y original relativo al Derecho Penal Militar (incluido el Procedimiento), al Derecho Disciplinario, al Derecho de la Guerra o a cualquier otra materia que tenga conexión y afinidad con estos Derechos.
2. Los trabajos presentados pueden ser manuscritos o editados, siempre que no sean anteriores a 1978. Los idiomas admitidos son: francés, inglés, holandés, alemán, español e italiano.
3. La composición del Jurado será dada a conocer más adelante.
4. Los trabajos presentados deberán ser remitidos, en seis ejemplares, lo más tarde el 1 de febrero de 1982, a la dirección siguiente: «Fondazione prof. Giuseppe Ciardi, presso il Gruppo Italiano della Società Internazionale di diritto penale militare e di diritto della guerra —Viale delle Milizie 50— 00192 Roma».
5. Los resultados del concurso serán proclamados con ocasión del VIII Congreso de la Sociedad Internacional del Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, en 1982.
6. En ningún caso los trabajos presentados serán devueltos a sus autores. Serán entregados al Centro de Documentación de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, pudiéndose ser dados a conocer a cualquier persona interesada, con la obligación de mencionar el nombre del autor.

Jurisprudencia

A) JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR

1. **Aprobación de sentencia y disenso. Delito de malversación de caudales públicos (art. 396, párrafo primero, CP). Diferencias entre la malversación propia y la impropia. Elemento subjetivo. Intencionalidad. Circunstancia especial de agravación (art. 194-4.º CJM). Delito continuado. Atenuante de arrepentimiento espontáneo. Delito de falsificación de documento público. Concurso ideal.**

Sentencia de 18 de enero de 1978 (Capitanía General de Baleares).—El procesado, entonces Capitán del Cuerpo de Oficinas Militares, don V.S.O., destinado en la Capitanía General de Baleares, desempeñó, desde agosto de 1954, el destino de habilitado de la Capitanía General y, desde diciembre del mismo año, el de Secretario y Depositario de la Junta Económica del Fondo de Atenciones Generales de Capitanía, continuando sin interrupción en el desempeño de dichos destinos cuando ascendió al empleo de Comandante y también, por orden superior, cuando pasó a la situación de retirado en 12 de enero de 1975, hasta el mes de septiembre de dicho año en cuya última fecha se observaron ciertas irregularidades en la contabilidad, que dieron origen, primero, a una información reservada dispuesta por el Capitán General de la Región, de la que se dedujo, con carácter estrictamente provisional y a reserva de ulteriores investigaciones, la falta de 2.356.234 pesetas con 36 céntimos, y, más tarde, según orden del mismo Capitán General de la Región, la incoación de esta Causa núm. 75/1975 (RESULT.º I). Que prevaleciendo de los destinos que desempeñaba y desde fecha no precisada con exactitud, aplicó a usos propios, ya que en el procedimiento no existen pruebas suficientes para demostrar que sustrajo con carácter definitivo, cantidades cuya cuantía, según se deduce de los informes obrantes en autos y que la Sala estima correctos, ascienden a 3.687.052 pesetas con 29 céntimos, en período entre los años 1961 a 1975, ambos inclusive, que abarcan los ingresos no sentados y las partidas de cargo y data repetidas, y a 530.923 pesetas con 29 céntimos en el período comprendido entre los años 1961 a 1970, ambos inclusive, que abarcan asimismo, los ingresos no sentados y las partidas de cargo y data repetidos o anotados por un importe superior, sin que se observe anomalía en el período comprendido entre agosto de 1954 a diciembre de 1960, con un total, por tanto, de 4.217.975 pesetas con 58 céntimos (RESULT.º II). Que existe en el Banco Atlántico S.A., sucursal de Palma de Mallorca, la cuenta a nombre de CAPIGE que realmente pertenece al Ramo de Guerra (Capitanía General de Baleares) y de la que podía disponer el procesado

JURISPRUDENCIA

(RESULT.º III). Que el procesado reintegró, dentro de los diez días siguientes a la incoación del sumario, el importe de las cantidades tomadas, en la cuantía entonces conocida y el resto dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se le notificó el importe de las demás cantidades en descubierto (RESULT.º IV). Que según se deriva de los autos, no se ha producido daño o entorpecimiento para el servicio público (RESULT.º IV).

C.G. Oficiales Generales: Tras relatar y declarar como probados unos hechos no exactamente coincidentes con los que se han descrito en los cinco primeros Resultandos de esta Sentencia, se calificaron los mismos como constitutivos de un delito consumado y continuado de malversación de caudales públicos previsto y sancionado en el artículo 394, núm. 4.º del CP, con la circunstancia agravante específica militar del núm. 4 del artículo 194 del CJM, y de un delito consumado y continuado de falsificación de documentos públicos previsto y sancionado en el artículo 302, núm. 4 del CP, en relación con el núm. 4.º del artículo 194 del CJM. De los calificados delitos responde en concepto de autor el procesado don V.S.O. El C.G. apreció en interpretación amplia y favorable al procesado, que concurría la circunstancia atenuante 7.º del artículo 186 del CJM, por haber procedido aquél por impulso de arrepentimiento espontáneo a reconocer los hechos que se le imputaban y a devolver las cantidades que se comprobaban. En su consecuencia, el Consejo falla condenando al procesado Comandante de Oficinas Militares don V.S.O., en situación de retirado, como autor de los delitos calificados, considerados a efectos de penalidad en concurso ideal, pues el delito de falsificación fue un medio empleado para cometer el otro delito, a la pena de diecisiete años, cuatro meses y un día de reclusión menor y a la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a la accesoria de separación del servicio. Al propio tiempo se le absuelve del delito de malversación de caudales públicos del núm. 2.º del artículo 396 del CP por el que había sido acusado ante el C.G. En concepto de responsabilidad civil fue igualmente condenado a reintegrar a la Capitanía General de Baleares la cantidad de 4.217.975,58 pesetas, cifra ésta depositada por el procesado de la Caja General de Depósitos de la Delegación de Hacienda de la expresada plaza de Palma de Mallorca. En *Otrosí* de su Sentencia llama respetuosamente la atención del C.S.J.M., a quien corresponde la aprobación del fallo dictado, por si estimase oportuno, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 183 del CJM, acudir al Gobierno con la propuesta que estimase adecuada para que fuera conmutada la pena propuesta en el fallo de la Sentencia, estimada por el C.G. excesiva por la rigurosa aplicación de la Ley, y atendidas las circunstancias personales del procesado cuales son las de hallarse en situación de retirado, tener la edad de sesenta y dos años y haber dado muestras de su arrepentimiento al confesar su participación en los hechos y su propósito de restituir. *Voto particular:* El Presidente del C.G. de Oficiales Generales, en uso de las atribuciones que confiere el artículo 795 del CJM formuló voto particular en el que describiendo sucintamente los hechos de los que era autor el procesado, los consideraba constitutivos de un delito consumado y continuado de malversación de caudales públicos previsto en el artículo 396 del CP, en el que se apreciaban las circunstancias de que no se había producido daño o entorpecimiento para los servicios de la Capitanía General de Baleares y de que el procesado había verificado el reintegro dentro de los diez días siguientes al de la incoación del sumario, de la cantidad entonces conocida, y el resto también dentro de los diez días siguientes al ser conocido con exactitud el total descubierto. De este delito respondía como autor el procesado, Comandante S.O., y previa apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, específica de agravación del núm. 4.º del artículo 194 del CJM y atenuante 7.º del artículo 186 del mismo Código, condenaba al procesado Comandante S.O., a la pena de cinco años de

JURISPRUDENCIA

suspensión con la accesoria legal de separación del servicio y el efecto militar de suspensión de empleo militar. En concepto de responsabilidades civiles debía reintegrar a la Capitanía General de Baleares la suma de 4.217.975,58 pesetas. *Autoridad Judicial:* Acordó elevar los autos a este Consejo Supremo en virtud de lo determinado en los artículos 52, números 9 y 11 y 798 del CJM, al tiempo que se acuerda discurrir, en parte, la Sentencia dictada, intención ésta que si bien no se halla reflejada de modo expreso en el Decreto Auditoriado de fecha 9 de febrero de 1977, sí se deduce del contenido del expresado Decreto, con arreglo a los fundamentos que en el mismo se contienen. En primer término expone la Autoridad Judicial la posibilidad de ser salvados los errores de técnica que se aprecian en la Sentencia y a los que alude el equilibrado recurso del Fiscal de la Jurisdicción, acordando con aquélla la conveniencia de simplificar el relato de hechos probados. En segundo término expone la Autoridad Judicial su conformidad con la calificación jurídica de los hechos que lleva a cabo la Sentencia, considerando que los mismos son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el artículo 394 del CP y no estimando su tipificación en el artículo 396 del mismo texto, a pesar de ser ésta la calificación que predomina en el procedimiento. La apreciación mayoritaria de los miembros del C.G. no se halla en desacuerdo con la orden de proceder, que, «ab initio», no mataba tal calificación por inexistencia de elementos de juicio que permitieran una valoración bastante. Tercero, que si la aceptación de la calificación realizada por el C.G. conlleva la obligada imposición de las penas que señala el Auditor en su dictamen, diecisiete años, cuatro meses y un día de reclusión menor y diez años y un día de inhabilitación absoluta, la pena accesoria de separación del servicio y el efecto de pérdida de empleo, tal rigor es franqueable con la posible conmutación de la pena privativa de libertad en los términos precisados en el *otro* de la Sentencia. Cuarto, respecto del delito de falsedad en documento público por el que es condenado el Comandante S.O., sin previa acusación y procesamiento, no puede ser considerado autónomo, sino que la actividad del condenado anotando en los libros mercantiles asientos no veraces, es y forma parte de la acción malversadora, sin relieve para adquirir entidad delictiva por sí mismo necesariamente separado del delito de malversación. Quinto, que de conformidad con el Auditor, no es de apreciar la atenuante de arrepentimiento espontáneo, del núm. 9 del artículo 9 del CP, ya que el inicio del reconocimiento de culpabilidad por el Comandante S.O., así como el ofrecimiento de restitución fue posterior al descubrimiento de los hechos. Sexto, respecto de las responsabilidades civiles, la Sentencia adolece del adecuado Considerando sobre la compleja cuestión de las responsabilidades civiles y en todo caso el titular a quien corresponde revierta la indemnización de perjuicios ocasionados y el reintegro de lo malversado es el Estado (Ramo de Guerra), el cual dispondrá lo pertinente para la redistribución a los entes administrativos a quienes legalmente corresponda. *Fiscal Togado:* Se ratificó en su escrito de acusación, conforme al cual se estima que los hechos investigados son constitutivos de un delito de falsificación de documento militar, equiparada a la de documento público, previsto y sancionado en el párrafo 1.º y núm. 4.º del artículo 302 del CP, en relación con lo dispuesto en el núm. 4.º del artículo 194 del CJM, considerado como medio necesario para la comisión del otro delito que constituyen los hechos, un delito de malversación de caudales públicos, previsto en el párrafo 1.º del artículo 394 del CP y sancionado en el núm. 4.º y párrafo último del mismo, y en su consecuencia, y teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 71 del CP, el Comandante de Oficinas Militares, en situación de retirado don V.S.O., debe ser condenado a la pena de veinte años de reclusión menor y doce años de inhabilitación absoluta, con la accesoria de separación del servicio y el efecto

JURISPRUDENCIA

especial de pérdida de empleo, debiendo en concepto de responsabilidad civil, abonar al Estado (Ramo de Guerra), la cantidad que definitivamente resulte malversada que de momento se fija en 4.217.975,58 pesetas, más los intereses que procedan y las indemnizaciones por razón del tiempo que ha tardado en ingresar en sus arcas las cantidades sustraídas, sin perjuicio todo ello de lo indultos generales o particulares que puedan corresponderle a la vista de las peticiones formuladas por el C.G., Auditor y Capitán General. En el escrito de acusación del Ministerio Fiscal existe un *Otrisi digo* que expone, que habiendo denunciado el Coronel da Infantería don José López Ariza determinadas irregularidades en la actuación de la Junta Económica, según se acredita al folio 8 de las actuaciones, que fueron investigadas por orden del Auditor, pero respecto a las cuales no se ha tomado aún resolución, el Fiscal llama la atención de la Sala a los efectos que procedan. *Defensa:* El Defensor del procesado se ratificó en su escrito, ampliando verbalmente su informe para matizar sus correspondientes alegaciones, solicitando la revocación de la Sentencia dictada por el C.G., dictándose otra en la que se considere al procesado autor de un delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el artículo 396 del CP, concurriendo la circunstancia agravante 4.º del artículo 194 del CJM y la atenuante 7.º del artículo 186 del mismo CJM, en relación con el artículo 192 del aludido Código, por haber distraído fondos en la cuantía de 2.201.323,58 pesetas, y como fuere que su defendido tenía depositada la suma de 4.217.976 pesetas, solicita la devolución de la suma de 2.201.652 pesetas. *C.S.J.M.:* Revoca, entendiéndolo que, *de acuerdo con el parecer del Fiscal y Defensor ante el C.G., de los ya citados Fiscal y Defensor al formular los oportunos recursos al amparo del artículo 797 del CJM, el Presidente del mencionado Consejo que formuló voto particular, del Consejo mismo, del Auditor y del Capitán General de la Jurisdicción, y de esta Sala, los hechos son constitutivos de uno de los delitos de malversación, que prevé y sanciona el Capítulo X del Título VII del libro 2.º del CP ordinario, presentándose la discrepancia en orden a si tal conducta encaja en el tipo delictivo descrito en el artículo 394 o en el del 396. Evidencia lo correcto de la conclusión de que los hechos constituyen un delito de malversación en sentido genérico, y sin hacer de momento distinción sobre si al caso es aplicable alguno de los artículos referidos, no sólo el examen de dichos artículos, sino también la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo contenidas en varias sentencias y entre ellas en la de 23 de diciembre de 1967, en la que se dice que el delito de malversación de caudales públicos, requiere para existir el elemento subjetivo de la cualidad de funcionario público en el procesado; el objetivo de que el mismo tenga a su cargo los caudales o efectos públicos o a su disposición por razón de sus funciones; el acto de sustraer o consentir que otros sustraigan definitivamente para el supuesto del artículo 394 del CP o para aplicarlo a usos propios o ajenos temporalmente con ánimo de restituirlo en el caso del artículo 396 de dicho Cuerpo legal, añadiendo la misma Sentencia que para que exista delito basta que el sujeto activo del mismo sea servidor de la posesión oficial, que tenga que dar a los caudales adecuado destino por realización debida de la función de lealtad impuesta; concepto éste de gran amplitud que comprende, a los efectos de esta Sentencia no sólo el largo periodo en el que el procesado estuvo en servicio activo como funcionario, sino también el breve periodo en que por razones prácticas se dispuso, en vez de su reglamentario cese, su provisional continuación en la Administración de los fondos objeto de la malversación. Esta doctrina se ratifica en la Sentencia del mismo Tribunal de 20 de octubre de 1970, en la que se dice que basta con que los caudales se posean de hecho, y aunque no esté atribuida de derecho la custodia, para que se dé el delito de malversación, pues ostenta esta posesión en virtud de sus funciones generales y sin necesidad de una*

JURISPRUDENCIA

correlación de las formalidades administrativas de orden interno (CONSIDERANDO I). Que en cuanto a la discrepancia planteada en relación con el encaje de los hechos en el delito tipificado en el artículo 394 o en el 396 del CP, es de tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, ha perfilado en reiteradas sentencias la línea de separación entre ambas figuras delictivas, de cuya Sentencia cabe citar las de 8 de noviembre de 1889, 16 de abril de 1956, 6 de julio de 1965 y 4 de abril de 1964, en la última de las cuales se dice que la distinción entre los supuestos típicos de malversación propia del artículo 394 y la impropia del artículo 396, ambos del CP, no estriba precisamente en el reintegro de los caudales o efectos, sino que la figura del artículo 396 presupone inicialmente un mero desvío del destino de los caudales públicos a usos propios o ajenos, factor finalista bien diverso de la sustracción del artículo 394, ya que lo que en esta tipicidad constituye una plena suplantación de la propiedad con el «animus res sibi habendi» característico de tipos ordinarios de robo o hurto, se convierte en el artículo 396 en una variedad del denominado «hurto de uso», en el que dado el lucro, el hecho se circunscribe al goce temporal del usuario. La Sentencia de 21 de mayo de 1968, ratifica este parecer, al decir que la diferencia entre la malversación propia del artículo 394 y la impropia del artículo 396 no radica en la actividad desplegada por el culpable para reparar los efectos del delito una vez descubierto éste, sino en el ánimo o propósito que tuvo al aplicar a usos propios los caudales públicos, castigando el primero la apropiación definitiva y el segundo la temporal o de mero uso, siempre que vaya seguida de restitución dentro del plazo señalado en el precepto (CONSID.º II). Ante esta concreta delimitación y aplicando tal doctrina al caso objeto de la Sentencia, la Sala estima que es cuestión básica determinar cuál fue el ánimo o intención del procesado, al tomar ciertas cantidades de los fondos que manejaba, ya que este elemento subjetivo y por ello difícil de precisar, ha de servir para aclarar si su conducto encaja en el tipo delictivo recogido en el artículo 394 o bien en el 396, delimitación ésta para la que sólo puede servir de base un atento examen del resultado de las actuaciones de las que si bien parece derivarse que, por una parte el procesado dejó transcurrir largo tiempo sin mostrar indicio de su ánimo de devolver, ni aun en el momento muy propicio para ello en que pasó a la situación de retirado, también resulta que por otra parte, estuvo dispuesto a reintegrar las cantidades malversadas aún antes de la fecha de la incoación de la Causa, cosa que realmente efectuó en los diez días siguientes a dicha incoación en lo que atañe a parte de la cantidad total, y en los diez días siguientes a la notificación, del resto de sus débitos, en cuanto a las demás cantidades adeudadas, circunstancias éstas que demuestran suficiente fluidez económica en el procesado, para restituir en cualquier momento dichas cantidades. Ante esta contradicción entre las pruebas que se pueden servir de inicio de la intención del procesado y ante su afirmación en el acto del C.G., de que pensaba restituir, pero no encontraba momento adecuado para ello, la Sala, atendiendo al principio «in dubio pro reo» estima que no existe prueba de la intención definitiva de apropiación (CONSID.º III). De conformidad con lo que se dice en el Resultando núm. 4.º y en el Considerando anterior, el encausado devolvió las cantidades malversadas en el plazo previsto en el artículo 396 del CP ordinario sin que sea dable afirmar que parte de ella lo fue después del plazo de diez días siguientes a la incoación del sumario, puesto que la doctrina del Tribunal Supremo manifiesta en la Sentencia de 2 de diciembre de 1965, dando al párrafo 2.º de dicho artículo una interpretación más extensiva y menos literal de la que pueda deducirse por su simple lectura, declaró que es de aplicar el párrafo 1.º del artículo 396 del CP, en un supuesto en que la cantidad adeudada fue reintegrada al día siguiente de ser conocido con exactitud la cuantía del descubierto. A mayor abunda-

