

de REVISTA
ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

MINISTERIO DE DEFENSA
D.R.I.S.D.E.-Sección de Prensa
ENTRADA
N.º 404
Fecha 22.08.83

NUMERO

40

ESPECIAL

INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA
SECCIÓN DE DERECHO MILITAR

CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ESCUELA DE ESTUDIOS JURIDICOS DEL EJERCITO

Consejo Asesor de la Revista:

José M.º Rodríguez Devesa
y Francisco Morales Souvirón

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.º Región Militar - Jesús Valenciano Almoyna
 - 2.º » » - Antonio Millán Garrido
 - 3.º » » - José Paláu Gimeno
 - 4.º » » - Antonio Martí Coll
 - 5.º » » - Eduardo Fuenbuena Ferrández
 - 6.º » » - Gonzalo Gutiérrez Lanza
 - 7.º » » - Virgilio Peña Peña
 - 8.º » » - Adolfo Seirullo García-Alvarez
 - 9.º » » - Juan Aliaga Morell
- 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: 600 pesetas.

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

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR



INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA

SECCION DE DERECHO MILITAR



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

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

NUMERO

40

ESPECIAL

Madrid

1982

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

Imprenta-Escuela H. de la Guardia Civil.—Príncipe de Vergara, 248 - MADRID-16

Al tomar posesión como Director de la Revista Española de Derecho Militar, quiero dirigirme a todos los relacionados o que puedan relacionarse en el futuro con la misma, para agradecerles su interés y exponer las líneas programáticas del período que ahora se inicia, no sin dejar antes de agradecer, en nombre de todos, los esfuerzos y los logros de los Directores que me han precedido, los Generales De Nô, ya fallecido, y Jiménez, felizmente colaborando con nosotros.

Es nuestro propósito, el mío y el de todos los que componen los órganos directivos de la Revista:

1.º Dar por concluida la primera etapa, por así decirlo, de la Revista, con la publicación del número 40 de la misma, que llevará fecha de 1982, y que recoge todos los materiales de publicación reunidos hasta hoy, y reanudar la publicación de la misma, con el número 41 que corresponderá al primer semestre de 1983, pues es nuestro propósito continuar la Revista publicando cada año dos números, uno en el primer semestre para el mes de junio, y otro en el segundo, para el mes de diciembre, aunque este año saldrán retrasados por imposibilidad de hacerlo en su fecha.

También tenemos el proyecto de publicar un Índice analítico y alfabético correspondiente a los cuarenta primeros números.

2.º Iniciar una nueva "época" de la Revista, abriéndola, aún más si cabe, a los miembros de los tres Cuerpos Jurídicos de las Fuerzas Armadas, a los militares de Armas o Cuerpos distintos y a las personas civiles, juristas o no, que puedan aportar conocimientos y datos, sin otro límite que el de la propia naturaleza de la Revista y la altura científica que se quiere mantener.

3.º En este sentido, solicitamos la colaboración de todos, tanto enviando sus estudios, notas y documentación oportuna, como haciendo cualesquiera sugerencias para el mejoramiento de la Revista, en la seguridad de nuestro agradecimiento y el de quienes se interesen por los temas jurídico-militares y conexos.

4.º Por otra parte, pretendemos también una mayor difusión de nuestra Revista, y no sólo entre los estamentos militares, para lo que solicitamos el concurso general, manteniendo las ofertas de números sueltos atrasados y colecciones completas, que ya hiciera la anterior Dirección.

Con los mejores deseos para todos y esperando que nuestras intenciones no se queden en palabras, les saluda afectuosamente,

Prof. Dr. JOSE LUIS FERNANDEZ-FLORES

**GENERAL AUDITOR DIRECTOR
DE LA
ESCUELA DE ESTUDIOS JURIDICOS
CATEDRATICO DE DERECHO INTERNACIONAL
PUBLICO Y PRIVADO**

El Director de la Revista.

SUMARIO

	<u>Página</u>
Editorial	7
Eduardo de No Louis, por PEDRO MARTIN DE HIJAR, Presidente de la Sala 5.º del Tribunal Supremo y Coronel Auditor «In Memoriam», por FRANCISCO JIMENEZ Y JIMENEZ, Consejero Togado.	9
	11

I

El nuevo semblante de la Justicia Militar en Italia. Historia breve de una reforma, por el Teniente General Auditor VITTORIO REUTRO	13
«Il Diritto Internazionale vigente in materia di mezzi e di metodi di guerra», por el General PIETRO VERRI	27
El conflicto de las Malvinas a la luz de la Historia y del Derecho Internacional, por el Ministro Togado y Catedrático de Derecho Internacional JOSE LUIS DE AZCARRAGA	53
La razón y la guerra, por el General Auditor y Catedrático de Derecho Internacional JOSE LUIS FERNANDEZ FLORES	77
El sobrevuelo de Estados neutrales por aeronaves sanitarias beligerantes, por el Doctor JUAN GONZALO MARTINEZ MICO, Comandante Auditor, Profesor de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército	91

II

El Derecho Penal Marítimo, por el Teniente Coronel Auditor de la Armada JOSE LUIS RODRIGUEZ VILLASANTE, Fiscal de la Flota	105
El concepto del robo en la Ley de Contrato de Seguro, por el Profesor de la Universidad y Teniente Coronel Auditor Doctor JUAN GOMEZ CALERO	135
Arbitrio judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar, por el Profesor de la Universidad y Comandante Auditor EDUARDO CALDERON SUSIN	155
El procedimiento previo, ¿interrumpe la prescripción?, por el Comandante Auditor JOSE ROJAS CARO	187
Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1930, de reforma del Código de Justicia Militar, por el Profesor de Universidad y Capitán Auditor Doctor ANTONIO MILLAN GARRIDO	195



EDITORIAL

La «Revista Española de Derecho Militar» ha cumplido ahora sus bodas de plata. Una andadura de veinticinco años en el reducido marco de la especialidad constituye un hecho remarcable, apenas logrado por otras en el mundo y quizá por ninguna bajo un signo de independencia y desinterés tales que permiten afirmar se ha carecido durante la mayor parte de ellos de cualquier clase de subvención y que nadie de los que en ella trabajamos ha percibido nunca ninguna clase de retribución o ventaja.

Dejada constancia de la efeméride, sin añadir otro juicio de valor a la obra llevada a cabo, pensamos es de justicia canalizar nuestra orgullosa alegría, rindiendo homenaje a dos de sus fundadores y más destacados capitanes de la tarea, sin los cuales no hubiera alcanzado la duración, tono y nivel logrados. Nos referimos al Consejero Togado y ex Magistrado del Tribunal Supremo, Eduardo De No Louis, y al Coronel Auditor y Catedrático de la Universidad Complutense, José María Rodríguez Devesa, entrañables compañeros que tan rancio y recio suenan en nuestra vida corporativa. Huelgan aquí los adjetivos.

Este número extraordinario que les dedicamos estará consagrado a trabajos sobre las especialidades —Internacional y penal— en que ellos destacaron y, de entre los muchos que gustosamente y con alto nivel podrían colaborar, nos hemos limitado a traer aportes de quienes, con el denominador común de ser miembros de los Cuerpos Jurídicos de los tres Ejércitos, tienen acusada personalidad en esos campos, especialmente por la vía de la docencia universitaria. Con cálida devoción hacia esos dos ilustres juristas militares, lo científico y corporativo aparecen entrelazados en una corona de estudios originales y expresos, que en este volumen especial se ofrecen a quienes tanto debemos.

Sucede tristemente que, mientras se reunieron estos estudios, falleció repentinamente uno de sus destinatarios: Eduardo De No Louis. Y así, junto a la semblanza que se le hizo en vida, va el «In memoriam», que quien redacta estas líneas hubo de elaborar tras su muerte para publicarlo en

Revista Internacional, con la honda pena de que no pudiera ver en la nuestra las devociones y afectos que sembró. Cuanto a José María Rodríguez Devesa, la larga y fecunda vida que le deseamos, acrecentará más aún los que tiene logrados entre discípulos, compañeros y amigos, con el magisterio de su vida y de su obra.

La Dirección, que ahora cesa y que también empezó colaborando desde el primer número, pone así remate a esta etapa de la Revista, a la que ahora esperan tareas tan apasionantes como la de interpretar y asentar los nuevos Códigos de una Justicia Militar española de nuestro tiempo y del deseado nivel. Lo hace, también, dando las más rendidas gracias a quienes, desinteresadamente, le ayudaron tanto, siendo la ilusionada juventud de muchos de ellos prenda segura de continuidad y progreso. Y, por supuesto, dándolas también a los suscriptores, destinatarios y sostenedores de la publicación que se pone en sus manos.

LA DIRECCION

EDUARDO DE NO LOUIS

Quizá la característica más significativa de la personalidad de Eduardo de No es la del equilibrio de todas sus facultades, un equilibrio en que, lejos de la mediocridad, aquéllas alcanzan las cotas más altas.

Su inteligencia, cordialidad, claridad de juicio, ponderación, profundidad y amplitud de conocimientos hacen de él una señera figura que desborda su condición de jurista de excepción.

Los lectores de esta Revista —que tanto le debe— y cuantos con él han tenido relación tienen constancia de que estas expresiones, más que inspiradas en la antigua y entrañable amistad que con él me une, reflejan una realidad que, si no ha trascendido de modo más intenso o espectacular en nuestra sociedad, ha sido por la auténtica modestia, falta de ambición e independencia respecto a los moldes establecidos que completan su personalidad.

Las siguientes pinceladas de su biografía son suficientes para poner de relieve los méritos que en él concurren y que quedarían aún más evidenciados con los detalles y precisiones que la redacción de aquélla exigiría.