JURISPRUDENCIA

miento la Sentencia de 5 de abril de 1974, afirma que el adverbio «dentro» a que se refiere el párrafo 2.º del precitado artículo 396, constituyó una expresión poco afortunada que no responde al pensamiento del legislador y que, por ende, no puede interpretarse en su estricto sentido gramatical. Por lo tanto, la Sala estima que en el supuesto fáctico que el procedimiento plantea, concurren los requisitos de la malversación tipificada en el artículo 396, párrafo 1.º del CP ordinario (CONSID.º IV). Que la Sala estima que el delito de malversación a que se refieren los considerandos anteriores, tiene toda las características de un delito continuado, figura jurídica ésta que ha estructurado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, entre las que es de citar, por su claridad y sistemática, la de 16 de julio de 1974, que recoge y ratifica el criterio de otras anteriores, y que después de afirmar que el delito continuado es una realidad sustantiva y no una ficción jurídica, establece en síntesis los siguientes requisitos para tal modalidad de delitos: 1.º—Desde el punto de vista subjetivo, unidad de propósito, plan único y sistemático, ambición maximalista que no se conforma con hechos aislados. 2.º—Desde el punto de vista objetivo, pluralidad de actos que son expresión fraccionada, parcial o escalonada, de un designio único. 3.º—Desde el punto de vista jurídico, violación de un mismo tipo penal o unidad de precepto penal violado. 4.º—Desde el punto de vista personal, identidad de sujeto activo: requisitos, todos éstos, que concurren en el caso de autos. La Sentencia de 19 de junio de 1974, añade que en determinados delitos de índole patrimonial, se concede primaria importancia a la visión global y conjunta del propósito y designio del agente, sobre la reiterada serie de actos que, como eslabones de una misma cadena compone la ejecución, y con los que no se persigue llegar al apoderamiento de varias sumas, sino que sin específica determinación, actúa mediante un procedimiento común y uniforme, en que cada acto carece de perfiles propios y diferentes de los demás (CONSIDERANDO V). Que en el delito continuado de malversación a que se refieren los Considerandos anteriores, concurre la circunstancia agravatoria especial del núm. 4.º del artículo 194 del CJM (CONSID.º VI). Que del delito consumado calificado en los anteriores Considerandos, es responsable en concepto de autor por su directa y voluntaria participación en la ejecución de los hechos, el procesado don V.S.O., a tenor de lo dispuesto en los artículos 12 y 14 del CP ordinario (CONSID.º VII). Que el C.G. incurrió en error al aplicar la circunstancia atenuante del párrafo 7.º del artículo 186 del CJM, en primer lugar porque el texto legal aplicable en su caso, hubiera sido el párrafo 9.º del artículo 9 del CP ordinario; en segundo lugar, porque en el supuesto a que se refiere esta Sentencia, no se ha dado el requisito previo de que la actuación del culpable, indicadora del arrepentimiento espontáneo, hubiera tenido lugar antes de la iniciación del procedimiento judicial, y en tercer lugar, porque tampoco es de apreciar tal arrepentimiento al no concurrir ese factor psicológico de hondo pesar producido por la sola contemplación del acto ilícito, que señala la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 22 de febrero de 1960, 1 de julio de 1964 y 5 de abril de 1973), y que lleva al culpable a actuar como dice el texto legal comentado, actuación ésta que no puede ser suplida por conjeturas derivadas de la devolución de efectos, como dicen las Sentencias de 5 de octubre de 1960, 17 de octubre de 1969, 17 de abril de 1972 y otras (CONSID.º VIII). Que en cuanto a la apreciación hecha por la Sentencia de un delito continuado, de falsificación de documento público previsto y penado en el artículo 302, núm. 4 del CP ordinario, en relación con el también núm. 4 del artículo 94 del CJM, medio necesario para cometer la malversación (concurso ideal) y sujeto por tanto al artículo 71 del CP ordinario en cuanto al cálculo de la sanción, es de resaltar que dicho delito no ha sido objeto de procesamiento ni acusación fiscal, por lo que tanto el Fiscal ante el C.G. como el Defensor, tan

JURISPRUDENCIA

sólo han podido exponer sus argumentos contradiciendo dicha calificación, en los escritos de recurso articulados al amparo de lo prevenido en el artículo 797 del CJM. En segundo lugar, estima también la Sala, que dichas falsificaciones no pueden constituir un delito continuado, desde el momento que si bien es cierto que el procesado anotó en los libros facturas no pagadas, como si realmente lo hubieran sido, lo hizo aisladamente y en determinados momentos que no son dables de especificar, en cuanto a su fecha y cuantía, en el actual momento procesal y a la vista de las pruebas aportadas al procedimiento y, en tercer lugar y principalmente, porque como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1930 no es posible incriminar aisladamente hechos que forman un conjunto y se completan, ya que, como en este caso ocurre, la intención dolosa del culpable, no fue otra que la de apoderarse de fondos pertenecientes a la Hacienda Militar que le habían sido encomendados, y, para hacerlo, se valió de medios engañosos de alterar determinados documentos, los que por estar tan íntimamente ligados con la malversación, no pueden ser castigados con penalidades distintas de la que ésta merece. En su consecuencia, y tomando como base las razones anteriores, la Sala discrepa del parecer del C.G. en lo referente a la apreciación del citado delito de falsedad ideológica, estando, por el contrario, de acuerdo con la tesis de la Autoridad Judicial con su Auditor (CONSID.º IX). Que todo responsable criminalmente de un delito, lo es también civilmente, según lo dispuesto en el artículo 19 del CP y que a efectos de la determinación de la cuantía que ha sido objeto de malversación, la resultancia de la prueba indica que se trata de una cantidad notorialmente superior a la de 4.217.975,58 pesetas, pero al no ser posible determinar con exactitud su cuantía, por aplicación del principio «in dubio pro reo» se determina a efectos penales y de responsabilidad civil la susodicha cifra de 4.217.975,58 pesetas, expresamente reconocida por el procesado y admitida como mínima por la prueba y datos contables obrantes en el procedimiento (CONSID.º X). Que no procede ningún pronunciamiento sobre abono de prisión preventiva por no haberla sufrido el procesado y además por la índole de la pena impuesta (CONSID.º XI). En resolución del disenso realmente planteado por el Capitán General de Baleares, de conformidad con su Auditor, contra la Sentencia del C.G., quien también remite el procedimiento y dicha Sentencia a este CSJM, a efectos de aprobación, de acuerdo con el artículo 52, núm. 11 del CJM, se revoca la repetida Sentencia del Consejo de Guerra de Oficiales Generales que vio y falló esta Causa, en la Plaza de Mallorca, el día 21 de enero de 1977 y, en su consecuencia, se condena al Comandante de Oficinas, en situación de retirado, don V.S.O, como autor de un delito de malversación, sin daño o entorpecimiento para el servicio público, previsto en el artículo 396, párrafo 1.º del CP, con las circunstancias especiales de agravación del artículo 194, núm. 4 del CJM, a la pena de suspensión por seis años de cargo público, profesión u oficio, con referencia al que desempeñaba el condenado al tiempo de su procesamiento, o a cualquiera militar o civil de funciones análogas, y suspensión por el mismo tiempo de derecho de sufragio activo y pasivo, con la accesoria legal de separación del servicio y el efecto especial militar de suspensión de empleo. En concepto de responsabilidad civil corresponde el abono de la cantidad de 4.217.975,58 pesetas, ya depositadas a resultas del procedimiento. Retírense mediante el oportuno mandamiento y recibo dichas cantidades depositadas en la Caja General de Depósitos e ingrésense en el Fondo de Atenciones Generales de la Capitanía General de Baleares. Asimismo se acuerda absolver al procesado de los delitos de malversación y falsedad de que fue acusado por el Fiscal Togado de este CSJM. No se hace pronunciamiento alguno sobre abono de prisión preventiva, dada la índole de la pena impuesta y por no haberla sufrido el procesado. Otrosí: Se dispone que el saldo que exista en la cuenta abierta de Capige en el

JURISPRUDENCIA

Banco Atlántico, S. A., sucursal de Palma de Mallorca, sea ingresado en el Fondo de Atenciones Generales, procediéndose a la cancelación de dicha cuenta, así como de cualquier otra cuenta, cartilla o saldo de la misma procedencia.

2. **Aprobación de Sentencia. Art. 828 CJM (Vista en sesión privada). Delitos de apropiación indebida (art. 535/528-3.º CP). Faltas de apropiación indebida (art. 587-3.º CP). Circunstancia específica de agravación. Art. 194-2.º CJM (no concurre). Regla 2.ª del art. 70 CP.**

Sentencia de 3 de mayo de 1978 (Segunda Región Militar).—Al procesado, Teniente Legionario don F.M.B., le fue confiado el cargo de Ayudante de la VI Bandera, del Tercio Duque de Alba II de La Legión, en fecha no precisada del año 1976.—El mencionado destino comportaba, entre otras misiones, el hacerse cargo de los giros librados en favor del personal de la mencionada Bandera y a la vez de abonar a los respectivos beneficiarios dichos giros, asentando la recepción y el pago de los mismos en los libros dispuestos al efecto.—El Oficial procesado, con inexplicable dejadez, hizo caso omiso de las instrucciones establecidas con relación al obligado asiento en los libros aludidos, de los giros recibidos y ulteriormente pagados; motivando tales irregularidades, que llegaron a trascender, que por el Coronel Jefe del Tercio se dispusiera, en la fecha de 10 de noviembre de 1976, la práctica de una inspección para determinar el alcance de las sospechadas anomalías, llegándose así a comprobar que el repetido Teniente procesado tomó para sí, con evidente ánimo de lucro, el importe de 134 giros, que alcanzaban globalmente un valor de 310.885 pesetas, ordenándose incoar por ello la presente Causa en la fecha siguiente del 13 de noviembre. Se añade a lo dicho que algo después, concretamente el 29 de noviembre del repetido año, entregó en el expresado Tercio, la esposa del Teniente M.B. la suma que éste retuvo en su provecho, abonándose con ella los diversos giros que la totalizaban a sus respectivos beneficiarios, quienes en definitiva y por lo dicho no han experimentado perjuicio alguno (RESULT.º I). Que de los diversos giros que el procesado Teniente don F.M.B. tomó para sí y a los cuales anteriormente se hacía referencia, un total de 126 —muchos de entre ellos recibidos en el mes de septiembre de 1976— no rebasaban en su cuantía uno a uno, la cantidad de 5.000 pesetas. Asimismo, por lo que respecta a los restantes ocho giros que igualmente hizo suyos el procesado, la cuantía de todos ellos sobrepasa las 5.000 pesetas, mas sin alcanzar ninguno la de 50.000 pesetas (RESULT.º II). Que en razón de las irregularidades observadas en los antes referidos libros registros de giros, por quienes fueron designados para fiscalizarlos, le fue impuesto al Teniente M.B., por el Coronel Jefe de su Unidad, el correctivo de dos meses de arresto, por estimarlo incurso en la falta leve de «inexactitud en el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias» (RESULT.º III).—*C.G. Oficiales Generales:* Tras declarar como probados unos hechos esencialmente coincidentes con los que han sido relatados en los tres primeros Resultando de esta nuestra Sentencia, se calificaron los mismos como constitutivos de ocho delitos consumados de apropiación indebida, incardinados en el artículo 535 del CP, en relación con el 528, núm. 3.º, del mismo Código, por lo que se refiere a los ocho apoderamientos de cuantía de cada uno de ellos superior a 5.000 pesetas e inferior a 50.000; y 126 faltas consumadas de apropiación indebida, de núm. 3.º del artículo 587 del propio CP, por los restantes 126 giros, cada uno de los cuales no excede de 5.000 pesetas; delitos y faltas de los que responde en concepto de autor el procesado Teniente Legionario don F.M.B. sin que concurren en su comisión circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndose al procesado por los ocho delitos de apropiación indebida ocho penas de cuatro

JURISPRUDENCIA

meses de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, y la específica militar de separación del servicio; y por las 126 faltas de apropiación indebida, otras tantas penas de un mes de arresto menor; sirviéndole de abono para el cumplimiento de tales penas el tiempo de prisión preventiva, y declarando expresamente que el máximo de cumplimiento de la condena no podrá exceder del triple del tiempo que corresponda a la más grave de las impuestas, dejando de extinguir lo que sobrepase del máximo predicho, y sin que sean exigibles responsabilidades civiles, al contar que todos los titulares de los giros apropiados fueron reintegrados de las cantidades libradas a su favor. *Autoridad Judicial:* Tras mostrar su aceptación de los hechos declarados probados, apreciación de la prueba, calificación jurídica y demás pronunciamientos del fallo, elevó los autos al Consejo Supremo de Justicia Militar, en trámite de aprobación de sentencia, en razón a lo prevenido en los incisos 9.º y 11.º del artículo 52 y artículo 798 del CJM, en atención a la pena accesoria de separación del servicio impuesta al procesado, con propuesta razonada de aprobación de la sentencia recaída. Que recibidas las actuaciones en el Alto Tribunal, fue turnada la Causa a la Relatoría de Ejército, y habiendo acordado la Sala de Justicia proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 828 del Código castrense, se formó el rollo correspondiente, y previos los trámites de formación de apuntamiento y ponencia, fue vista en Sala de Justicia y Sesión Privada. *C.S.J.M.:* Aprueba la Sentencia, entendiéndole que los hechos relatados y declarados probados, como con acierto se resuelve en la Sentencia consultada, por lo que se refiere a los ocho apoderamientos cuya cuantía individualizada se ha concretado que fue superior a 5.000 pesetas e inferior a 50.000, son constitutivos de otros tantos delitos consumados de apropiación indebida incardinados en el artículo 535 del CP, en relación con el 528, núm. 3.º del propio Cuerpo legal; y por lo que se refiere a los apoderamientos de los otros 126 giros, cada uno de los cuales no excedió en su cuantía de 5.000 pesetas, son constitutivos de otras tantas faltas consumadas de apropiación indebida, previstas y penadas en el artículo 587, número 3.º del CPC.—A tal conclusión es necesario llegar, como acertadamente se expresa en la propia sentencia consultada, porque del examen de la presente Causa claramente resulta que la conducta del Oficial procesado no quedó reducida al incumplimiento de las instrucciones que, más o menos formalmente, sin duda le fueron dadas con respecto a la recepción y ulterior pago del importe de los giros librados en favor del personal de la VI Bandera; pues efectivamente lo que en su origen acaso fue simple dejadez a la hora de registrar en los correspondientes libros las vicisitudes del día, más tarde se concretó en un claro propósito de retener para sí y en su provecho el importe de numerosos giros, ciertamente de exigua cuantía gran parte de ellos, pero que en conjunto totalizaban respetable suma. Sentado lo cual cabe añadir que por hallarse notoriamente individualizados los múltiples apoderamientos efectuados por el procesado, pues en todos ellos se precisa la fecha de recepción e importe del giro y su destinatario, resulta evidente, a la hora de enjuiciar los hechos de este proceso que los mismos no pueden ser contemplados como una sola infracción penal, objetivada por el total de la suma que ha servido de lucro al procesado, sino como una adición de ellas, enlazadas en un claro concurso real, razón por la que se han tipificado una a una las infracciones atendiendo a la diversa cuantía de los giros apropiados (CONSID.º I).—Que de los delitos y faltas referidos es responsable en concepto de autor el procesado Teniente Legionario don F.M.B., por su participación personal, voluntaria y directa en los hechos que definen tales infracciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 14, núm. 1 del CP (CONSID.º II). Que no concurren ni son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por lo que respecta a la circunstancia específica

JURISPRUDENCIA

de agravación militar del artículo 194, núm. 2.º del CJM, cuya concurrencia fue alegada por el Fiscal Jurídico Militar en el momento procesal oportuno, se estima acertado y ajustado a Derecho el criterio sentado por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en la propia sentencia consultada, que rechazó la concurrencia de dicha circunstancia, por entender que si el cargo o servicio confiado al procesado prefiguró el recibir en depósito las cantidades consignadas en los giros, possibilitándose así su ulterior apropiación y con ella la comisión de las señaladas infracciones, claro resulta que dicho cargo o servicio tiene la condición de elemento inherente al delito, y, consiguientemente, no cabe deducir de él las ulteriores consecuencias invocadas por el Fiscal Jurídico Militar (CONSIDERANDO III). Que no son de exigir en el presente caso responsabilidades civiles, al constar que todos los titulares de los giros apropiados fueron reintegrados de las cantidades libradas en su favor (CONSID.º IV.) Se aprueba la sentencia dictada en Causa núm. 409 de 1976 de la Segunda Región Militar, por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales celebrado en la plaza de Sevilla el día 27 de octubre de 1977 y, consecuentemente, se condena al procesado Teniente don F.M.B. a ocho penas de cuatro meses de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y la especial militar de separación del servicio, como autor responsable de otros tantos delitos de apropiación indebida, previstos y penados en el artículo 535, en relación con el 528, núm. 3.º del CP, sirviéndole de abono para su cumplimiento el tiempo de prisión preventiva sufrido a resultas de esta causa; y como autor responsable de las 126 faltas de apropiación indebida, prevista y penada en el artículo 587, núm. 3.º del propio Cuerpo legal, a otras tantas penas de UN MES DE ARRESTO MENOR, para cuyo cumplimiento le será igualmente de abono al reo el tiempo de prisión preventiva sufrido a resultas de esta Causa.—Asimismo, se declara que el máximo de cumplimiento de la condena no podrá exceder del triplo que corresponda a la más grave de las penas impuestas, dejando de cumplir las que procedan de las ya impuestas cuando cubrieren el máximo de tiempo predicho, conforme a la regla 2.º del artículo 70 del CP. Sin que sean de exigir responsabilidades civiles, ya que todos los titulares de los giros apropiados han sido ya reintegrados de las cantidades libradas en su favor.

3. **Dissentimiento. Delito de sedición (arts. 301/295, CJM). Tentativa (art. 184 CJM). Actos preparatorios. Mera intención de delinquir. Absolución. Correctivo por falta leve de "olvido de un deber militar" (art. 443 CJM).**

Sentencia de 10 de mayo de 1978 (Tercera Región Militar).—El hoy procesado, Cabo I.E.A., el día 14 de noviembre de 1976 se hallaba en los calabozos de su Unidad cumpliendo un correctivo impuesto por sus Superiores, del que fue sacado por el Sargento de Semana para que estuviera presente en el acto de revista de policía de las taquillas que, ordenado por el Capitán de Servicio, se iba a realizar, y cuando el Oficial de Semana del primer Escuadrón cumplía la orden recibida, en la taquilla perteneciente a I.E.A., éste intentó esconder, por ser conocedor de su contenido y de las Leyes Penales Militares, unos folios mecanografiados que guardaba en su taquilla, intento que al ser observado por el Sargento de Semana presente, motivó el que se lo reclamara entregándoselos seguidamente al Oficial; dichos folios forman un conjunto de siete de papel cebolla, mecanografiados en original en los que de una forma directa se induce a los soldados a «constituir los consejos de soldados», «a que los soldados mayoritariamente sin duda volveremos nuestros fusiles contra los mandos», «a conquistar las libertades políticas por parte de los soldados en el seno del Ejército», considerando que «los mandos del Ejército

JURISPRUDENCIA

pertenecen a la alta burguesía y los soldados son hijos del pueblo y no deben defender los intereses de aquéllos» (RESULT.º I). *C.G. ordinario*: Declarando probados los hechos que se consignan en el primer Resultando de su Sentencia y que han sido recogidos en su análogo de ésta, condenó al procesado como autor de un delito de sedición en grado de tentativa, previsto en el artículo 301 y penado en el 295 en relación con el párrafo 3.º del artículo 184, todos ellos del CJM, por cuanto las expresiones contenidas en los folios ocupados a I.E.A. incitan de una forma clara a la insubordinación en las filas de los Ejércitos, suponiendo un ataque a las esenciales normas constitutivas del mismo y a la disciplina militar, justificando que ha sido en grado de tentativa por cuanto iniciada la ejecución del delito éste se interrumpió, no por voluntad del agente, sino por un hecho ajeno al mismo. Consideró la Sentencia asimismo que el procesado era culpable en concepto de autor, que no se apreciaban circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sin que hubiere civiles que declarar y condenando a I.E.A. a una pena de dos años de prisión militar con la accesoria legal de deposición de empleo y el efecto militar de pérdida de tiempo para el servicio, siéndole de abono la prisión preventiva sufrida por esta Causa. *Autoridad Judicial*: Disiente la Sentencia pronunciada por el Consejo de Guerra que vio y juzgó la presente Causa, si bien acepta la relación de hechos probados de aquélla, que se limitan a la posesión por el procesado de unos folios mecanografiados conteniendo frases injuriosas al Ejército, a la disciplina militar, etc., pero sin declarar la realización de acto inicial de posterior uso por parte del encausado, ni su intención siquiera de incitar o seducir tropas para promover por actos directos la sedición o insubordinación en las filas de los Ejércitos. Estima, sin embargo, que no merece la misma suerte aprobatoria el Considerando de calificación jurídica integrando aquellos hechos en el delito de sedición toda vez que carece de apoyo fáctico en la premisa de hechos. Olvida la Sentencia que en el grado de tentativa lo esencial es la realización del núcleo del tipo, es decir, de actos comprendidos en el verbo principal definitorio del delito (en este caso incitar o seducir tropas con el ánimo finalístico comprendido en el citado artículo 301), en definitiva, «dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores», como reza el artículo 184-3.º Código castrense, requisito que no concurre a la vista de la prueba practicada en la Causa, donde lo único cierto es un hecho de simple tenencia o posesión, como con justeza señala la Sentencia. Por otra parte, al tratarse de un delito de índole formal no es dable apreciar tentativa ni otra forma imperfecta de ejecución. En todo caso, a efectos dialécticos podría estarse en presencia de un acto equívoco, que no sería enjuiciable por no intentarse la finalidad que el legislador pretende evitar. Por último, además no sólo no se han probado los elementos configurativos de la tentativa de delito, con lo que se imponía la absolución al no ser posible fundar la condena en simples conjeturas, sospechas o indicios, sino que cabalmente resulta de la investigación sumarial que el Cabo procesado ni difundió el contenido de los folios, ni exteriorizó manifestaciones contra el Ejército y sus mandos, como se infiere de la copiosa prueba de testigos que menciona, sin que a lo que precede fuere obstáculo el conocimiento del contenido de los folios, aunque el encausado lo niega, ni que pretendiera ocultarlo durante la revista general de taquillas ya que esto sólo es indicativo del natural temor a la posible sanción, ya que su tenencia si no delictiva, sí es al menos reprochable. En virtud de todo lo expuesto no puede aprobarse la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra por ser procedente acoger los razonamientos del escrito del Defensor militar y por los que anteceden, y aceptando íntegramente la declaración de hechos probados propone calificarlos jurídicamente como no integrantes del delito de sedición comprendido en el artículo 301 del Código castrense, en ninguno de sus grados, al tratarse

JURISPRUDENCIA

de la mera posesión o tenencia por parte del procesado de los folios que le fueron intervenidos, sin otros usos que guardarlos ni propósito difusorio, comportamiento pasivo que es indiferente para el Derecho penal por lo que forzoso es concluir proponiendo la libre absolución del Cabo I.E.A., sin perjuicio de que pudiera apreciarse la comisión de una falta leve de «olvido de deber militar», del artículo 443 del CJM, por haber conservado un escrito claramente atentatorio a la disciplina militar en el interior del acuartelamiento de su Unidad. *Fiscal Militar*: Se ratificó en su escrito de acusación, apreciando que el procesado está incurso en el artículo 184, párrafo 3.º del CJM, pues hay tentativa del delito de sedición «cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento», basando esta afirmación en los antecedentes y conducta del procesado y en los hechos posteriores. Por todo ello propone la confirmación de la Sentencia disidentida. *Defensor*: Insistiendo en su anterior argumentación, solicita la absolución de su patrocinado. *C.S.J.M.*: Revoca, entendiendo que el disentimiento promovido por el Capitán General de la Tercera Región Militar de acuerdo con su Auditor, respecto a la Sentencia dictada por un Consejo de Guerra celebrado en la Plaza de Valencia del Cid el 19 de septiembre de 1977, en Causa 202-V-76, afecta esencialmente a si dicho Consejo de Guerra incurrió en notorio error de Derecho en la calificación jurídica de los hechos enjuiciados y consiguientemente, en la pena aplicable, al haber apreciado la comisión de un delito, en tanto que el Auditor y la Autoridad Judicial solicitan la absolución por estimar no concurren en los hechos declarados probados los requisitos exigidos por el artículo 301 del CJM para la existencia del hecho punible, sin que exista otro precepto en que aquéllos puedan incardinarse que el artículo 443 del Código castrense (CONSID.º I). Que estando conforme la Sala con la relación de hechos probados de la Sentencia, de ésta no se desprende más que el hecho objetivo de la posesión por el procesado de los folios mecanografiados sin que se haya acreditado la existencia de los elementos configurativos de la tentativa del delito, como dice el Auditor en su informe, con lo que se imponía la absolución al no ser posible fundar la condena en simple conjeturas, ya que de la investigación sumarial resulta que no comunicó ni difundió el contenido del escrito, que configura su comportamiento como meramente pasivo, al que por ello no puede asignarse carácter de hecho preparatorio (CONSID.º II). Que previamente al estudio del grado de perpetración del delito se hace necesario acreditar la existencia real de éste, pues si no hubiere delito sería obvio hablar de si ha sido frustrado, consumado, etc. En el caso de autos para la existencia de éste se hace preciso, conforme al artículo 301 del CJM, que los culpables de sedición inciten o seduzcan tropa o individuos, verbos éstos que exigen una acción, un obrar en el individuo que por actos externos y encaminados a promover la sedición, lleguen a ser o al menos puedan llegar a serlo, conocidos por aquellos a quienes van destinados. La mera intención aun admitiendo que la hubiera, sin relacionarla con exteriorizaciones concretas de esa voluntad delictiva, aun cuando pudieran repugnar a la moral, se mantienen fuera de la órbita propia de las leyes sancionadoras, que no castigan los pensamientos, aun cuando sean reprobables, pues el delito ha de ser acción o una omisión voluntaria penada por la ley y la mera tenencia de las cuartillas mencionadas, no puede considerarse como constitutivo de delito (CONSID.º III). Que la argumentación anterior aparece confirmada por numerosas sentencias de este Consejo Supremo en relación con el delito de sedición, que exige, como delito formal que es, una acción activa como «verter» especies que puedan difundir disgusto o tibieza en el servicio (S. 30-5-1953) «sólo puede aplicarse para calificar caso de que la «acción y efecto de difundir» entre los elementos militares especies ...

JURISPRUDENCIA

(S. 24-11-36); para cometer este delito ... sin que sea preciso que las especies «vertidas» (S. 26-9-33); cometen este delito los que «insinuándoles» ideas (S. 17-4-36) (CONSID.º IV). Que por las razones expuesta no puede incardinarse la conducta del procesado en el artículo 301, ni en ningún otro de los que se definen como delito, parece procedente revocar la Sentencia del Consejo de Guerra objeto de disentimiento y en su lugar dictar otra en que se declare que los hechos dados como probados por esta Sala de Justicia no son constitutivos de delito, si bien pudiera considerarse su conducta al tener en su posesión los folios citados, como integrante de una falta leve de olvido de un deber militar del artículo 443 del CJM, de la que aparece como autor el procesado I.E.A. (CONSID.º V). En resolución del disentimiento promovido por el Auditor y Capitán General de la Tercera Región Militar contra la Sentencia dictada en la Plaza de Valencia del Cid el 19 de Septiembre de 1977, y con revocación de dicha Sentencia, se absuelve al procesado I.E.A. del delito de sedición en grado de tentativa, previsto en el artículo 301 y penado en el 295, en relación con el párrafo 3.º del artículo 184 del CJM, y se le corrige como autor de una falta leve de olvido de deber militar del artículo 443 del mencionado Código castrense, con dos meses de arresto, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido privado de libertad, y deposición de empleo.

4. **Disentimiento. Diligencias preparatorias. Delito de simple imprudencia con infracción de Reglamentos (arts. 565/407 CP; art. 17 C. Circulación). Imprudencia temeraria (arts. 565, párrafo primero/407 CP). Delito contra la seguridad del tráfico (art. 340 bis c CP/arts. 1.º, 89 y 261 C. Circulación). Agravante de reiteración. Compañía Aseguradora no admitida como parte.**

Sentencia de 7 de junio de 1978 (Sexta Región Militar).—El inculpado en estos autos, A.A.I., con antecedentes penales de haber sido condenado por tres delitos: uno de inexistencia de permiso de conducir, otro de lesiones y otro de atentado a la Autoridad, a las penas de 5.000 pesetas de multa, 5.000 pesetas de multa y seis meses de prisión menor, respectivamente, soldado del Regimiento de Artillería núm. 25, de guarnición en Vitoria, y de buena conducta militar, siendo aproximadamente las quince horas del día 31 de agosto de 1973, conducía, sin estar habilitado para ello por permiso de conducción de la clase B ni tenerlo de clase alguna, la furgoneta matrícula VI-15061, propiedad de su suegro don F.U.Z., que había cogido sin la previa autorización de éste, por la calle Cuchillería de la ciudad de Vitoria —calle estrecha, con numerosos bares y notoria concentración de viandantes que desbordan las aceras, cruzan la calle y caminan por ella, como ocurría en la fecha y hora expresados—, haciéndolo en dirección San Francisco a Portal de Arriaga a una velocidad que, sin poder concretarse exactamente, era totalmente inadecuada a la circunstancia local expuesta, a causa de la cual y de la forma descuidada en que conducía, al cruzar el Cantón de San Francisco hizo un viraje en la dirección, que motivó, en la trayectoria del automóvil, un arco hacia la izquierda, el cual, aunque corto, desplazó hacia tal lado el vehículo, que con la parte posterior izquierda de su carrocería, golpeó a un viandante, S.B.B., de sesenta y nueve años de edad, soltero, albañil, que iba acompañado de dos amigos y por la parte izquierda del grupo, derribándole, siendo trasladado inmediatamente al Cuarto de Socorro de la ciudad y seguidamente al Hospital General «Santiago Apóstol», donde falleció a las diecinueve horas del día 20 de septiembre siguiente, habiéndose certificado por Médico Forense que el cadáver presentaba «hematomas periorbitales en ambos ojos, fractura bilateral de base de cráneo en fosa anterior y herida operativa recientemente suturada, supraumbilical, cubierta de apósitos y fijada con esparadrapo; lesiones todas ellas que han ocasionado su muerte y que están en perfecta consonancia con el accidente que se

JURISPRUDENCIA

dice sufrió el accidentado», dictamen que se completa con el de otros Doctores del Hospital, que manifiestan que a su ingreso las lesiones fueron catalogadas como muy graves y que el fallecimiento del señor B.B., debido a úlcera duodenal perforante y sangrante, está íntimamente ligado a la evolución de las lesiones sufridas, ya que si bien padecía úlcera duodenal antes del accidente, la perforación y consiguiente hemorragia que llevó a su fallecimiento fue consecuencia directa del tratamiento anti-inflamatorio que su congestión pulmonar postraumática exigía ineludiblemente. Los gastos originados en el citado Hospital por el señor B.B. ascienden a la cantidad de 88.067 pesetas y no consta que hayan sido pagados. La furgoneta VI-15061 estaba acogida al Seguro Obligatorio en la «Mutua Nacional del Automóvil», bajo certificado núm. 80.200.781, por razón del cual constituye este asegurador fianza de 300.000 pesetas (RESULT.º I). Que investigando sobre posibles familiares del fallecido, se ha venido en conocimiento de la existencia de un hermano, don F.B.B., a quien se ofreció el procedimiento, manifestando que quedaba enterado de sus derechos y que no renunciaba a la indemnización que en su día pudiera corresponderle y que vive en Vitoria, aunque en domicilio distinto de la víctima (RESULTANDO II).—*C.G. Ordinario*: Declara probados hechos similares a los que figuran en el primer Resultando de esta Sentencia, que calificó como constitutivos de un delito contra la seguridad del tráfico, por conducción, sin permiso, de vehículo de motor, previsto y penado en el artículo 340 bis c del CP, en relación con los artículos 1.º, 89 y 262 del Código de la Circulación, y de otro delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos, previsto y penado en el artículo 565, en relación con el 407 del CP, y con el artículo 17 del Código de la Circulación, ya que de la investigación practicada y de la prueba producida en el acto de la vista, no resultó más que lo que se declaró probado, en especial en cuanto a la velocidad, que en modo alguno parece fuera notoriamente excesiva, con potencialidad para generar temeridad, siendo responsable de dichos delitos en concepto de autor el inculpado, a tenor del artículo 14, núm. 1.º del CP, con las circunstancias agravantes siguientes: respecto de ambos delitos, la de reiteración, y en cuanto al delito contra la seguridad del tráfico, además de la de reincidencia, pudiendo el Tribunal recorrer libremente la extensión de la pena sin tener que imponerla necesariamente en su grado máximo, atendidos los artículos 63 y 565 del CP. En su virtud condena a A.A.I., como autor responsable de un delito contra la seguridad del tráfico, con las agravantes de reincidencia y reiteración, a la pena de 20.000 pesetas de multa, sustituible por veinte días de arresto caso de insolvencia, y como autor responsable de imprudencia simple con infracción de Reglamentos, con resultado de muerte y la concurrencia de la agravante de reiteración, a las penas de tres meses de arresto mayor y privación del permiso de conducir o del derecho de obtenerlo por tiempo de nueve meses, condenando asimismo, a la «Mutua Nacional del Automóvil» a indemnizar a la persona jurídica titular del patrimonio del Hospital «Santiago Apóstol» en la cantidad de 88.067 pesetas y a los herederos del fallecido en la de 50.000 pesetas, con cargo a la fianza de 300.000 pesetas depositadas por la Aseguradora.—*Autoridad Judicial*: Distinguió la Sentencia por estimar que la calificación jurídica de los hechos enjuiciados como simple imprudencia antirreglamentaria no es correcta, en cuanto que la conducta del inculpado excede de la culpa leve que exige tal figura delictiva, para, ascendiendo en grado, situarse en la grave que llevará consigo la modificación del delito estimado por el Consejo de Guerra, convirtiéndose en el de imprudencia temeraria del párrafo primero del artículo 565 del CP y ello con un respeto absoluto a los hechos declarados probados, ya que «conducir un vehículo de motor, por una calle estrecha, con numerosas tabernas y aglomeración de viandantes, haciéndolo en forma descuidada» e indudablemente violenta, hasta el extremo