Hubiera podido, y para ello fue requerido en varias ocasiones, desempeñar relevantes cargos políticos, cuya designación ha rehusado, construyendo siempre su actuación a la esfera profesional y a participar en otras actividades jurídicas y culturales.

Muy joven ingresó en el Cuerpo Jurídico Militar, en el que prestó servicio durante casi cincuenta años, desempeñando en los sucesivos empleos desde Teniente Auditor de 3.º a Consejero Togado, todos los destinos asignados al Cuerpo, en Auditorías, Fiscalías, Secretarías de Justicia, Asesoría del Ministerio del Ejército y Academia de Estudios Jurídicos, en todos los cuales se mantuvo «in crescendo» su prestigio.

En la faceta administrativa fueron siempre valiosos sus asesoramientos al mando y para la creación de normas legislativas; durante su actuación en los distintos cargos que desempeñó en la Jurisdicción Militar demostró que la Justicia puede aplicarse con espíritu generoso y humanitario, del que dio muestra aun en momentos en que ello era algo contra corriente y contrastaba con la tónica del momento, y su labor docente como Profesor y luego Director de la Escuela de Estudios Jurídicos fue decisiva para la formación profesional de numerosas promociones, que han mantenido la relevante posición que en el Ejército tiene ganado el Cuerpo Jurídico Militar.

Ya en la cúspide de su carrera militar fue designado Magistrado de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, cargo que desempeñó, demostrando su preparación, formación humanística e innato sentido de la Justicia, pudiendo calificarse de modélicas las sentencias que redactó como Ponente, en lenguaje claro y sencillo —como siguiendo el consejo cervantino—, y en ellas se evidencia lo profundo de su fundamentación y dominio de la técnica jurídica.

Comprobarlo está al alcance de cualquiera, sin más que acudir a la conocida colección del «Aranzadi» que las recoge. Pero no todos, sino sólo los que tuvimos el privilegio de participar con él en las deliberaciones previas al fallo de los recursos, pudimos apreciar el minucioso estudio que los dedicaba, su precisión en el planteamiento de «las cuestiones a resolver», la fuerza convicente de sus razonamientos en defensa de sus opiniones, así como el respeto que le merecían las contrarias, y todo ello con ausencia de amor propio en mantenerlas, cuando excepcionalmente no eran compartidas por la mayoría.

Paralelamente a esta actuación profesional ha desarrollado una intensa actuación científica, destacando principalmente en el campo del Derecho Internacional. Ha alcanzado extraordinario renombre por sus actividades y publicaciones en la Cruz Roja Internacional; pertenece desde su fundación a la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de la Guerra, en la que ha desempeñado el cargo de Vicepresidente, para el que ha sido por tres veces reelegido; tras superar el curso al que asistió, ha obtenido el diploma de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; ha formado parte de la Comisión Hispano Americana para la aplicación del Tratado entre ambos países; fundó y fue Director de esta Revista; ha asistido a numerosos Congresos en diferentes naciones, y en sus no escasas conferencias sobre temas de Derecho Internacional y Administrativo ha sabido armonizar el rigor científico con la amenidad.

Desligado ya de sus obligaciones profesionales por su pase a la reserva en el Cuerpo Jurídico y por su jubilación en la Carrera Judicial, era de esperar una intensificación de su labor en esta vertiente científica, tan brillantemente desarrollada.

PEDRO MARTIN DE HIJAR
Presidente de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo
Coronel Auditor

IN MEMORIAM

DR. EDUARDO de No LOUIS (1908-1982)

Mientras se celebraba en Lausanne el IX Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, moría en Madrid, víctima de rápida y cruel enfermedad, el que durante nueve años fue su Vicepresidente y un amigo y compañero de todos sus Miembros. La noticia del fallecimiento produjo profunda tristeza entre los que la conocieron, evocándose sus sobresalientes cualidades y su figura, a menudo acompañada de la de su madre, asimismo tan querida de todos.

Prestó sus servicios en el Cuerpo Jurídico Español durante cerca de cincuenta años, especialmente en el Ejército de Marruecos, Asesoría Jurídica del Ministerio del Ejército, Comisión Hispano Americana y, últimamente, como Director de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, alcanzando en éste la máxima categoría de Consejero Togado. Desde tal destino pasó al de Magistrado del Tribunal Supremo de la Nación, prestando servicios en su Sala 5.ª, de cuyo paso por la misma se ha escrito: «Sólo los que tuvimos el privilegio de participar con él en las deliberaciones previas al fallo de los recursos, pudimos apreciar el minucioso estudio que les dedicaba, su precisión en el planteamiento de "las cuestiones a resolver», la fuerza convincente de sus razonamientos en defensa de sus opiniones, así como el respeto que le merecían las contrarias y todo ello con ausencia de amor propio en mantenerlas, cuando excepcionalmente no eran compartidas por la mayoría».

Alcanzó, pues, en ambas jurisdicciones, la máxima categoría y también el grado máximo de consideración y de afectos. Fue fundador y Director de la Revista Española de Derecho Militar, y puede considerársele un verdadero especialista en Derecho Internacional y Derecho Administrativo, amén del alto grado técnico mostrado en numerosos y respectivos destinos alcanzados.

Fuera de ellos alcanzó por sus publicaciones y actividades considerable renombre en la Cruz Roja Internacional. Pero de manera especial este alto nivel tuvo lugar en la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de la Guerra, a la que perteneció desde su fundación, encabezando el Grupo Español, participando brillantemente en sus actividades, destacando en la organización del IV Congreso de la misma celebrado en Madrid y alcanzando el cargo de Vicepresidente, mantenido en tres reelecciones. Su personalidad y especiales condiciones han prestigiado extraordinariamente el nombre de España y de la Justicia Militar.

Mas, por encima de su brillante periplo profesional, han de destacarse aquí: su carácter profundamente humano, ponderado y sinceramente modesto, fruto del equilibrio de todas sus facultades; su inteligencia, cultura e independencia de criterio, siempre al servicio de la Justicia y del Derecho; y su omnipresente cordialidad y compañerismo, excluyente de enemistades y creando con su especial humor y «savoir faire», sinceros y hondos afectos en cuantos le tratamos, tanto en la esfera nacional como en la internacional.

El recuerdo de su vida y el ejemplo de su persona y obra pervivirán entre nosotros. Sin duda, la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra ha sufrido una gran pérdida.

Francisco Jiménez y Jiménez

El nuevo semblante de la Justicia Militar en Italia

Dr. Teniente General Vittorio Ventro
Fiscal General Militar de la República Italiana
Presidente de la Sociedad Internacional de
Derecho Penal Militar y Derecho de la
Guerra.

HISTORIA BREVE DE UNA REFORMA

SUMARIO: 1. La estructura judicial militar antes de la Constitución. 2. La estructura judicial militar inmediatamente después de la Constitución. 3. El lento y largo camino de la reforma. 4. El improvisado y rápido corte del nudo. 5. El nuevo aspecto de la justicia militar.

1. La estructura judicial militar antes de la Constitución.

A la demanda, no nueva ni exclusiva de nuestro país, de si en un ordenamiento jurídico democrático podrá aún justificarse una jurisdicción penal militar distinta de la común, la Constitución italiana de 1948 ha dado una respuesta afirmativa.

Las connotaciones de la Justicia Militar que los constituyentes habían tenido presentes cuando elaboraron su respuesta, resultan del ordenamiento judicial militar de 1941 y del Código penal militar que entró en vigor aquel mismo año. Es decir:

Jueces de primera instancia son los Tribunales militares territoriales que juzgan con la intervención de cinco miembros, de los cuales cuatro son oficiales de las Fuerzas Armadas con grado mínimo de capitán y uno, el Juez relator (Ponente), magistrado militar. Grado y fuerza armada de pertenencia de los oficiales jueces varían en función del grado y de la fuerza armada de procedencia del procesado y, en algunos casos,

varían también en función del tipo de delito. Los oficiales son nombrados jueces por un bienio, por decreto del Presidente de la República. Están previstos también tribunales militares de marina enteramente compuestos de oficiales.

Tribunal de segunda y última instancia es el Tribunal Supremo Militar, al cual, con el mismo poder de la Corte Supremo de Casación, corresponde el juicio de legitimidad. Este juega con la intervención de siete miembros, de los cuales tres, comprendido el presidente, son Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas, tres son Magistrados comunes, en la actualidad de la categoría de consejeros de casación, y uno el consejero relator (Ponente), es Magistrado militar de categoría análoga. Los tres grupos componentes que concurren a formar el Tribunal judicial poseen por tanto una experiencia amplia, considerada útil para recoger enteramente el contenido de la norma penal militar: la experiencia militar de los Generales, que han contemplado las situaciones del servicio y de la disciplina que la norma penal militar protege; la experiencia judicial de los Magistrados de casación, habituados a moverse en el amplio campo del Derecho; la experiencia judicial especializada del Magistrado militar, que representa en un cierto sentido la síntesis de las dos otras experiencias.

Contra la sentencia del Tribunal Supremo Militar no se admite recurso ordinario de casación; el recurso al Tribunal Supremo en realidad agota la fase del juicio de legitimidad. Se admite, por el contrario, el recurso extraordinario a la Corte de Casación (que decide en sesión única), pero sólo para denunciar la falta de jurisdicción o el exceso de poder.

Los Magistrados militares pertenecen a un orden judicial que, encuadrado en el ámbito del Ministerio de Defensa, se califican de «especial» en cuanto que es distinto al orden judicial común. Son Magistrados con una carrera civil; el adjetivo militar que les distingue no indica su «status», sino su especialización. Existe todavía un Cuerpo militar de la Justicia que, compuesto de oficiales distribuidos en la categoría de magistrados y cancilleres (secretarios), está formado por miembros de diversa procedencia (abogados, notarios, magistrados comunes y administrativos, profesores universitarios de materia jurídica, etc.). En tiempo de paz están enteramente licenciados. Los magistrados militares forman parte de derecho de este Cuerpo, con un grado que sigue constantemente, según una tabla de equiparaciones, la progresión en la calificación civil. En tiempo de guerra, el Cuerpo es movilizad: magistrados y secretarios, de carrera o no, asumen el «status» militar.