JURISPRUDENCIA

de que al realizar un viraje se «desplaza» el vehículo hacia la izquierda golpeando a un peatón al que se le ocasionaron lesiones demostrativas de la violencia del impacto, por lo que no puede estimarse mero descuido o falta de atención, sino más bien omisión de elementales normas de cautela y previsión que, unidas al luctuoso resultado producido, fallecimiento del atropellado, vienen a configurar el delito de imprudencia temeraria antes señalado. En consecuencia propone que se condene al inculpado como autor del delito mencionado a la pena de un año de prisión menor con las accesorias legales de suspensión de cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto militar de pérdida del mismo para el servicio, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Sentencia disidentida.—*Fiscal Togado*: Muestra su criterio coincidente en forma absoluta con el mantenido en el disenso por el Auditor y la Autoridad Judicial de la Sexta Región Militar y ello no sólo por las acertadas razones que se exponen en su Decreto Auditoriado de disentimiento, sino también por la abundante jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo que respecto a la conducción descuidada —Sentencias de 9 de febrero de 1956 y 23 de junio de 1956—, en las que se matiza el carácter temerario de quien en un paraje urbano de mucho tránsito conduce sin prestar la debida atención a los obstáculos humanos que pudieran interponerse ante su marcha, y en cuanto a la velocidad inadecuada, el mismo Tribunal mantiene que la velocidad, como elemento determinante de la imprudencia temeraria, ha de relacionarse con las circunstancias de toda índole que concurran en el momento del accidente. Por ello estima que los hechos, que admite como probados, deben calificarse y sancionarse en la forma señalada en el disenso.—*Defensor*: Tras relatar los hechos en forma similar a los declarados probados, en cuanto al lugar, hora, vehículo y conducción sin permiso, concreta, sin embargo, la forma en que ocurrió el accidente, diciendo que el peatón S.B.B., de sesenta y nueve años, que procedía de la parte izquierda de la calzada, según el sentido de la marcha, sufrió un golpe, con la parte posterior izquierda de la carrocería del vehículo, al cruzar la calzada, sin poder darse cuenta el conductor hasta momentos después en que fue avisado por los compañeros del accidentado, sin que exista imprudencia por parte de su defendido, por cuanto circulaba por el centro de la calle, en lugar de mucha visibilidad y anchura, advirtiendo a tiempo la presencia de los tres transeúntes, que debieron, al llegar a un cruce, observar que no se acercaba ningún vehículo, no mostrando su conformidad a que la velocidad era inadecuada, pues hay contradicciones entre los testigos, sin que tampoco se pruebe el viraje repentino y señalando que dada la hora en que ocurrió el accidente la circulación de peatones no debía ser muy densa. Califica estos hechos como constitutivos de un delito de conducción ilegal, previsto y penado en el artículo 340, bis c), del CP, del que es responsable su patrocinado en el que concurre la circunstancia agravante de reiteración del núm. 14 del artículo 10 del CP, proponiendo a la Sala dicte sentencia en el sentido expresado, imponiendo al inculpado una única pena de 20.000 pesetas de multa, sin que sean de exigir responsabilidades civiles.—*C.S.J.M.*: *Revoca, entendiendo que efectivamente, el Consejo de Guerra incurrió en error al calificar los hechos como un delito de simple imprudencia con infracción de Reglamentos, pues si bien la diferencia positiva entre la imprudencia temeraria y la simple antirreglamentaria, al carecer de previsiones conceptuales el artículo 565 del CP, resulta difícil de matizar legalmente, por lo que ha de recurrirse a las significaciones dogmáticas de la técnica jurídico-penal, la cual pone el acento en el contenido cualitativo y en la entidad de la omisión culposamente realizada y estima que cuando la misma es generadora de un mayor peligro, por ausencia del deber objetivo de cuidado que le venía impuesto al agente guardar y dejó de tomar, ligera e irreflexivamente, por desatención, atre-*

JURISPRUDENCIA

vimiento o descuido negligente, los cuidados que ninguna persona hubiera dejado de guardar sin aparecer su conducta como muy peligrosa, y que de no existir hubiese evitado el daño, incurre indudablemente en el delito de imprudencia temeraria, notas éstas que se dan en el caso presente, pues el inculcado circulaba por una calle estrecha, con numerosos bares y aglomeración de viandantes, a velocidad inadecuada a la circunstancia local expuesta, y de forma descuidada en la conducción del vehículo, habiendo declarado el Tribunal Supremo que procede temerariamente quien conduce un automóvil por paraje urbano de mucho tránsito, sin prestar la debida atención a los obstáculos humanos que pudieran interponerse en su marcha (Sentencias de 9 de febrero de 1956 y 23 de junio del mismo año, entre otras) (CONSID.º I). Que los hechos relatados en el primer Resultando de esta Sentencia son constitutivos de un delito consumado de imprudencia temeraria originaria de muerte, previsto y penado en el párrafo primero del artículo 565 del CP, en relación con el 407 del mismo Cuerpo Legal; y de un delito contra la seguridad del tráfico, por conducción de un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso, previsto y penado en el artículo 340 bis, c), en relación con los artículos 1.º, 89 y 261 del Código de la Circulación, concurriendo respecto de ambos delitos la circunstancia agravante de reiteración, y en cuanto al segundo, además, la de reincidencia (CONSID.º II). Que de dichos delitos es autor el inculcado, a tenor del artículo 14, número primero, del CP (CONSIDERANDO III). Que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 19 del CP (CONSID.º IV). Que en cuanto a don F.U.Z. —hoy fallecido— no es necesario hacer ningún pronunciamiento en el fallo de la Sentencia, pues en ningún momento se ha seguido el procedimiento contra él, ni se le requirió para que se personase en el mismo, ni aparece como responsable por ningún concepto, por lo que su presencia en las actuaciones ha sido superflua (CONSID.º V). Que al no haber sido admitida como parte la Compañía de Seguros «Mutua Nacional del Automóvil» se la ha excluido del procedimiento, produciendo su indefensión y no siendo por ello procedente su condena como responsable civil (CONSID.º VI). Con revocación de la Sentencia disentida, se condena al inculcado, soldado A.A.T., como autor responsable de un delito de imprudencia temeraria originaria de muerte, previsto y penado en el párrafo 1.º del artículo 565 del CP, en relación con el 407 del mismo Cuerpo Legal, con la circunstancia agravante de reiteración, a las penas de un año de prisión menor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y el efecto militar de pérdida de tiempo para el servicio, si no lo tuviera cumplido ya, y a la pena de privación del permiso de conducir o del derecho a obtenerlo, durante nueve meses; y como responsable de un delito contra la seguridad del tráfico previsto y penado en el artículo 340 bis, c), del CP, con las agravantes de reiteración y reincidencia, a la pena de 20.000 pesetas de multa, sustituibles por treinta días de arresto en caso de insolvencia, no haciéndose abono de prisión preventiva por no haberla sufrido a resultas de este procedimiento. Asimismo se condena al inculcado A.A.T., en concepto de responsabilidad civil, a indemnizar a la persona jurídica titular del patrimonio del Hospital General «Santiago Apóstol», de la ciudad de Vitoria, en la cantidad de 88.067 pesetas; y a quienes en período de ejecución de sentencia acrediten ser herederos legítimos o testamentarios de don S.B.B., en la de 50.000 pesetas, absolviendo a la Compañía de Seguros «Mutua Nacional del Automóvil» de la responsabilidad civil a que fue condenada en la sentencia disentida, debiendo procederse a la devolución de la fianza depositada por dicha entidad.

JURISPRUDENCIA

5. **Disentimiento. Diligencias preparatorias. Delito de simple imprudencia con infracción de Reglamentos y resultado de lesiones graves y daños. Error de Derecho. Remisión condicional de la pena. Momento procesal de acordarla. Responsabilidades civiles.**

Sentencia de 21 de junio de 1978 (Capitanía General de Canarias).—El día 25 de abril de 1977, sobre las 21,40 horas aproximadamente, el inculcado Teniente de Infantería don M.V.G., conducía legalmente habilitado, el automóvil de su propiedad, matrícula TF-9981-B, por la carretera TF-411 en dirección hacia la Cuesta en Tenerife, y al llegar a la altura del kilómetro 1,300, en donde existe una desviación hacia la izquierda para la carretera TF-23, se desvió para penetrar en ella, sin prestar atención a que en sentido contrario se acercaba por la carretera primeramente citada la motocicleta TF-354-G que conducía su propietario J.A.R.D., colisionando con ella y produciendo en la misma deterioros tasados en 23.725 pesetas, resultando el motociclista con heridas de las que hubo de ser asistido en el Hospital General y Clínico de dicha capital, y continúa aún bajo tratamiento médico, ignorándose todavía si las limitaciones que presenta en movilidad de tobillo izquierdo constituirán secuela permanente. El inculcado carece de antecedentes penales, así como de sanciones en el Registro de la Dirección General de Tráfico. Su automóvil tenía concertado con la Compañía de Seguros «La Catalana» el Seguro Obligatorio, mediante el certificado número 53.166.772, acreditándose que el Hospital General y Clínico de Santa Cruz de Tenerife no se encuentra incluido dentro de los centros hospitalarios reconocidos por el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación. Dicha Compañía Aseguradora tiene ya abonado el importe de los desperfectos de la motocicleta. Por su parte doña C.D.G., madre del motociclista herido, abonó al mencionado Hospital General, por gastos de asistencia a su hijo, la cantidad de 4.750 pesetas, así como en el establecimiento «Ortopedia Tenerife» la cantidad de 1.500 pesetas como importe de dos bastones ortopédicos. El repetido Hospital mantiene pendiente de cobrar una factura de 105.538 pesetas (RESULT.º I).—*Juez Togado:* Dictó Sentencia considerando los hechos como legalmente constitutivos de un delito consumado de imprudencia simple con infracción de Reglamentos y resultado de lesiones graves, previsto y penado en el artículo 565, párrafos 2.º, 3.º, 4.º y 6.º del CP, en relación con los artículos 420, 3.º, y 563 del mismo y con los artículos 17, párrafo preliminar y apartado d), 18 y 25 a) del CC, toda vez que el inculcado condujo un vehículo motor por vías públicas sin el cuidado y atención que requerían las circunstancias del tráfico, especialmente al efectuar de noche una maniobra de cambio de dirección, sin comprobar previamente que podía efectuarla, no obstante acercarse otro vehículo en sentido contrario, dando lugar a una colisión con él y a que se produjeran como resultado heridas en otra persona que precisaron una asistencia médica por más de noventa días, y deterioros en la propiedad ajena, por más de 5.000 pesetas, lo que de haber mediado malicia hubiera integrado, respectivamente, sendos delitos de lesiones graves y daños; delito del que estimó responsable en concepto de autor, por participación material y directa, al indicado Oficial, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole las penas de un mes y un día de arresto mayor con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto especial de suspensión por igual tiempo del empleo militar, y privación del permiso para conducir vehículos de motor por tiempo de tres meses y un día, con abono del tiempo de privación de libertad o del indicado permiso sufrido, en su caso, con motivo de este procedimiento, y suspendiendo la pena privativa de libertad por tiempo de dos años, en base a que el artículo 92 del CP, a su juicio, facul-

JURISPRUDENCIA

taba al Tribunal sentenciador, a otorgar motivadamente por sí la remisión condicional, que deja en suspenso la ejecución de la pena, a cuyo efecto se tuvo en cuenta por el referido Juez Togado que el inculcado había delinquido por primera vez, no había sido declarado en rebeldía y que la pena privativa de libertad que le correspondía, siendo principal por el delito, no excedía de un año, así como la edad y demás antecedentes del reo, su buena conducta, la ausencia de circunstancias agravantes y la naturaleza del hecho punible; debiendo abonarse en concepto de responsabilidades civiles, directamente por la Compañía Aseguradora «La Catalana», la cantidad de 30.000 pesetas por gastos de asistencia médica y farmacéutica dispensada al herido J.A.P.D., con abono al mismo por dicha entidad aseguradora, con efectos desde el día 25 de abril de 1977, hasta la fecha en la que en ejecución de sentencia se acreditara su total curación, la cantidad de 200 pesetas diarias como pensión de asistencia personal, y debiendo abonarse por el propio inculcado a doña C.D.G., las cantidades de 4.750 y 1.500 pesetas, por ella abonadas al Hospital General Clínico de Santa Cruz de Tenerife y a «Ortopedia Tenerife», respectivamente, y al mencionado Hospital, el resto de su factura no liquidada y en general cuantos otros gastos se acreditaran en trámite de ejecución de sentencia hasta la total curación de J.A.R.D., llamando la atención de la Autoridad Judicial en *otrosí*, acerca del hecho de que el paisano J.A.R.D. conducía en la ocasión de autos la motocicleta de su propiedad careciendo de permiso de conducir de las clases A-1 y A-2, por si procediera la deducción de testimonio de particulares para su remisión a la Jurisdicción ordinaria por aparecer los hechos citados constitutivos de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 340 bis, c), del CP, a los efectos legalmente procedentes, a lo cual accedió la Autoridad Judicial, enviándose el testimonio el 2 de marzo último.—*Defensor*: Recurrió contra la Sentencia dictada por el Juez Togado, que fundamentó en infracción de Ley, al haberse aplicado al condenado, a su juicio, penas que no correspondían con las determinadas en los preceptos citados en la Sentencia, afirmando que en los artículos 565, en sus párrafos 2.º, 3.º, 4.º y 6.º; 563, 420, 3.º, no existe la pena de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, así como tampoco en el artículo 231 del CJM, solicitando por último la anulación de la Sentencia por dicho motivo.—*Auditor*: En el trámite del artículo 22 del Decreto núm. 4.101 de 1964, de 17 de diciembre, de adaptación a la Jurisdicción Militar de las normas orgánicas y procesales sobre uso y circulación de vehículos de motor, en relación con el artículo 798 del CJM, emitió su preceptivo dictamen el Auditor de Guerra, quien refiriéndose al recurso presentado, estimó que por el Letrado recurrente se había olvidado la circunstancia de que toda pena de arresto mayor lleva como accesoria la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, como preceptúa el artículo 47 del CP, por lo que al ser condenado el inculcado a la pena de un mes y un día de arresto mayor, dicha accesoria, a su juicio, aparece perfectamente aplicada, sosteniéndose respecto al efecto especial que produce para los militares la pena común de arresto mayor, en los términos del artículo 231 del CJM, el acierto del Juez Togado en la aplicación de la suspensión del empleo militar, como exige aquel precepto, motivaciones ambas que aconsejan la desestimación del recurso formulado. En igual trámite y respecto a la Sentencia del Juez Togado, tras de aceptar la declaración de hechos probados contenida en el primer Resultado de aquella, su calificación jurídica, la autoría del inculcado, la no existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, así como la pena impuesta de un mes y un día de arresto mayor, con las accesorias y efectos indicados y responsabilidades civiles, que entendía estaban sustancialmente de acuerdo con el resultado de la prueba sumarial obrante en autos, por el contrario, estimó que el Juez Togado

JURISPRUDENCIA

permanente de la Capitanía General de Canarias había incurrido en notorio error de Derecho al aplicar en la Sentencia por él dictada la remisión condicional de la pena, sin estar aprobada la misma por la Autoridad Judicial, error que apoyaba el Auditor en los siguientes argumentos, refiriéndose en primer término a que la única Autoridad competente para otorgar la remisión condicional es la Autoridad Judicial, como resulta del número 14 del artículo 52 del CJM; en segundo término, a que la expresión Tribunal sentenciador que figura en el artículo 92 del CP no va referida al Juez Togado, ya que la sentencia que dicta, como la del Consejo de Guerra, no adquiere firmeza hasta recibir la aprobación de la Autoridad Judicial, como lo determina el artículo 797 del CJM, siendo en este momento cuando la sentencia es firme y ejecutoria, momento procesal hábil para la aplicación o no de la remisión condicional, resultando inoperante el que ésta se acuerde en el fallo, cuando la sentencia no es firme; que en los artículos 905 y siguientes del CJM, incluidos en el título XVII de su Tratado 3.º, sobre la ejecución de sentencias, se regulan las normas de aplicación de la suspensión de condena, estableciendo el precepto citado, que aprobada por la Autoridad Judicial la sentencia con imposición de pena condicionalmente remisible, pasará la causa a informe de la Fiscalía Jurídico Militar y dictamen del Auditor sobre suspensión de condena, volviendo seguidamente a la Autoridad Judicial para resolución, habiéndose eludido en este supuesto los referidos informes y acuerdos; que teniendo en cuenta la aplicación de este beneficio por los Tribunales ordinarios, la Ley de 17 de marzo de 1908, al disponer en su artículo 6.º que la suspensión de la condena se acordará tan pronto como sea firme la Sentencia y previo informe del Fiscal, se evidencia la necesidad de dicho trámite, aclarado en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1925, afirmando por último que la aplicación de la remisión condicional por el Juez Togado en el presente caso resultaba inoperante e incluso perjudicial para el inculpado, ya que el hecho aparecía incluido en el Real Decreto de indulto a personal de las Fuerzas Armadas de 27 de mayo de 1977, estimando en consecuencia que se ha incurrido en notorio error de Derecho por aplicársele la remisión condicional en la Sentencia dictada sin gozar ésta de firmeza y sin los requisitos exigidos en los artículos 905 y siguientes del CJM, por lo que proponía que recogidos los hechos que figuran en el primer Resultado de la Sentencia, que se dan por reproducidos, legalmente constitutivos de un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos, con resultado de lesiones graves y daños, previsto y penado en el artículo 565, párrafo 2.º, y en relación con los párrafos 3.º, 4.º y 6.º del propio artículo y con el artículo 420, 3.º, y 563, todos ellos del CP y asimismo en relación con los artículos 17, párrafo preliminar, 18 y 25, apartado a), del CC del que aparece autor el inculpado sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se le condene a la pena de un mes y un día de arresto mayor con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto militar de suspensión del empleo militar por igual tiempo, con la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día, con abono del tiempo de prisión preventiva o atenuada sufrida, así como del tiempo de privación preventiva del referido permiso, pronunciándose en cuanto a responsabilidades civiles en iguales términos que los determinados en la Sentencia del Juez Togado, así como en lo referente a otrosí de la Sentencia.—*Autoridad Judicial:* De conformidad con el dictamen del Auditor y por sus propios fundamentos, acordó desestimar el recurso interpuesto por el Abogado del acusado, y disentrir la Sentencia dictada por el Juez Togado de la Jurisdicción.—*Fiscal Togado:* Emitió su informe en el que no consideró pertinente entrar en el fondo de la cuestión relativa al momento de aplicación de la remisión condicional al inculpado, por

entender más beneficiosa para el mismo la aplicación del Real Decreto 1.135 de 1977, de 27 de mayo, sobre indulto al personal de las Fuerzas Armadas, dada la fecha de la comisión del delito, proponiendo en consecuencia se dicte por la Sala nueva Sentencia en la que recogiendo de la disidentida tanto la calificación de los hechos como su incardinación en los CP y de la Circulación, se introdujeran en la misma las siguientes modificaciones, siendo la primera de ellas la de imponer al inculcado la pena de dos meses y un día de arresto mayor, con las accesorias del artículo 231 del CJM, refiriéndose la segunda a la responsabilidad civil a satisfacer por el inculcado que, a su juicio, debe ser mantenida en los términos del fallo del Juez Togado, pero adicionada con la cantidad que resulte del hecho posterior de la Sentencia que se deriva del informe del Médico forense unido al folio 117, que aquélla no pudo recoger, y donde se manifiesta que el lesionado continúa precisando de asistencia médica, estando impedido, siendo conveniente su reconocimiento en el plazo que indica para comprobar si las limitaciones que en la fecha del citado examen médico presentaba en movilidad del tobillo izquierdo constituían secuela permanente, ya que de darse ese supuesto el perjudicado tendría derecho conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 23 del Decreto de 19 de noviembre de 1964, que aprobó el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, a una indemnización hasta 200.000 pesetas, extremo a acreditar en trámite de ejecución de Sentencia, debiendo por último aplicarse al inculcado las normas de indulto antes citadas en lo relativo a la pena principal.—*Defensor*: Solicitó se le impusiera al acusado la pena de un mes y un día de arresto mayor por el delito calificado, con las accesorias del artículo 231 del CJM y privación del permiso de conducir vehículos de motor por tiempo de tres meses y un día, conformándose con la condena en responsabilidades civiles expresada por el Fiscal Togado, y solicitando por último la aplicación a su defendido del Real Decreto de indulto número 1.135 de 1977, de 27 de mayo.—*C.S.J.M.*: *Revoca, por entender que tratando, en primer lugar, la cuestión que motivó el disentimiento planteado por el Capitán General de Canarias, de acuerdo con su Auditor, al estimar dicha Autoridad Judicial que el Juez Togado permanente de la Región había incurrido en su Sentencia en notorio error de Derecho al aplicar por sí la remisión condicional de la pena impuesta fundándose en el artículo 92 del CP, que confiere a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente o por ministerio de la Ley la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena por un plazo de dos a cinco años, siempre que concurren las condiciones que señala el artículo 93 del CP, esta Sala de Justicia estima que, efectivamente, el Juez Togado incurrió en error de Derecho, pues la aplicación de la remisión condicional es facultad privativa de la Autoridad Judicial, no sólo porque así lo dice el número 14 del artículo 52 del CJM, sino también porque la Sentencia que dicta el Juez Togado, al igual que la del Consejo de Guerra, no es firme hasta que recibe la aprobación de la Autoridad Judicial, como expresamente dispone, en cuanto a la Sentencia de los Consejos de Guerra, el artículo 797 del citado Código, en relación con los números 9 y 10 del artículo 52 del mismo, sin que se oponga a ello el artículo 245, similar al artículo 92 del CP, al tratar de la suspensión de condena, pues dicho artículo ha de ser interpretado en relación con los demás del CJM. Abunda en el criterio expuesto, lo dispuesto en el capítulo VI del título XVII del Tratado 3.º del CJM en el que al tratar de las reglas para la aplicación de la suspensión de condena, preceptúa en su artículo 905 que, aprobada por la Autoridad Judicial la Sentencia en que se imponga una pena condicionalmente remisible, pasará la causa a informe de la Fiscalía Jurídico Militar y dictamen del Auditor sobre suspensión de la condena, volviendo seguidamente a la Autoridad Judicial para resolución; agregando el ar-*

JURISPRUDENCIA

título 906 que la resolución de la Autoridad Judicial, conforme con su Auditor, es firme y que contra ella no cabe otro recurso que el de súplica ante la misma Autoridad. En la Jurisdicción ordinaria el criterio es igual, no pudiéndose conceder la remisión condicional hasta que la Sentencia sea firme, por imperativo del artículo 6.º de la Ley de 17 de marzo de 1908 (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1967 y 20 de diciembre de 1974). Es de señalar que la aplicación de la remisión condicional al inculcado hubiera resultado no solamente ilegal, sino posiblemente perjudicial para el mismo, pues dado que los hechos ocurrieron el 25 de abril de 1977, está incluido en el Real Decreto de indulto al personal de las Fuerzas Armadas número 1.135 y 5 de 1977, de 27 de mayo, que le es más beneficioso (CONSID.º I). Que los hechos relatados y declarados probados en el primer Resultando de esta Sentencia son constitutivos de un delito consumado de simple imprudencia con infracción de Reglamentos, previsto y penado en el artículo 565, párrafos 2.º, 3.º, 4.º y 6.º del CP, en relación con los artículos 420, párrafo 3.º, y 563, párrafo 1.º, del mismo y con los artículos 17, párrafo 1.º y apartado d), y 25, a), del CC, ya que el inculcado conducía su coche sin observar todo el cuidado y atención que requerían las circunstancias del tráfico, especialmente al efectuar de noche una maniobra de cambio de dirección, sin comprobar previamente que podía realizarla, no obstante acercarse otro vehículo en sentido contrario, dando lugar a una colisión con él y a que se produjeran como resultado heridas a otra persona, que precisaron una asistencia médica por más de noventa días y daños en la propiedad ajena por más de 5.000 pesetas (CONSIDERANDO II). Que del expresado delito es responsable en concepto de autor, por participación personal y directa en los hechos, el inculcado, Teniente de Infantería don M.V.G., de conformidad con lo establecido en el artículo 14, número 1, del CP (CONSID.º III). Que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (CONSIDERANDO IV). Que no siendo el Hospital General y Clínico de Santa Cruz de Tenerife uno de los centros sanitarios reconocidos por el Fondo de Garantía, el certificado de seguro sólo cubre la asistencia médica y hospitalaria hasta un máximo de 30.000 pesetas, de acuerdo con lo dispuesto en el número 1, apartado a), del artículo 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por Decreto de 19 de noviembre de 1964 (CONSIDERANDO V). Que el apartado b) del número 1 del citado artículo 23 del mencionado Reglamento del Seguro Obligatorio faculta para señalar una pensión de asistencia personal y familiar en favor del perjudicado hasta de 200 pesetas diarias (CONSID.º VI). Que teniendo en cuenta que con posterioridad al dictamen de la Sentencia, el lesionado ha sido reconocido en 18 de febrero último por el Capitán Médico don A.Q.T. en su calidad de Forense designado por la Autoridad Militar de la Plaza, el cual manifiesta, que el citado lesionado continúa necesitado de asistencia e impedido, siendo conveniente reconocerle en el término de un mes para poder comprobar si las limitaciones que actualmente presenta en movilidad de tobillo izquierdo constituyen una incapacidad permanente, la Sala estima que de darse esta última circunstancia, que deberá acreditarse en período de ejecución de Sentencia, se está en el caso que señala el apartado c) del número 1 del tan citado artículo 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio y de otorgarle una indemnización de hasta 200.000 pesetas, a abonar por la Compañía Aseguradora, cantidad de la que se debe deducir la percibida por asistencia personal y familiar. Con revocación de la Sentencia dictada por el Juez Togado de la Capitanía General de Canarias, condena al inculcado, Teniente de Infantería don M.V.G., como autor de un delito consumado de simple imprudencia con infracción de Reglamentos y resultado de lesiones graves y daños, previsto y penado en el artículo 565, párrafos 2.º, 3.º, 4.º y 6.º del CP, en relación con los

JURISPRUDENCIA

artículos 420, párrafo 3.º, y 563, párrafo 1.º, del citado texto legal, y con los artículos 17, párrafo 1.º y apartado d), y 25, apartado a) del CC, a las penas de un mes y un día de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, que señala el artículo 47 del CP, y el efecto especial de suspensión del empleo militar por igual tiempo, que establece el artículo 231, párrafo 4.º, del CJM, y privación del permiso de conducir vehículos de motor por tiempo de tres meses y un día, no siéndole de abono para el cumplimiento de la condena la prisión preventiva, por no haberla sufrido a resultas de este procedimiento. En concepto de responsabilidades civiles se abonará directamente por la Compañía Aseguradora «La Catalana», en cuanto tomadora del Seguro Obligatorio, la cantidad de 30.000 pesetas, como pago a cuenta de la factura de gastos del Hospital General y Clínico de Tenerife, por la asistencia médica y farmacéutica del lesionado don J.A.P.D., al cual le abonará la propia Compañía Aseguradora, con efectos desde el día 25 de abril de 1977 y hasta tanto se acredite en autos, en trámite de ejecución de Sentencia, su total curación, la cantidad de 200 pesetas diarias. Por el inculpado se abonará al citado Hospital General el importe de 75.538 pesetas, y el de los demás gastos que ocasione en el mismo el lesionado hasta su total curación, pues las 30.000 que abonará la Compañía Aseguradora se deben aplicar al pago de la cuenta pendiente con el Hospital y, por tanto, deducirse de la cantidad de 105.538 pesetas, a la que hasta el momento asciende dicha cuenta pendiente. Asimismo el citado inculpado deberá abonar a doña C.D.G., madre del lesionado, la cantidad de 4.750 pesetas que dicha señora pagó al Hospital y la de 1.500 pesetas importe de los dos bastones ortopédicos que adquirió para su hijo, así como también el importe de los gastos médicos y material ortopédico que posteriormente haya abonado, cantidad esta última que se determinará en período de ejecución de Sentencia. El sentenciado abonará también cuantos otros gastos ocasione el lesionado hasta su total curación y que, como los últimamente citados, se determinarán en trámite de ejecución de Sentencia. Igualmente se requerirá a la Compañía Aseguradora a que en concepto de indemnización abone una cantidad que puede llegar hasta 200.000 pesetas, y cuyo importe concreto se fijará también en período de ejecución de Sentencia, si la inmovilidad del tobillo del lesionado no desaparece totalmente y se convierte en una incapacidad permanente, en cuyo caso, de la cantidad que se señale por tal concepto, habría que descontar el importe de lo abonado por la Compañía Aseguradora como pensión de asistencia personal y familiar. En ejecución de Sentencia deberá aplicarse al sentenciado el Real Decreto de indulto al personal de las Fuerzas Armadas de 27 de mayo de 1977 (D.O. número 123).

6. Disentimiento. Delito de insulto a Fuerza Armada. Error notorio de la apreciación de la prueba. Ausencia de animus injuriandi". Falta leve.

Sentencia de 21 de junio de 1978 (Segunda Región Militar).—Sobre las 15,30 horas del día 24 de diciembre de 1976, el Guardia Civil de Tráfico F.V.C., entró a tomar un café en un bar de la localidad del Repilado, inmediato a la carretera Sevilla-Lisboa, en la que prestaba el servicio propio de su clase. En el local entró un amigo, al que saludó, y quien le presentó al ahora procesado, el paisano J.O.A. Este y el citado Guardia iniciaron una banal discusión, con relación al hecho de que en una ocasión precedente pidió dicho Guardia al procesado la documentación del vehículo que conducía; y, en el transcurso de esta plática, y por hallarse el procesado algo embriagado, o al menos alegre o excitado por las consumiciones que había hecho con ocasión de la festividad del día, indicó al Guardia

JURISPRUDENCIA

que él, por ser capataz de la Jefatura Agronómica de Huelva, tenía sus mismas atribuciones para pedirle la documentación, respondiéndole el Guardia de forma que el procesado a su vez replicó que si creía él —el Guardia— que era una mierda, pronunciando a la vez el procesado, ofuscado ya sin duda por este malentendido, y refiriéndose al Guardia, las palabras «tonto e idiota»; terminando el incidente al ordenar el repetido Guardia Civil al procesado que se presentase en el próximo Cuartel de la Guardia Civil; lo que hizo el mismo poco después acompañado de un amigo, manifestando al Teniente Jefe de la Línea su pesar por lo sucedido, de lo que se hallaba arrepentido (RESULT.º I).—*C.G. Ordinario*: Dictó Sentencia en la que declarando como hechos probados que «el día 24 de diciembre de 1976, sobre las 15,30 horas J.O.A., que con motivo de la Nochebuena había estado tomando unas copas por diversos lugares hasta encontrarse en un estado de embriaguez, que si bien no le hizo perder por completo la noción de sus actos, afectó sus facultades volitivas e intelectuales, coincidió en el bar Casablanca, sito en el lugar denominado Repilado Viejo (Jabugo-Huelva) con el Guardia Civil de Tráfico F.V.C., al que ya conocía por haberle días antes pedido éste la documentación cuando el procesado circulaba con su vehículo. En el antes citado bar fueron presentado el O.A. y el Guardia V.C. por un amigo común, mientras efectuaban unas consumiciones en dicho establecimiento. En el transcurso de la reunión, el procesado dirigiéndose al Guardia V. que vestía su uniforme reglamentario y prestaba servicio propio de su Instituto, le dijo que él también era funcionario y que podía denunciarle, y cuando el Guardia para evitar una discusión le aconsejara dejar el tema, J.O.A. le replicó llamándole «tonto e idiota», negándose seguidamente a acompañar al tantas veces citado Guardia Civil a la Casa Cuartel por, según le dijo, ser necesario para ello llevarle esposado y acompañado de una pareja de la mencionada Institución. El procesado carece de antecedentes penales y observaba con anterioridad a estos hechos irregular conducta, siendo contradictorios los antecedentes sobre él facilitados. Consideró los hechos como constitutivos de un delito consumado de «maltrato de palabra a Fuerza Armada», previsto en el artículo 311 en relación con el 312, ambos del CJM, por cuanto el procesado, con evidente menosprecio del respeto que por razón de la función que desempeña merecen los Agentes de la Fuerza Pública cuya misión es velar por el mantenimiento del orden público, profirió en contra de uno de ellos palabras insultantes; de dicho delito reputó autor al acusado J.O.A., por su participación directa y personal en la ejecución de los hechos, de conformidad con lo establecido en los artículos 195, 1.º, y 196, 1.º, del CJM, y apreciando la circunstancia atenuante de hallarse el autor parcialmente privado de razón por causa de la embriaguez, prevista en el artículo 186, 1.º, en relación con el 185, 1.º, del Código castrense, circunstancia que obliga a imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley al tipo penal, según la regla establecida en el artículo 193, en relación con el 189, 2.º, de la citada Ley Penal Militar y siendo la pena señalada al delicto calificado la de prisión, última pena de la escala gradual para delitos y de conformidad con lo establecido en el artículo 239 del CJM ha de calificarse a los solos efectos de penalidad el hecho como falta grave, siendo la pena procedente a imponer, por imperio de lo dispuesto en el artículo 415, del CJM y dada la condición personal del acusado, la de arresto mayor, condenó al procesado J.O.A., como autor del delito consumado de «maltrato verbal a Fuerza Armada» a la pena de dos meses y un día de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, siéndole de abono para el cumplimiento de la pena impuesta el tiempo que por razón de estos autos hubiere sido privado de libertad, no siendo de exigir responsabilidades civiles.—*Auditor*: En el trámite del artículo 798 del CJM, emitió su preceptivo dictamen