La Justicia militar tiene en el Procurador (Fiscal) General militar cerca del Tribunal Supremo Militar una cabeza a la cual está atribuida la vigilancia sobre todos los magistrados militares que acusan o juzgan. En tiempo de guerra, él es el Comandante en Jefe del Cuerpo.

El ámbito de la jurisdicción penal militar coincide con el de la aplicación de la ley penal militar y puede abarcar a otras. El principio es que los que están sujetos a la ley penal militar están por esto mismo sometidos a la jurisdicción penal militar. Sujetos a la ley penal militar son, ciertamente y por consecuencia, los militares; pero aún algunos extraños a las Fuerzas Armadas pueden estar sometidos a esta ley, bien directamente, en algunas hipótesis criminales expresamente extensivas a los extraños, bien cuando concurren con militares en la comisión de delitos militares. En caso de conexiones de procedimiento, la jurisdicción militar tiene una fuerza atractiva: los procedimientos penales comunes conexos con procedimientos de competencia de los Tribunales Militares se atribuyen a la competencia de estos últimos, que tienen la posibilidad, en casos bien determinados, de juzgar no sólo a los militares por delitos militares, sino también a militares y civiles por delitos militares o comunes.

Esta era la Justicia Militar en Italia que se presentaba a las Cortes Constituyentes en 1948.

2. La estructura judicial militar inmediatamente después de la Constitución.

La respuesta afirmativa dada en la Constitución de 1948 a la demanda de fondo sobre la supervivencia de los Tribunales Militares daba a éstos cierta relevancia constitucional que los ponía al resguardo de una supresión por ley ordinaria, si bien no cristalizaba ciertamente la estructura y la competencia. Por el contrario, en la misma carta constitucional se fijan no pocos puntos fuertes que delinean ya una diversa estructura judicial militar: unos de carácter específico, indudablemente influenciados por las críticas que, numerosas e incisivas, resonaron en el seno de las Constituyentes dirigidas a la rectificación de la estructura existente; otros, de carácter más general, protegiendo la Justicia con carácter general y específicamente la Justicia ordinaria, con la segura incidencia, por tanto, sobre la Justicia militar.

Veamos algunos:

La limitación de la jurisdicción, en principio. A no pocos entre los constituyentes les parecía demasiada extensa la jurisdicción de los Tribunales Militares y se señalaba abiertamente la preocupación de que pudieran estar sujetos a dicha jurisdicción todos los ciudadanos en razón de leyes dictadas en situaciones de emergencia. Se quiso fijar un punto firme específico: en tiempo de paz, los Tribunales Militares son competentes para juzgar solamente los delitos cometidos por militares (1). Ningún extraño, por tanto, en tiempo de paz será juzgado, a partir de 1948, por los Tribunales Militares, ni los militares por delitos

(1) Artículo 103, tercer apartado, de la Constitución: «Los tribunales militares, en tiempo de guerra, tienen la jurisdicción establecida por la Ley. En tiempo de paz, tienen jurisdicción por los delitos militares cometidos por los pertenecientes a las Fuerzas Armadas».

comunes. En caso de conexión, la fuerza atractiva es atribuida no al juez militar, sino al ordinario, primeramente por vía de interpretación y después por una ley de 1956, expresamente (2).

Los constituyentes trataron el problema de la justicia a la vista de un principio, desplegado como una bandera: la unidad de la jurisdicción; la expresión se presta a asumir diversos significados, pero los constituyentes querían afirmar que un solo orden judicial debía ejercer la jurisdicción, con clara hostilidad hacia los jueces extraordinarios y los jueces especiales. La supervivencia de los Tribunales Militares como jueces especiales (no pertenecientes al orden judicial común) está en contradicción con aquel principio; pero esta contradicción es pobremente superada por una unidad reconstruida en el vértice, atribuyéndose a la Corte Suprema de Casación, el más elevado órgano de la estructura judicial común, la competencia para decidir los recursos contra las providencias de los jueces militares en tiempo de paz (3). El momento para el pase de la competencia del Tribunal Supremo Militar a la Corte de Casación fue indicado en coincidencia con un reordenamiento del supremo órgano judicial militar (4): no se quiere, por tanto, suprimir aquel órgano, ni duplicar el control de legitimidad.

Para la reordenación del Tribunal Supremo Militar, la Constitución daba un año de plazo al legislador ordinario. Debían, por contra, transcurrir casi treinta y tres años para que el problema fuera resuelto y veremos cómo.

De la independencia de los jueces comunes, la Constitución se ocupa ampliamente, fijando principios y criterios, en máxima parte de inmediata aplicación. Para los jueces especiales, se limita a imponer al legislador ordinario proveer sobre lo mismo, pero sin darle un plazo (5). Pero, en tanto se afirma un principio con mucha claridad e incisividad, «el juez está sujeto únicamente a la ley». El principio abarca a todos los jueces, sean comunes o especiales; sobre esto ninguno ha tenido la

(2) El artículo 264 del Código penal militar de paz, modificado por la Ley de 23 de marzo de 1956, número 167, artículo 8.º: «Entre los procedimientos de competencia de la autoridad judicial ordinaria y los procedimientos de competencia de la autoridad judicial militar, existe conexión solamente cuando comprende delitos cometidos al mismo tiempo por varias personas reunidas o por varias personas en lugares y tiempos diversos, pero con concurso entre ellos, o por varias personas en daño recíprocamente la una de la otra, o si se trata de delitos cometidos para ocultar a otros o conseguir o asegurar al culpable o a otros el beneficio o el precio o producto, o la impunidad de los mismos.

En los casos previstos en el artículo precedente, es competente para todos los procedimientos la autoridad judicial ordinaria. Sin embargo, la Corte de Casación, bien en recurso del Ministerio Público ante el juez ordinario o bien resolviendo un conflicto, puede ordenar, por razones de conveniencia y por medio de sentencia, la separación de los procedimientos».

(3) El artículo 111 de la Constitución, 2.º apartado: «Contra las sentencias y contra las providencias sobre la libertad personal pronunciadas por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales, será siempre admitido recurso de casación por violación de la ley. Solamente queda derogada esta norma por la sentencia de los Tribunales Militares en tiempo de guerra».

(4) VI Disposición final de la Constitución, 2.º apartado: «Dentro de un año de la misma fecha (de la entrada en vigor de la Constitución) se procederá por medio de ley a la reordenación del Tribunal Supremo Militar en relación con el artículo 111».

(5) Artículo 108, 2.º apartado, de la Constitución: «La ley asegura la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, del Ministerio Público cerca de ellas y de los extraños que participan en la administración de la justicia».

menor duda. Los jueces militares, por consiguiente, solamente están sujetos a la ley. Pero en principio, aun representando un importantísimo punto firme o criterio fijo, permanece más bien como algo abstracto si no está dotado el juez de la precisa garantía de independencia; sobre esto como sobre el reordenamiento del Tribunal Supremo Militar, el legislador ordinario, que debía proveer, calla largamente.

La inactividad legislativa suscita una creciente contestación: los órganos judiciales militares son sometidos a una verdadera lluvia de excepciones de ilegitimidad constitucional. Y, aunque la mayor parte de esas excepciones son rechazadas por la Corte Constitucional, queda todavía el desasosiego en los Magistrados Militares de sentirse portadores de una estructura anticuada.

En definitiva, por consiguiente, en vigencia de la Constitución, la justicia militar se encuentra con un ámbito de actividad notablemente reducido y con connotaciones concretas que indican una reforma radical.

3. El lento y largo camino de la reforma.

Se puede decir que, a partir de 1948, no ha existido legislatura que no hubiera tenido, en el orden del día de una u otra cámara legislativa, un proyecto de reforma de la Justicia Militar; pero en ninguna legislatura los proyectos pudieron superar la fase del examen en Comisión.

A partir de aquel año comienza una larga serie de convenciones y congresos a cargo de varias organizaciones, entre las cuales, activísimamente, se distingue, primero, el grupo italiano de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, y, más tarde, la Asociación Nacional de Magistrados Militares.

Proyectos de ley y convenciones de estudio son preparados por ellas: los proyectos reflejan las directivas trazadas en las convenciones, recogidas por los parlamentarios de éste o aquél partido. Aunque el Gobierno presenta su propio proyecto de ley, raramente llega más allá de la presentación. Al fervor de la discusión o de la iniciativa no corresponde una adecuada voluntad política, aunque no faltan Gobiernos que ponen la reforma entre los puntos del programa presentado al Parlamento.

Lentamente se vienen delineando, por medio de largas convergencias de ideas, las líneas directrices de la reforma: Presidencia técnica del tribunal juzgador, reordenación del Tribunal Supremo Militar en sección especializada de la Corte Suprema de Casación; creación de un órgano de apelación; garantía de independencia de los magistrados y jueces militares.

Veámoslo separadamente:

a) *Presidencia técnica de los tribunales juzgadores.*—La presidencia de los tribunales, otorgada a un oficial de las Fuerzas Armadas, parece confirmar una concesión que, aun cuando ha sido válidamente combatida en el plano jurídico, aflora inevitablemente en toda polémica: la Justicia militar como Justicia del Mando; expresión, pues, de la actividad del Mando más bien que de la función jurisdiccional. El adjetivo «militar», en esta concesión, disminuye el contenido del sustantivo «justicia». Las competencias de la presidencia, por otra parte bajo la onda de la reforma de procedimiento en función de la exigencia de garantías, se hace siempre más compleja y exige el trabajo de un profesional de la ley y no de armas: es decir, de un técnico del Derecho. La presidencia técnica requiere, pues, la Presidencia de un Magistrado, en concreto de un Magistrado Militar.

La presidencia técnica, por demás, aparece como un presupuesto inderogable de la garantía de independencia, constituyendo la neta distinción entre magistrado acusador y magistrado juzgador, obstaculizada hasta ahora por la inoportunidad de poner al magistrado juzgador bajo la vigilancia de un presidente militar.

La atención se ha fijado también sobre los componentes militares del Tribunal, hasta ahora todos oficiales y todos superiores en grado al procesado. Un proyecto gubernativo prevé que uno de los jueces sea suboficial; algunos proyectos van, por contra, proponiendo siempre la presencia de uno del mismo grado. Se piensa aún en sustituir uno de los jueces militares con un jurado escogido entre aquellos designados por la Corte de lo Criminal.

b) *Creación de un órgano de apelación.*—En la terminología jurídica italiana, la apelación indica un juicio de segundo grado sobre el fondo, en el cual el juez de la impugnación decide, en los límites trazados por el contenido de la impugnación, en los hechos y en el derecho, con los mismos poderes que el juez de primera instancia. Distinto de la apelación es el recurso, que representa una impugnación de sola legitimidad, por violación de ley. En el procedimiento penal militar, hasta ahora, existía el recurso (devuelto precisamente a la competencia del Tribunal Supremo Militar), pero no la apelación.

Al excluir del proceso militar la fase de apelación no estamos faltos, en el pasado, de argumentos serios, análogos, en cuanto al delito, a aquellos que se habían opuesto a la creación de una Corte Criminal de apelación. La Constitución no impone la apelación, pero cuando ésta, por una evolución de las concesiones de garantía en el proceso penal, se ha introducido en el juicio criminal, viene a crearse una diferencia de garantías procesales entre los acusados militares que comparecen ante un tribunal militar y los mismos acusados o el acusado extraño que comparece ante un órgano de la justicia común. Se llega a la para-

doja de que, por disfrutar de este segundo juicio, en realidad, resulta conveniente para el acusado responder no sólo del delito militar, sino también de un delito común conexo con él, a fin de ser juzgado por ambos en un tribunal común.

La convergencia de los partidos políticos sobre la necesidad de un órgano militar de apelación es sin reserva.

c) *Reordenación del Tribunal Supremo Militar.*—Es éste el problema más difícil, pero directamente impuesto en la Constitución, y constituye el punto obligado de iniciación de toda reforma. Sostener que podía transformarse el Tribunal Supremo de órgano de legitimidad en órgano de apelación significa aceptar la supresión, no compensada por la creación de un órgano de apelación con el cual no tiene nada en común, ni estructura ni competencia, confundiendo dos problemas que tienen distinta consideración. De otra parte, reordenar para llegar, sin suprimir el Tribunal Supremo Militar y sin crear un duplicado, a someter a la Corte de Casación las decisiones de los jueces militares parece la cuadratura del círculo. Mas tal no es la solución que acaba recogiendo el largo consenso y aparece evidente: reordenar el Tribunal Supremo en Sección especializada de la Corte de Casación, lo que significa trasladar a ésta la preciosa experiencia de aquél, y preservar los valores de la especialidad del derecho, previendo una participación, aunque sea minoritaria, de los Magistrados Militares en la fase del juicio de legitimidad. La solución, por tanto, ha de combatir contra un «slogan» que, lanzado por un magistrado ordinario, encuentra vasta resonancia y resiste con singular viscosidad a todo argumento racional: la Constitución quiere el reordenamiento del Tribunal Supremo Militar y no de la Corte Suprema de Casación.

d) *La independencia del magistrado militar y el órgano de autogobierno.*—La garantía de independencia está largamente experimentada para los magistrados comunes; parece suficiente extenderla a los magistrados militares. Pero el punto de fuerza de la independencia del magistrado común es el órgano de autogobierno que le sustrae al condicionamiento por parte del poder ejecutivo.

Este órgano es el Consejo Superior de la Magistratura, que está previsto, tanto en su estructura como en su competencia esencial, directamente en la Constitución. Presidido por el Presidente de la República, tiene 32 miembros, dos de derecho (el Procurador General —Fiscal— y el Presidente de la Corte de Casación) y 30 elegidos en parte (20) de los magistrados y entre los magistrados, en parte (10) por las dos ramas del Parlamento, en sesión conjunta, entre los abogados y profesores de universidad en materias jurídicas. El Consejo decide su reglamento, transferencias, promociones, otorgamiento de funciones, procedimiento disciplinario, reduciendo los poderes del Ministro de Gracia y Justicia.

Sobre la necesidad de crear, aunque para los Magistrados Militares, un órgano de autogobierno con competencia calcada de la del Consejo superior existe una larga convergencia de ideas; no pocas son, por el contrario, las perplejidades cuando se trata de delinear la estructura: presidencia, presencia de miembros extraños, elección de éstos. El calco del modelo común no parece posible, no pudiéndose, para ello, ampliar con leyes ordinarias las competencias del Presidente de la República o del Parlamento. El modelo común puede sólo servir de orientación.

✻ ✻ ✻

En el lento camino de la reforma se insertaron en un cierto momento, como imprevistos elementos de animación, dos peticiones de referéndum solicitadas por el partido radical.

El referéndum popular, en Italia, es únicamente abrogativo y su utilización tiene unos límites, en parte claramente expresados en la Constitución (6) y en parte elaborados por la Corte Constitucional.

La primera petición de referéndum, que patrocina la abolición del Código Penal Militar y de la entera organización judicial militar, fue presentada en 1977, con 700.000 firmas (200.000 más de las necesarias), y, ahora, un fervor de iniciativa gubernativa induce a reformar el código y el ordenamiento para sustraerla al referéndum. La actividad del Ministerio de Defensa concentra su atención sobre el problema de la reforma penal militar. Es puesto a punto un proyecto gubernativo de reforma del ordenamiento (que en aquella legislatura falta todavía) y se procede a la elaboración de un proyecto de código penal militar de paz, artículo por artículo. Pero la prisa cesa de golpe, tan pronto como se conoce la decisión de la Corte Constitucional: el referéndum no es admisible porque la relevancia constitucional de los órganos judiciales militares no permite la posible supresión si no es con leyes constitucionales.

En 1979, el mismo partido radical presenta una nueva petición de referéndum, dirigida a la supresión no ya de los Tribunales Militares, sino de la presencia (o al menos de la supremacía) en ellos de los Oficiales nombrados jueces. La petición referendaria, esta vez, no suscitó ninguna particular iniciativa de urgencia. El proyecto gubernativo fue presentado en la nueva legislatura, con algunas enmiendas; varios partidos presentaron sus proyectos, destinados todos al acostumbrado sueño en las oficinas parlamentarias. En verdad, ninguno parece creer en la admisibilidad de este referéndum, que aparece sólo como una reedición del primero, camuflada (y no muy hábilmente) de abrogación

(6) Artículo 75 de la Constitución: «Está indicado el referéndum popular para deliberar sobre la abrogación total o parcial de una Ley o de un acto que tenga valor de Ley, cuando lo requieran quinientos mil electores o cinco Consejos regionales. No es admitido el referéndum para las leyes tributarias o de presupuesto, de amnistía o de indulto, o de autorizaciones para ratificar Tratados internacionales».

parcial del ordenamiento: en realidad los Tribunales Militares no serán del todo tales si se les priva del elemento caracterizante que representa la función judicial atribuida a los militares.

Pero la Corte Constitucional, el 10 de febrero de 1981, declara admisible, con otros, el referéndum relativo a los Tribunales Militares.

4. El improvisado y rápido corte del nudo.

El referéndum será revocado, aun en vísperas de la respuesta popular, cuando exista una ley sustancialmente modificativa de la norma que va a ser sometida a referéndum. La reforma, pues, ya de tiempo preparada, puede aún evitar el referéndum si es aprobada rápidamente: se presenta, pues, la ocasión para cortar el nudo que treinta años de procedimiento parlamentario no fueron capaces de desatar.

Cerca de tres meses transcurren entre la admisión del referéndum y la fecha fijada para la consulta popular; pocos respecto a los que normalmente transcurren para que un proyecto llegue a la aprobación parlamentaria. Comienza, por tanto, una apasionante lucha contra el tiempo, para la cual toma la iniciativa la Fiscalía General Militar cerca del Tribunal Supremo Militar.

El Fiscal General Militar no tiene papel oficial para intervenir en el camino legislativo, pero es el consejero de la autoridad militar central y del Ministro de Defensa, y está sostenido por la Asociación Nacional de los Magistrados Militares, obteniendo el asentimiento para tomar directamente contacto con las fuerzas políticas.

En realidad, a la mayoría de las fuerzas políticas el referéndum les parecía asaz poco oportuno. Ya la petición referendaria, a la cual los votantes deben responder con un sí o con un no, se presenta de difícilísima comprensión por la árida tecnicidad de su formulación. Se les pregunta si se quiere la abrogación de 41 artículos del ordenamiento judicial militar, indicados uno por uno, sin ninguna aclaración que pueda indicar el sentido unitario que había operado un meticoloso control sobre el texto legislativo. Las consecuencias del sí o del no no pueden ser plenamente valoradas por la opinión pública que no está suficientemente informada. Sólo los estudiosos de la cuestión están en grado de prever cómo el «sí» bloqueará la actividad judicial militar, en espera de un problemático y tempestuoso debate legislativo, y cómo el «no» constituirá un ulterior motivo de ralentización si no desemboca en la paralización de la reforma.