JURISPRUDENCIA

estimando que el Consejo de Guerra ha incidido en error notorio al apreciar la prueba obrante en autos, a tenor del artículo 799 del CJM, toda vez que contrariamente a lo afirmado en el primer Resultando de la Sentencia, de que el procesado se negó seguidamente a acompañar «al citado Guardia Civil» a la Casa Cuartel de lo actuado aparece que el procesado accedió a la orden recibida presentándose en la Casa Cuartel Cortegana y en cuanto a las restantes afirmaciones contenidas en dicho Resultando, no obstante poder deducirse de las diligencias practicadas, no se enmarcan con la precisión y justeza debida en su propio contexto, haciéndose así posible valorarlas como una gravedad que no parece corresponderse con la que propiamente cabría hacer de atenderse al aludido contexto, dato insoslayable para enjuiciar cualquier actuación o conducta humana y aún más aquélla a la que pueden conectarse consecuencias propias del ordenamiento penal. En consecuencia, el Auditor disiente del fallo dictado proponiendo a la Autoridad Judicial la no aprobación del mismo y la elevación de los autos al CSJM a fin de que dicte nueva Sentencia en la que se absuelva al procesado J.O.A. del delito de «maltrato de palabra a Fuerza Armada» objeto de la pública acusación en base a unos hechos, análogos a los que se recogen en esta Sentencia, al no deducirse de los mismos una claro propósito de ofender a las Fuerzas Armadas, representadas en la ocasión por el Guardia Civil.—*Autoridad Judicial:* De conformidad con el dictamen del Auditor y con idéntica propuesta de fallo, acordó disentir la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra y elevar las actuaciones al Consejo Supremo de Justicia Militar.—*Fiscal Togado:* Se mostró conforme con el criterio mantenido en el disenso, apreciando que ha existido notorio error en la apreciación de la prueba hecha por el Consejo de Guerra, considerando, por tanto, acertada la absolución que en cuanto al delito imputado, proponen el Auditor y el Capitán General. No obstante, a juicio del Fiscal Togado, los hechos que en el dictamen del Auditor se dan como probados, son constitutivos de una falta leve militar de ligera irrespetuosidad u ofensa a la Autoridad Militar, representada en este caso por la Guardia Civil, prevista en el artículo 443 y sancionada en el artículo 416, ambos del CJM, de la que resulta autor el paisano J.O.A., ya que no puede afirmarse que sea plenamente lícita la conducta del procesado que pronunció, refiriéndose al Guardia Civil, las palabras «tonto» e «idiotas». Por ello, el Fiscal Togado solicita se revoque la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra y se absuelva al paisano J.O.A., del delito de maltrato de palabra a Fuerza Armada que se le imputaba, imponiéndole, como autor de la falta leve militar que se indica, la pena de cuatro días de arresto menor, para cuyo cumplimiento le será de abono el tiempo que ha permanecido detenido por razón de estos hechos.—*Defensor:* Alegando las razones que estimó oportunas en apoyo de su tesis, solicitó la libre absolución de su defendido, al no ser los hechos constitutivos del delito de maltrato de palabra a Fuerza Armada que se le imputaba, ni siquiera de una simple falta leve militar ya que no hubo ligera irrespetuosidad u ofensa a la Autoridad Militar.—*C.S.J.M.* Revoca, y de acuerdo con el Capitán General, con su Auditor y con el Fiscal Togado de este Consejo Supremo de Justicia Militar, estima que el Consejo de Guerra incurrió en error notorio en la apreciación de la prueba, al señalar, en el primer Resultando de la Sentencia, que el procesado se negó «seguidamente a acompañar al tantas veces citado Guardia Civil a la Casa Cuartel», siendo así que lo que realmente ocurrió fue que este último le «ordenó presentarse en la Casa Cuartel de Cortegana» (folio 3 vuelto), a lo que accedió el procesado ya que hizo efectivamente su presentación en ella, acompañado de un amigo (folio 9 vuelto). Por otra parte y como dice el Auditor, cosa que esta Sentencia hace suya, las restantes afirmaciones contenidas en el mismo Resultando, si bien pueden deducirse en cierto sentido de las diligencias practicadas, no se enmarcan con la aplicación y justeza debida

JURISPRUDENCIA

a su propio contexto, lo que permite valorarla inadecuadamente, como de una gravedad excesiva (CONSID.º 1). Que para enjuiciar los hechos tal y como quedan redactados en el primer Resultado de esta Sentencia, es de citar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de junio de 1907, en la que dice que para apreciar con el debida acierto la verdadera índole de todo hecho justiciable, no basta fijarse en su apariencia y resultados, sino que es preciso atender a las causas que lo determinaron, circunstancias que en su ejecución concurrieron, accidentes de modo, lugar y tiempo de que fue acompañados y, sobre todo, al propósito e intención que impulsó a cometerle, porque sólo aquilatando estos elementos de juicio, puede formarse el de si han sido bien o mal aplicadas las disposiciones del CP (CONSID.º II). Que ateniéndose a tan justa doctrina, es forzado reconocer que en vista de la poca gravedad de los hechos y estado de ofuscación mental del culpable, unido a la falta de intención del mismo de ofender a las Fuerzas Armadas, circunstancias todas ellas derivadas del examen sereno y ponderado de los autos, se llega a la conclusión de que para poder calificar los hechos dentro del tipo delictivo previsto en el artículo 311 en relación con el 312 del CJM, falta la concurrencia de ese «animus injuriandi» que para esta clase de delitos prevé la doctrina jurisprudencial de esta Sala de Justicia en orden al delito de insulto a Fuerza Armada, y del propio Tribunal Supremo en orden, esta vez al delito común de injuria (CONSID.º III).—Revoca la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra Ordinario que vio y falló la presente causa, y absuelve libremente al paisano J.O.A. del delito consumado de maltrato de palabra a Fuerza Armada que se le imputa. No obstante, entiende que la conducta del procesado no fue plenamente lícita, ya que al dirigir al Guardia las palabras «tonto e idiota» incurrió en una falta leve militar de ligera irrespetuosidad u ofensa a la Autoridad Militar representada en este caso por la Guardia Civil, prevista en el artículo 443 y sancionada en el 416 del CJM. En su virtud, acuerda imponer al paisano J.O.A., como autor de la falta a que antes se alude, el correctivo de cuatro días de arresto menor, para cuyo cumplimiento le será de abono el tiempo que ha permanecido detenido por razón de los hechos.

7. **Disentimiento. Delito de inutilización voluntaria para el servicio (art. 383 CJM). Exclusión del servicio militar. Personalidad psicopática. Error notorio en la apreciación de la prueba. Intencionalidad. Medio utilizado. Absolución.**

Sentencia de 27 de junio de 1978 (Primera Región Militar).—El Caballero Legionario Paracaidista (C.L.P.) E.C.M. ingresó voluntario en el Ejército en 14 de enero de 1976, desertando del mismo en 15 de julio y 10 de octubre del mismo año, hechos por los que se le siguieron procedimiento, y a los pocos días de haber sido puesto en libertad por uno de ellos, concretamente el 10 de mayo de 1977, ingirió una sobredosis de Optalidón, que necesitó asistencia facultativa, motivando su acción el hecho de no poder soportar la vida militar, lo que le llevaría a desertar otra vez y viendo en ella el medio de terminar con su vida. Con posterioridad a los hechos mencionados fue declarado excluido temporal del Servicio Militar haciendo constar que padece psicopatía y que la causa de su inutilidad es anterior a su ingreso en el servicio y no contraída durante su permanencia en filas (RESULT.º I).—C.G. Ordinario: Declaró probado, «que el supradicho procesado C.L.P., E.C.M., mayor de edad penal, de mala conducta y sin antecedentes punitivos, al que con anterioridad a la fecha de autos se le habían leído las disposiciones del CJM, el día 18 de abril de 1977 salió en libertad de la Prisión de Carabanchel, donde se encontraba a resultas de un procedimiento que se le seguía por deserción, incorporándose a su Unidad. El día 21 de dicho mes, al serle denegado un permiso para trasladarse a su domicilio, decidió buscar la forma de ter-

JURISPRUDENCIA

minar su vida militar y para ello ingirió 40 pastillas de Optalidón con el fin de que lo trasladaran al Hospital Militar Central «Gómez Ulla» y una vez allí obtener del correspondiente Tribunal Médico Militar la exclusión del Servicio Militar; como así ocurrió el día 14 de mayo de 1977», y calificó dichos hechos como constitutivos de un delito consumado de inutilización voluntaria para el servicio, previsto y penado en el artículo 383 del CJM, toda vez que el procesado teniendo conservadas sus capacidades de entender y querer, voluntariamente ingirió una sobredosis de Optalidón con miras a obtener, como así sucedió, su exclusión del servicio militar. De estos hechos consideró autor a E.C.M. sin que apreciase circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ni eximentes, toda vez que la voluntariedad y la intención maliciosa del procesado al ejecutar los hechos queda ampliamente demostrada en su declaración al folio 4, efectuada con posterioridad al examen médico y teniendo en cuenta que los hechos enjuiciados tienen una grave trascendencia para la moral y disciplina que debe imperar en las tropas, le condena a la pena de cinco años de prisión, con las accesorias legales de deposición de empleo, destino a un Cuerpo de Disciplina por el tiempo que después deba servir en filas, descontándosele para todos los efectos el de la condena, y suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena sirviéndole de abono el tiempo de privación de libertad sufrido y sin que haya de declarar responsabilidades civiles.—*Autoridad Judicial:* Disiente la Sentencia porque al folio 26 obra acta de declaración de Exclusión del Servicio Militar, fechada en 14 de mayo de 1977, en la que por padecer el procesado E.C.M. psicopatía, enfermedad incluida en el grupo II, letra C, número 02, del vigente Cuadro de Exclusiones del Servicio Militar, consta se le declaró excluido temporal, haciendo constar que la causa de su inutilidad es anterior a su ingreso en el Servicio y no contraída durante su permanencia en filas, y al folio 28 informe emitido con fecha 1 de agosto de 1977, por el Capitán Médico don R.L.L., Jefe del Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital Militar Central «Gómez Ulla» de Madrid, y don J.L.G.A., Capitán Médico Diplomado, con destino en dicho Centro, del que era Director accidental el Ilmo. Sr. Coronel Médico don F.G.U., en el que hacen constar que el C.L.P., E.C.M., constituye una personalidad psicopática con rasgos anómalos de carácter y temperamento, especialmente inestabilidad emocional e impulsividad, y que en relación con las alteraciones referidas de su personalidad y situaciones vivenciales desencadenantes, sufrió una reacción depresiva ansiosa en el curso de la cual refiere el observado ingirió dos tubos de Optalidón y que como consecuencia de dichas alteraciones fue propuesto y declarado excluido temporal, concluyendo el informe en el sentido de que tiene alteradas sus capacidades de entender y querer y que el hecho de su intoxicación se estima que fue realizado en el curso de una reacción depresiva consecutiva a circunstancias motivacionales desencadenantes ansiógenas y por tanto en el curso de un estado psíquico desfavorable que reducía parcialmente su lucidez de conciencia y libertad volitiva, y entiendo que hay por ello error en la apreciación de las pruebas, lo que motiva el disentimiento, ya que se está en el supuesto de que, en documentos que han de considerarse auténticos por las personas que en ellos intervienen, se aprecia la existencia de dos hechos fundamentales a los efectos de la calificación jurídica del hecho y en especial de su grado de perpetración y de la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como lo son la existencia de una causa de exclusión del servicio militar que es expresamente declarada como anterior a su estancia en filas y la modificación de sus facultades de lucidez de conciencia y libertad volitiva, lo que determinó que el Fiscal Militar modificara su escrito de conclusiones provisionales y que la Defensa solicitase la libre absolución. Al no recoger la Sentencia dichas circunstancias de carácter fáctico,

JURISPRUDENCIA

de concurrir en el procesado, se ha de disentir, como antes se ha dicho, la Sentencia, por considerar no está ajustada a Ley, fundándose este disenso en que en los hechos probados se debió recoger el hecho cierto e indubitado de la existencia de una exclusión temporal del servicio militar anterior a su estancia en filas y no contraída en ella, que producía una disminución de su libertad de conciencia y libertad volitiva que ha de considerarse constitutiva de la circunstancia atenuante número 1.º del artículo 186, en relación con el número 1.º del artículo 185 del CJM, y que determina a su vez que el delito previsto y penado en el artículo 383 del CJM, si bien ha de considerarse como consumado, se ha de estimar como previsto en el párrafo 3.º del mismo artículo, y que estando de acuerdo en que dicho delito responde en concepto de autor, conforme a lo prevenido en el número 1.º del artículo 196 del CJM y que no procede hacer declaración de responsabilidad civil, siéndole de abono la prisión preventiva, facultándose en el artículo 192 para que aun apreciándose la concurrencia de circunstancias atenuantes enumeradas en el artículo 186 se imponga la pena en la extensión que se estime justa, siendo así que tal circunstancia atenuante no ha de considerarse incluida en el número 2.º, del artículo 189 del CJM, la pena a imponer hubiera sido inferior sin duda a la impuesta por el Consejo y a juicio del Auditor la pena debe ser de dos años de prisión, con las accesorias legales.—*Fiscal Militar*: Manifiesta su discrepancia tanto con la Sentencia del Consejo de Guerra como con el disenso de la Autoridad Judicial ya que a la vista de las declaraciones del procesado de que «no resiste la vida militar», «que había desertado dos veces» y «que como sabía que dada su situación iba a desertar otra vez de nuevo, para evitarlo y acabar de una vez, decidió tomarse las pastillas» y «que si otra vez volviera a ocurrir, haría lo mismo», lo cual demuestra que lo que el procesado realmente pretendía era suicidarse, como queda confirmado cuando con posterioridad al Consejo de Guerra y al poco de conocer la Sentencia, el día 3 de febrero vuelve a ingerir analgésicos poniendo otra vez en peligro su vida, hasta el punto de que el Director de la Prisión, por sospechar que podía tratarse de un intento de suicidio, propone que con urgencia se le ingrese en un Sanatorio Psiquiátrico. También muestra su disconformidad con la Sentencia al calificar ésta de maliciosa y voluntaria la intención del procesado y al ignorar su personalidad «psicópata» como se acredita en el acta del Tribunal Médico de 14 de mayo de 1977, así como ignorar también el informe del Servicio de Neropsiquiatría del Hospital Militar «Gómez Ulla», en el que se dice que los hechos enjuiciados fueron realizados en el curso de una reacción depresiva consecutiva a circunstancias emocionales desencadenantes ansiógenas. Por todo ello la Fiscalía Militar llega a la conclusión de que en el momento de la ingestión de las pastillas de Optalidón el procesado se encontraba carente de razón por hallarse en situación transitoria de total trastorno psíquico, por lo que de acuerdo con la doctrina del Consejo Supremo (Sentencia de 23 de octubre de 1953), el Consejo de Guerra debió aplicar el apartado 1.º del artículo 185 del CJM, y en consecuencia absolver al procesado del delito imputado, que es lo que en definitiva solicita de la Sala, diciendo en *otrosí*, que en relación con la situación mental del encausado deberá ser la Autoridad Judicial la que recabe de los facultativos la conveniencia o no de ser internado en establecimiento psiquiátrico.—*Defensor*: Se muestra de acuerdo con la petición del Fiscal Militar.—*C.S.J.M.*: Revoca entendiendo que *el disenso del Auditor y de la Autoridad Judicial se fundamenta en el notorio error que de la apreciación de la prueba hace el Consejo de Guerra, pues si bien no ignora los certificados médicos obrantes a los folios 26 y 28 de la Causa y las declaraciones del procesado, sólo los utiliza parcialmente y en forma que perjudica al reo, sin hacer una valoración estimativa y ponderada de la prueba en su conjunto y sin que por otra parte haga referencia en*

JURISPRUDENCIA

la Sentencia a los dos procedimientos que por deserción se le han seguido y que se citan en el preámbulo de esta Sentencia (CONSID.º I). Que si bien el Auditor en su disenso, que hace suyo luego la Autoridad Judicial, estima que en los hechos probados se debió recoger el hecho cierto e indubitante de la existencia de una exclusión temporal del servicio militar anterior a su estancia en filas y no contraída en ellas, y de un informe médico en el que se hace constar entre otras cosas, que en el momento de concurrir los hechos el procesado estaba incurso en un estado psíquico desfavorable que reducía parcialmente su lucidez de conciencia y libertad volitiva, que han de considerarse constitutivos de la circunstancia atenuante número 1.º del artículo 186, en relación con el número 1.º del artículo 185 del CJM, que llevaría consigo la reducción de la pena, es lo cierto que, al igual que el Consejo de Guerra, aprecia la intención en el procesado de inutilizarse voluntariamente para el servicio (CONSID.º II). Que para el debido enjuiciamiento de los hechos es imprescindible tener en cuenta que el procesado fue filiado como voluntario el 14 de enero de 1976; que en 15 de julio y en 10 de octubre de 1976 desertó de su Unidad; que el 10 de mayo de 1977, recién salido de la Prisión de Carabanchel, ingiere una sobredosis de Optalidón que pone en peligro su vida, por no querer volver al Ejército, ya que no puede aguantar la vida militar, y que como sabía que dada su situación iba a desertar otra vez de nuevo, para evitarlo y acabar de una vez, se tomó las pastillas para intentar que le excluyeran del servicio, y, por último, que en 4 de febrero pasado vuelve a tomar un número considerable de comprimidos de Optalidón, que vuelven a poner en peligro su vida, cumpliendo lo que en la declaración indagatoria manifiesta de que si vuelve a ocurrir (se entiende, volver a prestar servicio) haría otra vez lo mismo (CONSID.º III). Que del examen de los hechos concretos a que se hace referencia en el anterior Considerando, se llega a la conclusión lógica de que el medio utilizado por el procesado, ingestión voluntaria de pastillas de Optalidón en dosis masivas, no puede producir la inutilización para el servicio a que se refiere el artículo 383 del CJM, por cuanto el resultado previsible es el fallecimiento, salvo que como en este caso se le atiende con urgencia, lo que fue independiente de su voluntad y no buscado de propósito, por lo que más bien ha de estimarse que la intención del procesado no era, aunque de sus oscuras declaraciones pudiera entenderse así, buscar una inutilización, para la que existen otros procedimientos, sino el poner fin a su vida. Sentada esta interpretación de los hechos ocurridos, acorde con la exposición del Fiscal Militar de este Consejo, se puede afirmar que éstos se han desarrollado en la forma expuesta en el primer Resultando de esta Sentencia (CONSID.º IV). Que los hechos anteriormente mencionados no pueden integrarse en el artículo 383 del CJM por cuanto la intención del procesado no fue la de causarse lesiones o enfermedad que pudiera inutilizarle para el servicio, ya que el medio empleado no es el idóneo para tal fin, sino más bien la de terminar con su vida, pues aunque en alguna de sus declaraciones habla de su intención de ser excluido del servicio militar mediante la ingestión de la sobredosis de Optalidón, este hecho por sí y objetivamente no podría causar tal exclusión y si en efecto fue causa de ella, esto se debió a la concurrencia en el procesado de una enfermedad anterior a su ingreso en filas y no diagnosticada en su momento, pero que de todas formas le eximia también del servicio, ya que no puede inutilizarse para el mismo quien ya con anterioridad no debió ingresar en él. Por otra parte el intento de suicidio no es punible, como tiene declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de diciembre de 1974 al declarar que el suicidio consumado no es delito ni puede serlo aunque en él la misma persona es sujeto activo y pasivo y no hay a quien exigir responsabilidad criminal, no castigando la Ley ni siquiera el suicidio frustrado ni la tentativa (CONSID.º V). Absuelve a E.C.M. con todos los pronunciamientos favorables del delito de inutili-

JURISPRUDENCIA

zación voluntaria para el servicio militar por el que venía procesado. Siendo la exclusión del servicio militar de carácter temporal, la Sala llama la atención de la Autoridad Judicial por si considerase preciso ordenar nuevo reconocimiento médico a fin de diagnosticar la actual situación clínica del C.L.P., E.C.M., en orden a determinar si su exclusión debe seguir siendo temporal, debe elevarse a definitiva o ha de incorporarse al servicio.