Fácil es, por consiguiente, prever sobre cuáles directrices se moverá la inminente propaganda referendaria: dada la escasa incidencia sobre la opinión pública del problema específico (presencia de los militares en los tribunales juzgadores), la propaganda hará sobre todo fuerza sobre un fácil y descontado antimilitarismo.

En otros términos, es claro que la respuesta popular no será el fruto de una elección consciente, sino la resultante de solicitudes emotivas, con reacciones imprevisibles en el particular momento político. La estructura y, probablemente, la misma supervivencia sustancial de los Tribunales Militares parecen jugarse en un sorteo de lotería nacional.

Son éstos los argumentos que indujeron a tratar de evitar un referéndum que, sin ninguna posibilidad de salida verdaderamente democrática, aparece como generador de confusión y desgajamiento.

El texto preparado por la Fiscalía General Militar es extremadamente sintético; en poquísimos artículos se contienen los puntos más característicos de la reforma: presidencia técnica, juicio de apelación, independencia de los magistrados militares, reordenación del Tribunal Supremo en Sección o Sala Especializada de la Corte de Casación. Falta el órgano de autogobierno por aligerar el texto; pero éste se remite a una ley posterior.

Sobre este texto, que tiene en cuenta todos los proyectos ya presentados y que ha sido hecho propio por el Gobierno, comienza el trabajo de la Comisión de la Cámara de los Diputados; se añaden otros artículos sobre cuestiones de detalle, pero se pierde, tal es el precio a pagar por la rapidez de la aprobación, la Sección Especializada de la Corte de Casación. La reforma, después de una discusión de dos días en Pleno, es aprobada por la Cámara de los Diputados el 30 de abril de 1981, con una mayoría que es casi unanimidad (fenómeno extremadamente raro). Una semana después, es el Senado el que aprueba el texto sin modificaciones. El 8 de mayo de 1981, la ley se publica en la Gaceta Oficial y entra en vigor al día siguiente. Con acta del Comité para el referéndum instituido cerca de la Corte Suprema de Casación, el referéndum modificativo de los Tribunales Militares, señalado para el 17 de mayo, queda revocado. La lucha con el tiempo está vencida, con la apretada medida de la reforma.

5. El nuevo aspecto de la Justicia Militar.

El perfil trazado en poquísimos rasgos de la Ley de 7 de mayo de 1981 es nítido y preciso, aunque en el detalle, por razón sobre todo de su extrema concisión, no son pocas las dificultades interpretativas.

La Justicia Militar, en Italia, en tiempo de paz, es administrada por nueve Tribunales Militares y un Tribunal Militar de Apelación. En última instancia decide, en juicio de legitimidad, la Corte Suprema de Casación, con la composición ordinaria, pero con la intervención del Ministerio Público Militar.

Los tribunales de Marina son abolidos. Al magistrado militar son extensivas las garantías de independencia y las disposiciones que protegen su «status» y el avance en la carrera del magistrado ordinario.

Estas son las líneas esenciales. En detalle:

a) *Tribunales militares.*

El tribunal juzgador está compuesto de un presidente y dos jueces.

El presidente y uno de los dos jueces son Magistrados militares; el otro juez es un oficial del ejército, de la marina, de la aeronáutica o de la Guardia de finanzas (Guardia Civil). Si el imputado es un oficial, el militar juez debe ser de un grado igual; si el imputado no tiene grado de oficial, el militar juez puede tener el grado de suboficial o mayor. El juez militar es elegido por sorteo entre todos los oficiales que tienen el grado requerido y estén en servicio en la circunscripción del Tribunal. El cargo dura dos meses. El sorteo se hace cada seis meses, distintamente para cada uno de los tres bimestres siguientes. La composición del Tribunal no sufre modificación en relación con la fuerza armada a la cual pertenece el acusado o a la clase de delito cometido.

Los Tribunales militares, por tanto, son todavía militares en el sentido de que no ha venido a menos el elemento específico caracterizante y que los militares están presentes en el tribunal juzgador. Pero se muda la proporción entre magistrados y oficiales: a los tribunales de oficiales asistidos por un jurista ha sustituido un tribunal de juristas asistido de un militar.

La Ley contiene una afirmación de principios: el militar, en el tribunal, debe tener un grado igual al del acusado, una afirmación polémica respecto a la concesión de la justicia militar como justicia del Mando. Mas, aunque este juez debe ser, en todo caso, oficial, la paridad de grado no se extiende al caso de suboficiales o militares de tropa acusados. ¿Justicia de igualdad, aunque para los oficiales, y todavía de Mando para los otros militares? No, por cierto. Desde hace mucho tiempo, la justicia militar no es justicia del Mando: el Juez en el Tribunal, cualquiera sea su «status», ejercita la jurisdicción y no la autoridad del Mando. Con más motivo puede hoy menos hablarse de Justicia del Mando ante un Tribunal compuesto en su mayoría por magistrados que no ejercen ningún mando.

Cerca de todos los Tribunales Militares está constituido un representante del Ministerio Público, compuesto del Fiscal Militar de la República y de sus sustitutos, todos magistrados militares. Igualmente es magistrado militar el juez instructor, que depende del presidente del Tribunal Militar.

b) *Tribunal Militar de Apelación.*

Es único para todo el territorio nacional y tiene su sede en Roma; se prevé en un próximo futuro la formación de dos secciones, destacadas, respectivamente, en Nápoles y en Verona.

El tribunal juzgador está compuesto por cinco miembros, de los cuales tres, comprendido el presidente, son magistrados militares y dos oficiales de las mismas fuerzas armadas anteriormente citadas. Los oficiales jueces tienen el grado de Teniente Coronel o equiparado; pero si el acusado tiene grado superior, ellos tendrían el mismo grado.

Ahora, de nuevo, se afirma el principio de la equiparación de grado entre el juez y el acusado, pero con una extensión aún más limitada.

Estos jueces militares son escogidos por sorteo entre todos los oficiales que tienen el grado requerido, en servicio dentro de la circunscripción; el comprender todo el territorio nacional terminará cuando queden constituidas las secciones destacadas.

La representación del Ministerio Fiscal está compuesta por el Fiscal General cerca de la Corte Militar de Apelación y de sus sustitutos.

Un Juez de Vigilancia y una sección de supervisión vigilan sobre la ejecución de las penas.

c) Función autónoma del Ministerio Fiscal cerca de la Corte Suprema de Casación.

La unidad de la jurisdicción, en cuyo cuadro viene a colocarse el problema del reordenamiento del Tribunal Supremo Militar y de la reforma, se realiza en el vértice: la Corte Suprema de Casación, que es ya el órgano de última instancia en el procedimiento común, deviene igualmente para el procedimiento penal militar sin ninguna mutación de su composición. En la competencia para juzgar el recurso contra providencias del juez militar respecto al fondo, al Tribunal Supremo Militar sustituirá no a una sección especializada de la Corte de Casación, sino una cualquiera de sus secciones o salas, indicada según el criterio ordinario de distribución del trabajo.

La exigencia, por otro lado, de la especialidad del Derecho, que no se afirma en el juicio de fondo, encuentra un reconocimiento, si bien en la fase del juicio de legitimidad: cuando la Corte se ocupa de los recursos contra las providencias del juez militar, la voz del Ministerio Público, en la audiencia como en las requisitorias escritas, es expresada por un representante autónomo que forma parte de la estructura judicial militar y que está compuesto por el Fiscal General cerca de la Corte Suprema de Casación y de sus sustitutos.

La presencia cerca de la Corte de Casación de un órgano del Ministerio Fiscal, extraño al orden judicial común, no tiene precedente, al menos en Italia.

La originalidad y, en un cierto sentido, la audacia de la solución es tal vez el más significativo entre los elementos que caracterizan la reforma para indicar la profunda mutación que el legislador ha querido imprimir no solamente a la estructura de la Justicia Militar, sino tam-

blén, en el ordenamiento del Estado, haciéndole partícipe de la fase en la cual se realiza la unidad de la jurisdicción.

d) *Los magistrados militares.*

Los magistrados militares, pues, continúan perteneciendo a un orden judicial especial, les son aplicadas las normas que garantizan el «status» y la independencia y progresión en la carrera de magistrados militares en cuanto les sea aplicable.

El primer efecto, y el más destacado de la reforma, es la distinción entre magistrados del Ministerio Público y Magistrados Juzgadores, porque se defiere la vigilancia al vértice: ésta, que primeramente correspondía enteramente al Fiscal General Militar cerca del Tribunal Supremo Militar, es ahora subdividida entre el presidente de la Corte Militar de Apelación y el Fiscal Militar General cerca de la Corte Suprema de Casación, siendo Magistrado juzgador el primero y Magistrado acusador el segundo.

Al Magistrado militar es aplicable la garantía de la inamovilidad (del lugar y de la función); lo que significa que no pueden ser trasladados sin su asentimiento, salvo en los casos predeterminados por la Ley.

Para un período transitorio que terminará con la formación de un órgano de autogobierno, el Ministerio de la Defensa propone al Presidente de la República la promoción, nombramiento, transferencias y atribuciones de funciones.

Los magistrados militares continúan formando parte, de pleno derecho, del Cuerpo de la Justicia militar.

e) *Las aspiraciones que permanecen insatisfechas.*

Entre las aspiraciones que, en el camino de la reforma, habían tomado consistencia concreta, dos son dejadas sin satisfacer: la Sección Especializada de la Corte de Casación y el órgano de autogobierno.

De la primera se ha realizado sólo una parte: la función autónoma del Ministerio Público cerca de la Corte Suprema de Casación. Si con esto se ha llenado completamente la obligación constitucional de reordenar el Tribunal Supremo Militar, es un punto controvertido.

Pero parece cierto que, por el momento, la cuestión objeto de un compromiso político en la sede parlamentaria, no podrá ser ágilmente repropuesta en breve plazo en la vía legislativa. Del problema tendrá quizá que ser llamada a ocuparse la Corte Constitucional.

En cuanto al órgano de autogobierno, esto no ha sido tratado en la reforma porque es un problema demasiado complejo y susceptible de muchas soluciones, con la difícil dosificación de sus componentes, para ser completamente afrontado en el breve período de que se disponía.

La ley de reforma todavía preanuncia expresamente su creación: dentro del plazo no superior a un año el Ministro actuará, previo el parecer de un comité especial compuesto enteramente de magistrados militares.

Este es, por consiguiente, el aspecto o semblante de la justicia militar italiana, según aparece después de la larga marcha de la reforma, llegada a la meta con una nueva veloz carrera final.

Semblante nuevo, indudablemente; nuevo respecto al pasado italiano, pero nuevo también respecto al presente extranjero.

¿Semblante válido? El autor no tiene duda sobre la respuesta afirmativa, pero, prudentemente, deja a la experiencia futura el encargo de responder más seguramente y más autorizadamente.

Il diritto internazionale vigente in materia di mezzi e di metodi di guerra

Generale Pietro Verrì

SUMARIO: 1. Generalità. 2. Armi convenzionali. 3. Armi di distruzione in massa. 4. Armi chimiche e batteriologiche. 5. Armi nucleari. 6. Rilievi. 7. Ai fini della protezione dei combattenti. 8. Ai fini della protezione delle persone civili, dei beni di carattere civile e di determinati luoghi. 9. Rappresaglie. 10. Necessità militare e proporzionalità. 11. Guerriglia.

1. GENERALITA'

1.1. Considerata l'evoluzione registrata negli anni più recenti, appare opportuno procedere ad un esame dello stato in cui si trova il diritto internazionale che, ai fini della protezione di determinate persone, di certi beni e di certi luoghi, pone divieti o limitazioni nell'impiego di mezzi e di metodi per condurre le ostilità.

Questo esame meriterebbe di essere preceduto da cenni su pratiche e consuetudini che in questo campo si possono rintracciare nel mondo antico, nel medioevo e nell'evo moderno fino alla metà del XIX s. Esso sarebbe utile non soltanto ai fini della storia del diritto della guerra e della storia dell'arte militare, ma anche ai fini di una storia sociale della guerra. Per convincersene, basterebbe rifarsi alla rivoluzione provocata dalla adozione delle armi da fuoco, ed alle conseguenze derivate dall'impiego in guerra del sottomarino prima, e dell'aeromobile poi.

Ma, mancandoci lo spazio necessario, conene entrare subito *in medias res*.

1.2. Distinguiamo i mezzi dai metodi, dicendo che: a) i primi consistono nelle armi e nei sistemi d'arma con cui i combattenti esercitano

materialmente la violenza sull'avversario - b) i secondi sono rappresentati dai procedimenti tattici o strategici seguiti nella condotta delle operazioni militari per sopraffare l'avversario, utilizzando, sulla base delle informazioni disponibili nei suoi confronti, gli effetti delle armi combinati con il movimento e la sorpresa.

1.3. Studiando e mezzi e i metodi di guerra occorre tenere presente i seguenti principi e definizioni che il diritto internazionale ha sancito nel tempo:

a. Il solo scopo legittimo della guerra è di indebolire le forze militari dell'avversario. A tal fine è sufficiente mettere fuori combattimento il maggior numero di combattenti avversari.

b. Non esiste un diritto illimitato di scelta dei metodi e mezzi di guerra.

c. E' vietato l'impiego di armi, proiettili o sostanze nonché metodi di guerra capaci di causare mali superflui o sofferenze inutili.

d. E' vietato l'impiego di metodi e mezzi di guerra concepiti allo scopo di provocare, o dai quali ci si può attendere che provochino danni estesi, durevoli e gravi all'ambiente naturale.

e. Nello studio, messa a punto, acquisizione o adozione di una nuova arma, di nuovi metodi e mezzi di guerra si deve stabilire se il suo impiego non sia vietato in talune circostanze o in qualsiasi circostanza.

f. Le norme relative ai mezzi e ai metodi di guerra si applicano alla guerra terrestre, marittima e aerea, nell'ambito delle rispettive particolarità operative, integrate da quelle specificamente pertinenti a ciascuna.

g. Sono obiettivi militari i beni che per loro natura, ubicazione, destinazione e impiego contribuiscono efficacemente all'azione militare, e la cui distruzione totale o parziale, conquista o neutralizzazione offre, nel caso concreto, un vantaggio militare preciso.

h. Sono beni di carattere civile tutti i beni che non sono obiettivi militari.

i. Si intendono per attacchi gli atti di violenza contro l'avversario compiuti a scopo di offesa o di difesa.

La normativa attuale in materia di protezione dagli effetti delle ostilità contempla una serie di regole relative alle armi ed una serie di regole relative ai metodi di guerra.

Occorre, però, considerare che non è possibile separare la questione della legalità o illegalità delle armi dalla questione della legalità o illegalità dei metodi con cui esse vengono impiegate, ciò che vale particolarmente per i bombardamenti terrestri, navali e specialmente aerei.

A) REGOLE RELATIVE ALLE ARMI

A proposito delle armi, va inizialmente chiarito che nell'occuparsi di esse, non si possono non tenere presenti strumenti internazionali che, stando alla distinzione tradizionale, non rientrano propriamente nell'ambito del diritto bellico bensì in quello del diritto per la pace, in particolare del disarmo.

Va anche tenuto presente che in seno alla struttura difensiva dell'Unione dell'Europa Occidentale (UEO) opera una «Agenzia per il controllo degli armamenti», con il compito, fra l'altro, di assicurare il rispetto da parte degli Stati membri del divieto di fabbricare certi tipi di armi (Protocollo IV allegato il 23 ottobre 1954 al Trattato di Bruxelles del 17 marzo 1948).

2 Classificate secondo la loro natura, le armi si distinguono in: a) armi convenzionali o classiche - b) armi chimiche e batteriologiche - c) armi nucleari.

2. ARMI CONVENZIONALI

2.1. I documenti vigenti in materia di armi convenzionali sono, elencati secondo il tempo:

a. Dichiarazione di Pietroburgo (29 novembre 1868), che vieta le pallottole esplodenti di peso inferiore ai 400 gr.

b. III^a Dichiarazione dell'Aja (29 luglio 1899), che vieta le pallottole destinate ad espandersi o a schiacciarsi nel corpo umano.

c. Regolamento allegato alla Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 (IV^a), che vieta l'impiego di veleni e di armi avvelenate (art. 23).

d. Convenzione sul divieto o la limitazione dell'impiego di certe armi classiche specifiche (Ginevra, 10 ottobre 1980), alla quale sono stati finora allegati tre protocolli, ciascuno relativo ad una determinata categoria di armi.

2.2. Di quest'ultimo documento conviene conoscere alcuni particolari.

2.2.1. Con il I^o Protocollo, si vieta qualsiasi arma il cui effetto principale è quello di ferire mediante schegge non localizzabili radiograficamente nel corpo umano.

2.2.2. Con il II^o Protocollo (impiego di mine terrestri ecc.):

a. Si vieta, in qualsiasi circostanza, di dirigere contro la popolazione civile o individui civili, a titolo sia offensivo che difensivo, mine, trappole e altri dispositivi messi in opera manualmente e destinati ad esplodere su comando a distanza o automaticamente dopo un certo tempo;

b. si vieta l'impiego indiscriminato di dette armi;

c. si pongono limiti all'impiego, nelle zone abitate, di mine non messe in opera a distanza, trappole o altri dispositivi;

d. si vieta l'impiego di mine messe in opera a distanza, salvo che tali mine siano utilizzate unicamente in una zona che costituisce un obiettivo militare o che contiene obiettivi militari, e ricorrono determinate condizioni precauzionali;

e. si vieta l'impiego di certi tipi di trappole.

Il II° Protocollo dispone anche che le parti di un conflitto debbono tenere nota: a) di tutti i campi minati pianificati e messi in opera - b) di tutte le zone nelle quali hanno impiegato su larga scala e in modo pianificato delle trappole c) l'ubicazione di tutti gli altri campi minati, mine a trappole che esse abbiano collocato.

Tale documentazione sarà conservata dalle parti, che dovranno:

f. immediatamente dopo la cessazione delle ostilità attive:

— prendere le misure necessarie e appropriate, compresa l'utilizzazione della documentazione, per proteggere i civili dagli effetti dei campi minati, mine e trappole;

— nel caso in cui le forze di nessuna delle parti si trovassero sul territorio della parte avversaria, scambiare fra di loro e fornire al Segretario generale delle Nazioni Unite tutte le informazioni in loro possesso relative all'ubicazione dei campi minati, mine e trappole che si trovassero sul territorio dell'avversario;

— non appena le forze delle parti si saranno ritirate dal territorio della parte avversaria, fornire alla detta parte avversaria e al Segretario generale delle Nazioni Unite tutte le informazioni in loro possesso concernenti l'ubicazione dei campi minati, mine e trappole che si trovassero sul territorio di detta parte avversaria;

g. quando una Forza delle Nazioni Unite svolge compiti per il mantenimento della pace, ciascuna delle parti in conflitto deve, su richiesta del Comandante della Forza nella zona in questione e nella misura del possibile:

— rimuovere o rendere inoffensive tutte le mine o trappole nella stessa zona;

— prendere le misure necessarie per proteggere la Forza dagli effetti dei campi minati, mine e trappole durante il tempo in cui essa assolve i suoi compiti;

— mettere a disposizione del comandante della Forza nella detta zona tutte le informazioni in suo possesso concernenti l'ubicazione dei campi minati, mine e trappole che vi si trovassero.