8. **Disentimiento. Delito contra la salud pública (art. 344 CP). Error de Derecho. Aplicación y determinación de la pena. Falta leve de "inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias" (art. 443 CJM).**

Sentencia de 18 de octubre de 1978 (Capitanía General de Canarias).— El procesado es la causa número 71/77 de la Capitanía General de Canarias, soldado perteneciente al Regimiento de Cazadores de Montaña Sicilia número 67 y agregado al Regimiento de Infantería Canarias número 50, J.Q.V., de buena conducta y sin antecedentes penales, con ocasión de encontrarse de puesto de centinela en la garita oeste del Castillo Militar de San Francisco del Risco, sobre las once horas del día 5 de mayo de 1977, recibió del recluso de dicho establecimiento E.G.H., filiado en la Legión como N.C.C., la cantidad de 1.000 pesetas para que le adquiriera cierta dosis de la droga denominada Hachís, cosa que efectuó el soldado Q.V. por medio de un paisano no identificado que se encontraba en las inmediaciones del Castillo, entregándosela el citado centinela, una vez que la tuvo en su poder, a dicho recluso (RESULT.º I).—*C.G. Ordinario*: Calificó los hechos como constitutivos de un delito consumado «contra la salud pública» del artículo 344 del CPC, del que considera autor al procesado soldado J.Q.V., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y sin que haya responsabilidades civiles que exigir, condenándole en uso de la facultad que le concede el párrafo 3.º del artículo 344 del CP mencionado, a una pena de un año de prisión con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto especial de pérdida de tiempo para el servicio. El Consejo llama la atención de la Autoridad Judicial sobre la posible aplicación al condenado de los beneficios de indulto del Decreto de 27 de mayo de 1977.—*Autoridad Judicial*: Disiente la Sentencia pronunciada por el Consejo de Guerra que vio y juzgó la presente Causa y si bien acepta la declaración de hechos probados de la misma, su calificación y la culpabilidad del procesado, estima, sin embargo, que el Consejo de Guerra ha incurrido en notorio error de Derecho en la penalidad aplicada, tanto en la clase de penas a imponer como en su denominación, ya que el artículo 344 del CP, castiga el delito que define contra la salud pública, con la pena de prisión mayor y multa de 10.000 a 500.000 pesetas, indicándose en el párrafo 3.º que los Tribunales atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda, aceptando el Consejo de Guerra bajar la pena en un grado la que recoge en el Considerando 7.º, al considerar que los hechos no revisten especial gravedad, condenando a un año de prisión, omitiendo la calificación de menor, y olvidando la pena de multa, cuyo límite mínimo de 10.000 pesetas no puede ser rebajado al ser la última pena de todas las escalas graduales según el artículo 74 del tan repetido CP. Al haberse omitido la pena de multa en el fallo del Consejo de Guerra, se incurrió en error de Derecho y al ser éste insubsanable y por tanto la pena no ajustada a la Ley, procede, de acuerdo con el artículo 798 del CJM, el disentimiento de la Sentencia dictada. La Autoridad Judicial, de acuerdo con su Auditor, estima debe de imponerse al procesado, teniendo en cuenta las circunstancias personales del culpable, y del hecho, según autoriza el párrafo 3.º de dicho artícu-

JURISPRUDENCIA

lo 344, la pena de un año de prisión menor y multa de 10.000 pesetas, sustituible en caso de impago, por una responsabilidad personal subsidiaria de un mes de arresto, con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto militar de pérdida de su tiempo y antigüedad para el servicio, sin que existan responsabilidades civiles que exigir y siéndole de abono para el cumplimiento de las penas impuestas la totalidad del tiempo que hubiere sufrido en prisión preventiva o atenuada por razón de esta Causa.—*Fiscal Togado*: Entiende que es evidente la comisión del error de Derecho apreciado por el Auditor y la Autoridad Judicial como fundamento del disenso y estima ajustada a Derecho su postura por lo que considera procedente se dicte Sentencia en los términos propuestos por aquéllos.—*Defensor*: Admite los hechos declarados probados en la Sentencia disentida, así como su calificación, y teniendo en cuenta las circunstancias familiares que concurren en el procesado, solicita la imposición de una pena de seis meses y un día de prisión menor y multa de 10.000 pesetas con sus accesorias legales, sin que considere deben exigirse responsabilidades civiles.—*C.S.J.M.*: Entiende que los hechos que la Sala declara probados son legalmente constitutivos de un delito consumado «contra la salud pública», previsto en el artículo 344 del CP, párrafos 1.º y 3.º, ya que el soldado J.Q.V. entregó para su consumo al recluso E.G.H. una cantidad de droga estupefaciente y, por lo tanto, nociva para la salud; y de una falta leve de «inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias», prevista en el artículo 443 del CJM, al no atenerse estrictamente el citado soldado Q.V. a la realización de su cometido de centinela, prestándose a desempeñar funciones de mandatario de los reclusos del Castillo (CONSID.º I). Que del delito y la falta calificados en el Considerando anterior, es responsable en concepto de autor por su participación personal, voluntaria y directa, de conformidad con lo que determinan el número 1.º del artículo 14 del CPC y el número 1.º del artículo 196 del CJM, el soldado J.Q.V. CONSID.º II). Que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, salvo lo que se consignará en el Considerando 7.º (CONSID.º III). Que no existen en el presente caso responsabilidades civiles que exigir, ya que de los hechos realizados por el procesado no se derivan las mismas (CONSID.º IV). Que siendo preceptivo, según determina el artículo 217 del CJM, el que para el cumplimiento de las penas de privación de libertad ha de abonarse en su totalidad la prisión preventiva sufrida por el delincuente, tanto si fuera rigurosa como atenuada, se está en el caso de abonar al procesado soldado J.Q.V. la sufrida por éste durante la tramitación del presente procedimiento (CONSIDERANDO V). Que toda pena principal lleva consigo las accesorias que la Ley señala (CONSID.º VI). Que habida cuenta de las circunstancias personales que concurren en el procesado, la escasa cantidad de droga por él suministrada y el no probarse que anteriormente se hubiera dedicado en ninguna ocasión a dicho tráfico, determinan a la Sala a hacer uso de la facultad que le confiere el párrafo 3.º del artículo 344 del CP de rebajar la pena prevista en el mismo en un grado por lo que se refiere al calificado delito «contra la salud pública» (CONSID.º VII). Condena al soldado J.Q.V., como responsable en concepto de autor de un delito consumado «contra la salud pública», previsto y penado en el artículo 344, párrafos 1.º y 3.º del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión menor y multa de 10.000 pesetas, sustituible ésta, en caso de impago, por un mes de arresto, con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto militar de pérdida de tiempo y antigüedad para el servicio; y con el correctivo de dos meses de arresto por la falta leve de «inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias», prevista en el

JURISPRUDENCIA

artículo 443 y penada en el 416, ambos del CJM. Sin que existan responsabilidades civiles que exigir y siéndole de abono para el cumplimiento de las penas impuestas la totalidad de la prisión preventiva sufrida, tanto rigurosa como atenuada.

9. **Disentimiento. Delito de abandono de destino (art. 365, párrafos primero y último, CJM). Arbitrio que otorga el art. 193 CJM, para apreciar determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Reincidencia (art. 190-1.º CJM).**

Sentencia de 18 de octubre de 1978 (Segunda Región Militar).—El procesado, Subteniente de Infantería, don A.A.H., figura condenado en Causa número 1301/1956 por delito de imprudencia con resultado de daños, a la pena de 3.000 pesetas de multa; en Causa núm. 34/1963 por delito de negligencia, a seis meses y un día de prisión militar; habiendo sido corregido por falta grave de «acumulación de leves» a seis de meses de arresto. El procesado, de deficiente conducta militar por los antecedentes anteriormente expuestos, que ha sufrido alteraciones o trastornos psíquicos, como se deduce de su internamiento en la Clínica Psiquiátrica de Ciempozuelos en el año 1975 que se acredita en su Hoja de Servicios; dejó de hacer acto de presencia en la Unidad de su destino en la fecha 4 de abril de 1977, sin que se conozcan los motivos y circunstancias que le movieron a hacerlo, permaneciendo totalmente desligado de dicha Unidad hasta el día 12 del mismo mes en que se logró su localización a las afueras de la Plaza de Ceuta —de cuya ciudad según parece en ningún momento se ausentó— cuando se hallaba en el interior de su propio vehículo en estado de embriaguez, acompañado de una mujer y una hija de ésta de pocos años (RESULT.º I).—C.G. *Ordinario*: Tras declarar como probados unos hechos esencialmente coincidentes con los que han sido relatados en el primer Resultando de esta Sentencia, se calificaron los mismos como constitutivos de un delito de «Abandono de destino» previsto y penado en el artículo 365, 3.º, del CJM, del cual responde en concepto de autor el procesado por su participación directa, personal y voluntaria en la ejecución de los hechos de conformidad con lo establecido en el artículo 195, 1.º, en relación con el 196, 1.º, ambos del CJM, apreciándose la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el artículo 190, número 1, del CJM, por cuanto el inculpado fue previamente condenado por otros dos delitos comprendidos en el mismo título, circunstancia que abliga a imponer la pena según la regla establecida en el artículo 193 del citado texto legal, imponiéndose al procesado la pena de seis años y un día de prisión militar con la accesoria de separación del servicio, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo privado de libertad, sin que sean exigibles responsabilidades civiles. En *otrosí* de la meritada Sentencia, el C.G. llama respetuosamente la atención de la Autoridad Judicial por si le fueren de aplicación al condenado los beneficios de la gracia de indulto concedidos por Real Decreto de 27 de mayo de 1977. Dos Vocales Militares del C.G., mostrando su conformidad con los hechos declarados probados y calificación jurídica, estimaron que concurría la circunstancia eximente del número 1 del artículo 185 del CJM, por lo que formularon voto particular proponiendo la *absolución* del procesado del delito que se le imputaba.—*Autoridad Judicial*: Disintió la Sentencia del C.G. en cuanto a estimar como probado que el procesado fuera condenado anteriormente, aparte de otros, por un delito de «abandono de servicio», por entender que dicha circunstancia no concuerda con la realidad reflejada en los autos, imponiéndose por ello subsanar el error padecido por exigencias del propio proceso y con mayor motivo por la necesidad de no agravar la situación del procesado con conductas punibles que le son ajenas. En consecuencia, la Autoridad Judicial entiende que se debe imponer al procesado la pena de dos años

JURISPRUDENCIA

de prisión militar con la accesoria de suspensión de empleo como autor de un delito consumado de abandono de destino, del artículo 365, 3.º, del CJM, sin que se aprecien circunstancias modificativas de la responsabilidad, haciendo uso de la discrecionalidad que a los Tribunales Militares otorga el artículo 193 del CJM.—*Fiscal Militar*: Solicitó la pena de seis años y un día de prisión militar con la accesoria de separación del servicio.—*Defensor*: Solicitó se dictase sentencia declarando la libre absolución de su patrocinado y su internamiento en un Sanatorio adecuado para el tratamiento por el tiempo que se estimare prudente.—*C.S.J.M.*: Revoca, entendiendo que los hechos recogidos en el primer Resultado de esta nuestra Sentencia, y que se declaran probados, son constitutivos, efectivamente, de un delito consumado de abandono de destino, previsto en el artículo 365, párrafos primero y último del CJM, y penado en el número tercero del propio precepto legal (CONSID.º I). Que de dicho delito responde, en concepto de autor, por el número 1.º del artículo 196 del CJM, en relación con el número 1.º del artículo 195 del propio Cuerpo legal, el procesado, Subteniente de Infantería don A.A.H., por su participación directa y voluntaria en la ejecución del hecho (CONSID.º II). Que esta Sala, aceptando la tesis sustentada por el Auditor y el Capitán General de la Segunda Región Militar, en su disenso, y haciendo uso del arbitrio que discrecionalmente otorga el artículo 193 del CJM, estima que no procede apreciar la concurrencia en el presente caso de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (CONSID.º III). Que por la propia naturaleza de los hechos y del delito calificado, no son de exigir responsabilidades civiles (CONSID.º IV). Con revocación de la Sentencia dictada en la presente Causa, condena al procesado Subteniente don A.A.H., como autor responsable del calificado delito de abandono de destino, previsto en el artículo 365, párrafos primero y último, y penado en el número 3.º del propio artículo, del CJM, sin que sean de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión militar, con la accesoria de suspensión de empleo, por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 220 del CJM, y sin declaración de responsabilidad civil alguna derivada del delito. Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone al condenado, le servirá de abono la totalidad del arresto y prisión que con carácter preventivo hubiere sufrido a resultas de esta Causa. En ejecución de Sentencia se aplicarán al reo, en su caso, los beneficios de indulto general que pudieran corresponderle.

10. Disentimiento. Delito de deserción (arts. 370-1.º/372 CJM). Atenuante segunda del artículo 186 CJM (menor edad). Error notorio en la apreciación de la prueba.

Sentencia de 15 de noviembre de 1978 (Jurisdicción de la Flota).—El día 2 de agosto de 1977, encontrándose el hoy procesado, cabo 2.º Especialista Mecánico J.M.D.B., a bordo del buque de su destino, Destructor Antisubmarino «Marqués de la Ensenada», alrededor de las siete horas abandonó el mismo en compañía del Cabo 2.º de Marinería A.E.M.F., saliendo del Arsenal y dirigiéndose al bar «Tecla» de El Ferrol se vistieron de paisano y por el procedimiento de «auto-stop» el procesado abandonó esta ciudad, dirigiéndose a Orense y de aquí a Vigo, donde llegó el mismo día 2 y en cuyas inmediaciones permaneció hasta el momento en que decidió presentarse voluntariamente, lo que hizo el día 30 de noviembre siguiente en el Estado Mayor del Mando de Escoltas (RESULT.º I).—*C.G. Ordinario*: Declarado probado «que el día 2 de agosto de 1977, encontrándose el hoy procesado, Cabo 2.º D.B., arrestado a bordo del buque de su destino, Destructor «Marqués de la Ensenada», alrededor de las siete horas abandonó el mismo»..., consideró los hechos constitutivos de un deli-