2.2.3. Con il III° Protocollo si vieta:

a. in qualsiasi circostanza di attaccare la popolazione civile in quanto tale, civili isolati o beni civili mediante armi incendiarie lanciate da aeromobili;

b. di attaccare con armi incendiarie non lanciate da aeromobili un obiettivo militare situato all'interno di una concentrazione di civili, salvo che detto obiettivo militare sia nettamente separato dalla concentrazione di civili e siano state prese determinate precauzioni;

c. di attaccare con armi incendiarie le foreste e altri tipi di coperture vegetali, salvo che tali elementi naturali siano utilizzati per coprire, dissimulare o mascherare combattenti o altri obiettivi militari, costituiscono essi stessi degli obiettivi militari.

Da notare che il Protocollo non contiene alcuna norma per proteggere i combattenti dalle armi incendiarie.

2.3. E' utile rilevare il continuo sviluppo di tipi di armi di piccolo calibro capaci di causare inutili effetti dannosi nel corpo umano, in particolare quelle che, ribaltandosi subito dopo l'impatto trasferiscono nel corpo umano una energia considerevole, producendo ferite dolorose. Per stabilire con precisione quali siano le conseguenze delle ferite prodotte da tali tipi di armi, le ricerche, in sede sia internazionale che nazionale, mirano a creare un ambiente capace di simulare i tessuti viventi e a mettere a punto un modello di esperimento sulle caratteristiche del trasferimento di energia da parte di una pallottola.

Dio ciò ha preso nota, auspicando che le ricerche si concludano rapidamente e portino a decisioni in sede internazionale, la Conferenza diplomatica che ha adottato la citata Convenzione di Ginevra 1980 su certe armi classiche specifiche (Risoluzione in data 23 settembre 1979).

2.4. Come si è precisato, le norme del II° Protocollo della Convenzione 1980 riguardano soltanto l'impiego di mine, trappole ed altri dispositivi analoghi terrestri, ed anzi escludono espressamente le mine antinavi impiegate sul mare e sulle vie di navigazione interna.

Per quanto riguarda il mare, dunque, le uniche norme vigenti sono contenute nell'"VIII" Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907, le quali dispongo:

a. è vietato di collocare mine automatiche per contatto non ancorate, salvo che non siano costruite in modo da divenire inoffensive un'ora dopo che se ne sia perso il controllo;

b. è vietato di collocare mine automatiche per contatto ancorate che non divengano inoffensive non appena abbiano rotto l'ancoraggio;

c. è vietato di collocare mine automatiche per contatto davanti alle coste ed ai porti dell'avversario al solo scopo di intercettare la navigazione mercantile;

d. si debbono prendere tutte le precauzioni possibili per la sicurezza navigazione pacifica, nel caso di impiego di mine automatiche per contatto ancorate, provvedendo, nella misura del possibile, a che tali mine divengano inoffensive dopo un lasso di tempo limitato, e, nel caso che esse cessino di essere sorvegliate, a segnalare le zone pericolose, non appena lo consentano le esigenze militari, con un avviso ai naviganti e ai governi;

e. lo Stato neutrale che colloca mine automatiche per contatto davanti alle proprie coste deve osservare le stesse regole e adottare le stesse precauzioni imposte ai belligeranti;

f. gli Stati debbono, alla fine della guerra e ciascuno per la sua parte, rimuoverle le mine da essi collocate. Per quanto riguarda le mine automatiche per contatto ancorate, il belligerante che le avesse collocate davanti alle coste dell'avversario, dovrà segnalare a quest'ultimo la relativa ubicazione, e ciascuna dovrà procedere, entro breve tempo, alla rimozione delle mine che si trovassero nelle proprie acque.

Aggiungiamo che questa stessa Convenzione (VIII", Aja 1907) vieta di impiegare siluri che non divengano inoffensivi nel caso che abbiano mancato il bersaglio.

3. ARMI DI DISTRUZIONE IN MASSA

Per le armi di distruzione in massa in genere, va considerata una definizione dettata dalla Commissione per gli armamenti classici delle Nazioni Unite, la quale le indica come segue (Risoluzione del 12 agosto 1948): «Armi esplosive atomiche; armi che funzionano per mezzo di sostanze radioattive; armi biologiche e chimiche che provocano la morte; tutte le armi scoperte in futuro che saranno paragonabili alle armi atomiche o alle altre armi sopra menzionate».

Per le armi di distruzione in massa in genere, occorre seguire le iniziative dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite ai fini della «interdizione della messa a punto e della fabbricazione di nuovi tipi di armi di distruzione in massa, e di nuovi sistemi di tali armi» (Risoluzioni n. 32/84 A-B del 12 dicembre 1977, 33/66 A-B del 14 dicembre 1978, 34/79 dell'11 dicembre 1979).

Di tali tipi di armi prendiamo in considerazione le armi chimiche e batteriologiche e le armi nucleari.

4. ARMI CHIMICHE E BATTERIOLOGICHE

Per le armi chimiche e batteriologiche ci si può riferire alle definizioni dettate dal Protocollo III allegato il 23 ottobre 1954 al Trattato di Bruxelles del 17 marzo 1948 (UEO), secondo le quali:

4.1. Si intende per arma chimica qualsiasi equipaggiamento o apparecchio appositamente concepito per l'utilizzazione per scopi militari delle proprietà asfissianti, tossiche, irritanti, paralizzanti, regolatrici della crescita, antilubrificanti o catalitiche di una sostanza chimica qualsiasi. Sono comprese in tale definizione i prodotti chimici aventi tali proprietà e suscettibili di essere utilizzabili negli equipaggiamenti o apparecchi suddetti. Non sono compresi in tale definizione gli apparecchi e le quantità di prodotti chimici suddetti che non eccedono i bisogni civili del tempo di pace.

4.2. Si intende per arma biologica qualsiasi equipaggiamento o apparecchio concepito per utilizzare ai fini militari insetti nocivi o altri organismi viventi o morti o loro prodotti tossici. Sono compresi in tale definizione gli insetti, organismi e loro prodotti tossici di natura e quantità tali che possono essere utilizzati negli equipaggiamenti e apparecchi suddetti. Non sono compresi in tale definizione gli equipaggiamenti, gli apparecchi e le quantità di insetti, organismi e loro prodotti tossici suddetti che non eccedano i bisogni civili del tempo di pace.

4.3. Delle armi chimiche e batteriologiche il diritto internazionale ha cominciato ad occuparsi con la II^a Dichiarazione dell'Aja del 29 luglio 1899, che sanciva il divieto dell'impiego in guerra di proiettili aventi per unico scopo quello di diffondere gas asfissianti o deleteri.

Dopo la 1^a guerra mondiale, l'impiego in guerra di gas asfissianti, velenosi o di altra natura, come anche di liquidi analoghi è stato vietato dai seguenti documenti: a) art. 5 del Trattato sull'impiego in guerra di sommergibili e di gas nocivi, firmato a Washington il 6 febbraio 1922 e mai entrato in vigore b) art. 5 della Convenzione sulla limitazione degli armamenti degli Stati dell'America Centrale, firmato a Washington il 7 febbraio 1923 - c) Protocollo adottato a Ginevra il 17 giugno 1925, tuttora vigente.

Oltre a quest'ultimo documento, occorre tenere presente il «Trattato sul divieto della messa a punto, fabbricazione e stoccaggio di armi batteriologiche (biologiche) o a base di tossine, e sulla loro distruzione», firmato a Londra, Mosca e Washington il 10 aprile 1972, e seguire gli sviluppi delle iniziative dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite per la «Elaborazione di un accordo su misure efficaci per l'interdizione della messa a punto, fabbricazione e stoccaggio di tutte le armi chimiche, e per la relativa distruzione» ((Risoluzioni n. 32/77 del 12 dicembre 1977, 33/59 A-B del 16 dicembre 1978, 34/72 dell'11 dicembre 1979).

5. ARMI NUCLEARI

5.1. Per le armi nucleari, tralasciamo la tesi secondo la quale la «strategia nucleare» altro non sarebbe che una «strategia contro la guerra», tesi che porta al risultato che, non potendosi sostenere, nell'ambito del diritto della guerra, la liceità dell'impiego delle armi nucleari,

si arriva alla legittimazione di queste accettando, nell'ambito del c.d. diritto alla guerra, la c.d. dissuasione nucleare.

E precisiamo che, all'inizio della conferenza diplomatica per la riaffermazione e lo sviluppo del diritto dei conflitti armati (1974/1977), fu tacitamente convenuto che le regole *in fieri* non avrebbero avuto alcun effetto sulle armi nucleari, perché, si affermò, «l'impiego delle armi nucleari nel corso delle ostilità è regolato dai principi attuali del diritto internazionale».

In realtà, in materia di armi nucleari non esiste una proibizione generale, consuetudinaria o convenzionale, salvo a riferirsi al divieto di provocare mali superflui o sofferenze inutili, ovvero alle norme che assicurano protezione a determinate persone, beni e luoghi, il che è certamente inadeguato. E' per questo che le Nazioni Unite compiono da un trentennio a questa parte ogni sforzo affinché si giunga ad una convenzione sul divieto generale delle armi nucleari, il cui impiego è considerato dall'Assemblea generale contrario allo spirito, alla lettera ed agli scopi delle Nazioni Unite, e come tale costituirebbe una violazione della Carta.