JURISPRUDENCIA

to de Deserción Militar previsto en el artículo 370-1.º, calificado por la circunstancia cuarta del artículo 371, de hallarse sufriendo arresto, y penado en el artículo 373, todos del CJM; de dicho delito reputó autor por su participación directa en los hechos, artículo 196-1.º del CJM, al procesado, Cabo 2.º Especialista Mecánico J.M.D.B. y apreciando la circunstancia atenuante prevista en el artículo 186-2.º del CJM, de no tener la edad de dieciocho años cuando concurrieron los hechos, condenó al procesado Cabo 2.º Especialista Mecánico J.M.D.B., como autor de un delito de deserción militar definido en el artículo 370-1.º, con la circunstancia calificativa cuarta del artículo 371, y penado en el artículo 373 del CJM, concurriendo en el mismo la circunstancia atenuante 2.ª del artículo 186 del mismo texto legal, a la pena de dos años de prisión militar, con las accesorias del último párrafo del artículo 219 de destino a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que después deba servir en filas, la del 220 de deposición de empleo, así como el efecto previsto en el artículo 229 de pérdida de tiempo para el servicio y el de rescisión de su compromiso con la Armada, conforme al artículo 893, todos del CJM, siéndole de abono el tiempo de prisión preventiva sufrida a resultas de esta Causa y sin que sean de exigir responsabilidades civiles.—*Auditor*: En el trámite del artículo 798 del CJM, emitió su preceptivo dictamen el Auditor y refiriéndose a la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra manifestó su no conformidad con el Resultado primero por cuanto se sienta en él como probado que el procesado Cabo 2.º J.M.D.B. se encontraba arrestado a bordo del buque de su destino, Destructor «Marqués de la Ensenada», el día 2 de agosto de 1977, abandonándolo alrededor de las siete horas, siendo así que lo que resulta de las actuaciones de la Causa, es que dicho Cabo 2.º había finalizado su arresto de once días, impuesto en 21 de julio de 1977, el día 1 de agosto de 1977, por lo que no cabe manifestar conformidad con la aplicación subsiguiente, en dicha Sentencia, de la circunstancia cuarta del artículo 371 del CJM. Pues si bien es verdad que los preceptos legales vigentes otorgan a los Consejos de Guerra amplio arbitrio judicial para apreciar en conciencia las pruebas con arreglo a su racional criterio, no es menos cierto que tal arbitrio tiene un límite y que, por tanto, no es preciso aceptar las apreciaciones del Tribunal sentenciador cuando se haya hecho, como en el caso presente, con notorio error. Por ello, a juicio del Auditor, procede elevar las actuaciones al CSJM, proponiendo que se dicte por el mismo nueva Sentencia en la que considerando al procesado J.M.D.B., como autor de un delito de deserción militar definido en el artículo 370-1.º y penado en el 372 del CJM, concurriendo la circunstancia atenuante segunda del artículo 186 del mismo texto legal, le sea impuesta una pena de seis meses y un día de prisión militar con las accesorias del último párrafo del artículo 219, de destino a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que después deba servir en filas, la del 220 de deposición de empleo, así como el efecto del artículo 229 de pérdida de tiempo para el servicio y el de rescisión de su compromiso con la Armada conforme al artículo 893, todos del CJM, siéndole de abono el tiempo de prisión preventiva sufrida a resultas de esta Causa y sin que sean de exigir responsabilidades civiles.—*Autoridad Judicial*: De conformidad con el dictamen del Auditor y con idéntica propuesta de fallo, acordó discurrir la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra y elevar las actuaciones al CSJM.—*Fiscal Militar*: Se mostró conforme con el criterio mantenido en el disenso y aceptando la calificación jurídica que se consigna en el dictamen del Auditor de la Flota y que mereció la aprobación de la Autoridad Judicial y la participación en tales hechos del procesado Cabo 2.º Especialista Mecánico J.M.D.B., en concepto de autor de un delito consumado de deserción militar, solicitó, apreciando la circunstancia atenuante de ser el procesado menor de dieciocho años, le fuera impuesta la pena de seis meses y un día de prisión militar y las accesorias del fallo recaído, para cuyo cumplimiento le sería de abono el

JURISPRUDENCIA

tiempo que hubiera estado privado de libertad por la presente causa y sin que sean de exigir responsabilidades civiles.—*Defensor*: Tras destacar que su defendido no se encontraba arrestado al cometer la deserción, error de hecho de la Sentencia que aprecia de lo actuado en la causa, termina solicitando se le imponga al mismo, como autor de un delito de deserción del artículo 371 y penado en el artículo 372, ambos del CJM, la pena de seis meses y un día de prisión militar, adhiriéndose a los términos del disenso planteado.—*C.S.J.M.*: Revoca, entendiendo que el punto básico de disentimiento se concreta a determinar si el uso que de sus facultades hizo el Consejo de Guerra en relación con la apreciación de la prueba es el adecuado, o, por el contrario, incurrió en notorio error en tal apreciación, ya que de no darse una equivocación clara, explícita e indudable, no habrá motivo para estimar el disentimiento promovido por el Auditor de la Flota, con cuyo parecer se han mostrado conformes la Autoridad Judicial y la Fiscalía Militar, fundamentándose el mismo en que, a juicio del Auditor, el Consejo de Guerra incurrió en notorio error en la apreciación de la prueba, obrante en autos, por los razonamientos que del dictamen se expresan, y que se recogen en el quinto Resultando de esta Sentencia (CONSIDERANDO I). Que, como anteriormente se dice, para que pueda existir notorio error en la apreciación de la prueba, es preciso, según constante Jurisprudencia de esta Sala, que, entre otras, se recoge en las Sentencias de 2 de abril de 1970 y 17 de enero de 1973, que se contemple manifiesta discrepancia entre lo que la Sentencia examinada haya declarado cierto y lo que, de modo patente, resulte de las actuaciones, ya que la frase de notorio error empleada por la Ley ha de entrañar una oposición evidente entre los hechos que se dan como probados y la misma prueba practicada, por lo que, en consecuencia, hemos de analizar si tales circunstancias se dan en el caso planteado, y de un examen del conjunto de la prueba aparece que el Cabo 2.º, al ausentarse del buque de su destino, Destructor «Marqués de la Ensenada» el día 2 de agosto de 1977, abandonándolo alrededor de las siete horas, había finalizado su arresto de once días, impuesto en 21 de julio de 1977, el 31 de julio de 1977 (fs. 88 y 89), no constando que le hubiese sido impuesto algún otro arresto que debiera cumplir a partir del insistido día 2 de agosto. Por tanto, a juicio de la Sala, el Consejo de Guerra ha incurrido en notorio error al dar como probados en los hechos recogidos en el primer Resultando de la Sentencia, que se encontraba arrestado, y subsiguientemente al calificarlos, al aplicar la circunstancia 4.º del artículo 371 del CJM (CONSIDERANDO II). Que la Sala de Justicia sobre la base que se deja establecida en los anteriores Considerandos, y a tenor de los hechos declarados probados, estima, como más correcto para la calificación de los mismos, que son constitutivos de un delito consumado de deserción militar, sin circunstancias calificativas, en tiempo de paz, previsto y sancionado en los artículos 370, núm. 1.º y 372 del CJM (CONSID.º III). Que del expresado delito es responsable en concepto de autor, por participación directa y voluntaria, el procesado Cabo 2.º Especialista Mecánico J.M.D.B. (CONSIDERANDO IV). Que concurre en el mismo la circunstancia atenuante segunda del artículo 186 del CJM, la de no tener el culpable la edad de dieciocho años (CONSID.º V). Que no son de exigir responsabilidades civiles en relación a los hechos enjuiciados en esta Causa, dada la índole del delito que califica los mismos (CONSID.º VI). Que de conformidad con lo establecido en el artículo 217 del CJM le será de abono al procesado, para cumplimiento de su condena la totalidad de la prisión preventiva sufrida por razón de esta Causa (CONSID.º VII). Con expresa revocación de la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra, condena al procesado Cabo 2.º Especialista Mecánico J.M.D.B., como autor de un delito de deserción militar, sin circunstancias calificativas, en tiempo de paz, previsto y penado en el punto 1.º del artículo 370 y 372, ambos del CJM, con la

JURISPRUDENCIA

conurrencia de la circunstancia atenuante 2.ª del artículo 186 del mismo texto legal, a la pena de seis meses y un día de prisión militar, con las accesorias del último párrafo del artículo 219, de destino a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que después deba servir en filas, la del 220 de deposición de empleo, así como el efecto del artículo 229 de pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad en el mismo y el de rescisión de su compromiso con la Armada, conforme al artículo 893, todos del CJM y en base a lo previsto en la norma 84 de las Normas Provisionales para Especialistas de la Armada, aprobadas por Orden ministerial núm. 4.485 de 1976 de 27 de septiembre (D.O. 237 de 18 de octubre), en los términos de la disposición derogatoria 2.ª de la Ley núm. 19 de 21 de julio de 1973 (B.O.E. núm. 176) de Especialistas de la Armada, siéndole de abono el tiempo de prisión preventiva sufrida a resultados de esta Causa, conforme al artículo 217 del CJM, y sin que sean de exigir responsabilidades civiles, dada la índole del delito.

11. **Disentimiento. Diligencias preparatorias. Delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos (arts. 563-2.º/563-1.º CP). Fausalidad. Error de Derecho.**

Sentencia de 15 de noviembre de 1978 (Zona Marítima del Estrecho).— Siendo aproximadamente las veintiuna horas del día 7 de febrero de 1977, el inculpado, Sargento 1.º Contramaestre de la Armada don J.M.P.A., circulaba conduciendo el vehículo de su propiedad marca Seat, modelo 127, matrícula CA-1223-E, para cuyo manejo se hallaba legalmente habilitado, por la calle Calvo Sotelo de la ciudad del Puerto de Santa María, y al llegar a la altura de la bifurcación de la mencionada vía urbana con la de Cruces, no atendió de forma debida y correcta la señal de «stop» existente en el sentido de su marcha, y a consecuencia de ello, vino a colisionar con el vehículo marca Seat, modelo 600, matrícula CA-47.141, conducido por don M.M.C. y propiedad de su esposa doña M.S.L., quien le acompañaba como usuario. Seguidamente, y perdido ya por el inculpado el control de su vehículo, éste prosiguió su marcha subiendo a la acera izquierda de la misma calle por donde circulaba, alcanzando en su trayectoria a la menor N.G.R. (RESULT.º I). Que a consecuencia de la colisión, el matrimonio compuesto por don M.M.C. y doña M.S.L., sufrió lesiones que fueron calificadas de pronóstico leve, cuya asistencia médica importó la suma de 1.000 pesetas. Por otra parte, los daños ocasionados al vehículo CA-47.141 ascendieron a la cantidad de 39.211 pesetas y otras 500 pesetas más por el servicio de transporte de grúa realizado, estando justificadas ambas sumas en estas actuaciones. Igualmente, la menor N.G.R., sufrió asimismo varias lesiones de carácter leve, cuya curación se produjo a los siete días, habiendo estado impedida para sus ocupaciones habituales por espacio de tres días, totalizando el importe de su asistencia facultativa la suma de 9.920 pesetas en concepto de honorarios médicos y otras 452 pesetas por gastos farmacéuticos. Igualmente y en cuanto a daños sufridos, esta menor reclama la suma de 920 pesetas por reparación de un reloj de su propiedad que resultó averiado a consecuencia de los hechos (RESULT.º II).—*Juez Togado:* Declarando probados unos hechos análogos a los que se recogen en esta Sentencia, los consideró constitutivos de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos, con resultado de daños y lesiones leves, de los previstos en el artículo 565, 2.º, del CP en relación con el artículo 563 del mismo texto legal y artículo 25, apartado e), del Código de la Circulación, delito del que estimó responsable en concepto de autor por su participación personal y directa, así como negligente, al inculpado J.M.P.A., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole las penas de un mes y un día de arresto mayor y seis meses de privación del permiso de conducir, con las acceso-

JURISPRUDENCIA

rias previstas en el artículo 47 del CP y 231 del CJM, con abono de tiempo de privación de libertad o del indicado permiso, sufrido en su caso, a resultas de estas actuaciones, debiendo abonar en concepto de responsabilidades civiles a los perjudicados la suma total de 12.292 pesetas a la menor N.G.R., y 40.711 pesetas a don M.M.C.—*Auditor*: Tras aceptar la declaración de hechos probados, y su calificación jurídica, estima que la Sentencia adolece de un error en la imposición de las penas que, de una parte, impide la aprobación de la misma y de otra aconseja plantear disenso respecto del fallo dictado, por entender que el mismo perjudica al inculpado, independientemente del claro error que supone la aplicación indebida del artículo 565, al considerar sólo el segundo párrafo y no tener en cuenta el cuarto párrafo, ya que siendo el delito calificado el definido en el segundo párrafo del artículo 565 del CP, o sea, imprudencia simple con infracción de Reglamentos, la pena de arresto mayor es correcta, pero siempre que se respete lo establecido en el párrafo 4.º de dicho artículo, por lo que, al hacer referencia al artículo 563 del referido Cuerpo legal, y comprobada que la pena fijada para el delito de daños en tal precepto es la de multa, en ningún caso debe imponer la pena de arresto mayor en un delito de daños de carácter culposo, por lo que procedería fijar la pena de multa y no la de arresto mayor, sin perjuicio de mantener la segunda pena de privación del permiso para conducir.—*Autoridad Judicial*: De conformidad con el precedente dictamen del Auditor, disintió de la Sentencia dictada por el Juez Togado que vio y falló las presentes Diligencias Preparatorias número 61/77, estimando procedente la imposición al procesado Sargento 1.º Contramaestre de la Armada J.M.P.A., de la pena de 5.000 pesetas de multa o diez días de arresto sustitutorio, para caso de impago de acuerdo con los límites permitidos en el artículo 91 del CP y privación del permiso de conducir por un plazo de seis meses.—*Fiscal Togado*: Se mostró en un todo de acuerdo con la tesis mantenida en el disenso planteado, ya que de acuerdo con el contenido del párrafo 4.º del artículo 565 del CP no es posible imponer en el delito culposo pena igual o superior que la respectiva figura dolosa, por lo que señalada para el delito de daños del artículo 563 la pena de multa, resulta obvio, que nunca debió imponerse, para el equivalente delito culposo, la pena de arresto mayor como se hace en la Sentencia disentida (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de octubre de 1965), por lo que estima que procede calificarlos y sancionarlos en la forma señalada en el disenso.—*Defensor*: Alegando las razones que estimó oportunas en apoyo de su tesis, solicitó la libre absolución del inculpado con todos los pronunciamientos favorables.—*C.S.J.M.*: Revoca entendiendo que de acuerdo con diversas Sentencias del Tribunal Supremo como la de 25 de septiembre de 1970, 22 de noviembre de 1971 y 23 de mayo de 1972, el delito de imprudencia simple antirreglamentario, requiere, para existir, cuando se realice por medio de vehículo de motor, los siguientes requisitos: a) un elemento psicológico o subjetivo, integrado por conducir el carruaje sin el debido cuidado o atención a las incidencias del tráfico, a medida de actos u omisiones voluntarios, ejecutados o dejados de ejecutar, libremente por el agente o causante de una situación de peligro previsible por faltar el deber general de prudencia; b) un resultado dañoso producido por dicha conducta, sin interferencias de hechos o actividades de la víctima o de terceras personas que rompan la necesaria relación causal entre el quehacer y el evento; c) un requisito normativo integrado por la lesión de preceptos reglamentarios de la circulación, que precautoriamente determinen como han de conducirse obligatoriamente los vehículos en evitación de crisis y consecuencias perjudiciales (CONSID.º I). Que en los hechos relatados en los dos primeros Resultandos y declarados probados por esta Sala, concurren estos requisitos, siendo de notar que el último de ellos, o sea la infracción de un deber reglamentario, también concurre, ya que si bien

JURISPRUDENCIA

el inculpado manifestó en algunas actuaciones haber reducido la velocidad de su vehículo hasta detener la marcha del mismo, de resultas del conjunto de las pruebas practicadas y razonablemente apreciadas, se deduce, como también ha dicho el inculpado en algunas declaraciones, que redujo la marcha, pero no efectuó la detención, por lo que no cumplimentó las normas contenidas en el artículo 25, apartado c) del Código de la Circulación, cuya última parte dice «llegando a detener por completo su marcha cuando sea preciso y, en todo caso, cuando así lo indique la señal correspondiente» (CONSID.º II). Que los hechos son constitutivos de un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos, con resultado de daños y lesiones leves, de los previstos en el artículo 565, párrafo 2.º, en relación con el 563, párrafo 1.º, ambos del CP ordinario (CONSID.º III). Que del mencionado delito es responsable don J.M.P.A., en concepto de autor por participación personal, directa y negligente (CONSID.º IV). Que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (CONSIDERANDO V). Que aunque a consecuencia del accidente han resultado diversas personas dañadas y lesionadas, es lo cierto que abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo establece en relación con casos análogos, que no se sancionen los diversos resultados producidos por el hecho, sino este mismo hecho como constitutivo de imprudencia, que al ser único tiene que ser reprimido también con una sola sanción, aunque el culpable venga obligado a reparar todos los daños que de aquel acto se deriven (Sentencias de 31 de enero de 1962 y 8 de octubre de 1966) (CONSID.º VI). Que conforme razona la Autoridad Judicial con su Auditor, al exponer el único motivo en que se basa el planteamiento del disenso, es evidente que en la Sentencia del Juez Togado Permanente de la Jurisdicción, se incurrió en error de Derecho, al aplicar al caso de autos la penalidad de un mes y un día de arresto mayor, ya que si bien es cierto que el apartado segundo del artículo 565 del CP señala la pena de arresto mayor a los que con infracción de Reglamentos cometieren un delito simple de imprudencia o negligencia, también lo es que este párrafo debe ser aplicado sin olvidar lo que ordena el párrafo 4.º del mismo artículo, que dice: Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo, no tendrá lugar cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda en el grado que estimen conveniente (CONSID.º VII). Que todo responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente, de acuerdo con el artículo 19 del CP (CONSID.º VIII). Revoca, condenando al inculpado, como autor responsable de un delito de imprudencia simple con infracción del artículo 25, apartado e), del Código de Circulación, previsto y penado en el artículo 565, párrafo 2.º del CP, en relación con el artículo 563 del mismo Código legal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 5.000 pesetas de multa, con responsabilidad subsidiaria personal de diez días para caso de impago, en los términos del artículo 91 del CP, con privación del permiso de conducción por tiempo de seis meses, debiendo abonar en concepto de responsabilidades civiles a los perjudicados, si ya no lo hubieren efectuado, las sumas de 12.292 pesetas, que corresponden a la menor N.G.R., y la de 40.711 pesetas que corresponden a doña M.S.L., siéndole de abono al inculpado para el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de la multa impuesta, y para la de privación del permiso de conducción respectivamente, los tiempos de privación de libertad que pudiera haber sufrido a resultas de estas actuaciones, y el de privación preventiva del citado permiso.

JOAQUÍN HERNÁNDEZ OROZCO



FRANCISCO
· DE · VITORIA ·
· INSTITUTO ·
· DE · DERECHO ·
· MILITAR ·

SECCION DE
DERECHO
MILITAR