5.2. Per le armi nucleari ci si può riferire alla definizione dettata dal III Protocollo allegato il 23 ottobre 1954 al Trattato di Bruxelles del 17 marzo 1948 (UEO), secondo la quale:

a. si intende per arma atomica ogni arma che contiene o è concepita per contenere o utilizzare un combustibile nucleare o degli isotopi radioattivi e che, per esplosione o altra trasformazione nucleare non controllata o per radioattività del combustibile nucleare o degli isotopi radioattivi, è capace di distruzioni in massa, danni generalizzati o avvelenamenti in massa;

b. è, inoltre, considerata arma atomica qualsiasi pezzo, qualsiasi dispositivo, qualsiasi parte costituente o qualsiasi sostanza, specialmente concepiti o essenziali per un'arma definita nel comma a;

c. sono compresi nel termine «combustibile nucleare» l'uranio 233, l'uranio 235 (compreso l'uranio 235 contenuto nell'uranio arricchito a più di 2,1 p. 100 in peso di uranio 235), e qualsiasi altra sostanza capace di liberare quantità apprezzabili di energia atomica mediante fissione nucleare o fusione o altre reazioni nucleari della sostanza. Tali sostanze debbono essere considerate come combustibile nucleare, quale che sia lo stato chimico o fisico in cui esse si trovino.

5.3. Altra definizione dell'arma nucleare si legge nel Trattato di Tlatelolco (infra, 5.4), che nell'art. 5 detta: «Ai fini del presente Trattato, l'«arma nucleare» è definita come qualsiasi dispositivo suscettibile di liberare energia nucleare in modo non controllato, e che possiede un insieme di caratteristiche atte all'impiego per scopi bellici. L'apparecchio che possa servire al trasporto o alla propulsione del dispositivo

non è compreso in tale definizione, se esso può essere separato dal dispositivo e non fa parte di esso».

5.4. Per le armi nucleari bisogna tenere presente: 1) il «Trattato per la messa a bando degli esperimenti di armi nucleari nell'atmosfera, nello spazio extra-atmosferico e negli spazi sottomarini», firmato a Mosca il 5 agosto 1963 - 2) il «Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari», firmato a Londra, Mosca e Washington il 1° luglio 1968.

E bisogna considerare che l'Assemblea generale delle Nazioni Unite insiste nelle iniziative a sostegno della «Necessità di cessazione di urgenza degli esperimenti nucleari e termonucleari, e conclusione di un trattato tendente ad attuare l'interdizione completa di tali esperimenti» (Risoluzione n. 32/78 del 12 dicembre 1977, 33/60 del 14 dicembre 1978, 34/73 dell'11 dicembre 1979).

Quanto alla detenzione delle armi in questione in determinate regioni, essa è oggetto del «Trattato sulla interdizione delle armi nucleari dell'America latina» (detto Trattato di Tlatelolco) con due Protocolli aggiuntivi, firmato a Città del Messico il 14 febbraio 1967.

Le settesse armi sono, poi, oggetto del «Trattato sul divieto di collocare armi nucleari ed altre armi di distruzione in massa sul fondo dei mari e degli oceani e nel relativo sottosuolo», firmato a Londra, Mosca e Washington l'11 febbraio 1971, documento che interessa da vicino il diritto dei conflitti armati.

Va, infine, considerato che l'utilizzazione dello spazio extraatmosferico per fini bellici appare, allo stato attuale del diritto internazionale positivo, vietato per ciò che riguarda la messa in orbita attorno alla terra di oggetti portatori di armi nucleari e di armi di distruzione in massa (Trattato firmato a Londra, Mosca e Washington il 27 gennaio 1967, art. IV).

In base all'art. 3 dell'«Accordo per regolare le attività degli Stati sulla luna e gli altri corpi celesti», adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 34/28 del 5 dicembre 1979, è anche vietato, oltre a qualsiasi iniziativa militare (basi, fortificazioni, esercitazioni ecc.), qualsiasi atto di ostilità sulla luna e gli altri corpi celesti contro la terra, la luna, congegni spaziali e loro equipaggi, di mettere in orbita attorno alla luna e altri corpi celesti, o su altra traiettoria in direzione o attorno alla luna e altri corpi celesti, oggetti portatori di armi nucleari o di altri tipi di armi di distruzione in massa, o collocare o utilizzare tali armi sulla superficie o nel sottosuolo della luna o di altri corpi celesti.

Va anche tenuta presente la Definizione della nazione di zona esente da armi nucleari (statuto di assenza totale di tali armi con sistema internazionale di controllo), e dei principali obblighi degli Stati dotati di armi nucleari nei riguardi di dette zone (rispetto dello statuto, non

partecipazione ad atti che implichino violazione dello statuto, astensione dall'impiego di armi nucleari contro Stati facenti parte di una zona esente), dettata con la Ris. dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite 3472 B (XXX) dell'11 dicembre 1975.

Quanto ad una classificazione delle armi nucleari, la tendenza è nel senso di riferirsi al loro raggio d'azione anziché alla loro potenza. Si parla, quindi, di armi nucleari strategiche e tattiche, e si usa anche il termine «armi di teatro», nel senso di armi di portata limitata al teatro di operazioni (da non confondere con il «teatro della guerra»), in contrapposizione al termine di «armi strategiche».

5.5. Nello studio del problema delle armi atomiche non vanno dimenticati gli accordi USA-URSS detti SALT 1: 1) «Trattato sulla limitazione dei sistemi di missili antibalistici», firmato a Mosca il 26 maggio 1972 - 2) «Accordo provvisorio sulla limitazione delle armi offensive strategiche», firmato a Mosca il 26 maggio 1972 - 3) «Protocollo aggiuntivo sulla limitazione dei sistemi di missili antibalistici», firmato a Mosca il 3 luglio 1984. Questo complesso di documenti è entrato in vigore.

A titolo orientativo, va anche tenuto presente il «Trattato per la limitazione delle armi strategiche offensive», firmato a Vienna il 18 giugno 1979 tra USA e URSS, con allegati: a) Protocollo - b) Dichiarazione concordata e intese comuni - c) Memorandum relativo ai quantitativi delle armi strategiche offensive - d) Dichiarazione sui principi e direttive per i successivi negoziati SALT. Questo complesso di documenti, noto col nome di SALT 2, non è stato finora ratificato.

Va, infine, ricordato l'«Accordo sulla prevenzione della guerra nucleare», firmato a Washington il 22 giugno 1973 da USA e URSS ed entrato subito in vigore.

6. RILIEVI

Due rilievi si impongono a conclusione del sommario esame delle regole del diritto internazionale relative alle armi.

Il primo è che la normativa in questione non tiene il passo con il rapido sviluppo dei mezzi di offesa, sempre più micidiali e privi di sistemi validi di protezione, per cui proprio i mezzi dai più gravi effetti, in parte già inclusi nelle panoplie di molti paesi (armi nucleari), oppure in fase di realizzazione o di studio (bomba al neutrone, armi a fasci di particelle, possibilità dei raggi laser), non sono affatto disciplinati.

L'altro rilievo è che la normativa, dato il suo carattere particolare e frammentario, non riesce a stabilire principi umanitari di carattere generale, aventi valore obbligatorio nell'ambito dell'ordinamento internazionale.

B) REGOLE RELATIVE AI METODI DI GUERRA

Le norme specifiche riguardanti la condotta delle ostilità dettano un principio generale: in ogni momento si deve fare distinzione fra persone civili e combattenti, fra beni di carattere civile e obiettivi militari.

7. AI FINI DELLA PROTEZIONE DEI COMBATTENTI

7.1. Per quanto interessa la protezione dei combattenti le norme stabiliscono:

a. sono vietate le rappresaglie contro feriti, malati, naufraghi e prigionieri di guerra;

b. è vietato di uccidere, ferire o catturare un avversario ricorrendo ad atti di perfidia, cioè ad atti che fanno appello alla buona fede dell'avversario, per fargli credere che ha diritto di ricevere o il dovere di accordare la protezione prevista dal diritto internazionale (es. simulare l'intenzione di negoziare sotto la copertura della bandiera di parlamentare; simulare la resa; simulare una incapacità fisica);

c. non sono vietati gli stratagemmi di guerra, cioè quegli atti che hanno lo scopo di indurre in errore l'avversario o di fargli commettere imprudenze, ma che non violano alcuna regola del diritto internazionale e che non fanno appello alla sua buona fede circa la protezione prevista da tale diritto (es. mascheramenti, inganni, operazioni simulate, false informazioni);

d. è vietato:

- di fare uso indebito del segno distintivo della croce rossa o mezzaluna rossa, della bandiera del parlamentare, dell'emblema protettore dei beni culturali o delle opere e installazioni che racchiudono forze pericolose; dell'emblema delle Nazioni Unite; di bandiere, emblemi, insegne o uniformi militari di stati neutrali, stati non belligeranti o forze avversarie;
- di ordinare che non ci siano sopravvissuti, di minacciarne l'avversario e di condurre le ostilità in funzione di tali decisioni;
- di attaccare persone fuori combattimento (sono state catturate, manifestano l'intenzione di arrendersi, sono in stato di incapacità fisica e non possono quindi difendersi), sempre che si astengano da qualsiasi atto di ostilità o non tentino di evadere;
- di attaccare le persone che si lanciano dal paracadute di un aereo che precipita, e più in generale i naufraghi del mare o dell'aria;
- di attaccare stabilimenti sanitari militari fissi o le formazioni sanitarie campali, le zone e le località sanitarie militari, i trasporti

sanitari militari via terra, mare e aria che rechino il segno distintivo della croce rossa o della mezzaluna rossa;

e. il personale sanitario e religioso addetto alla cura e assistenza dei militari feriti deve essere rispettato e protetto;

f. le persone aventi diritto alla protezione prevista per i prigionieri di guerra che cadono in mano dell'avversario in condizioni di combattimento che impediscano di sgomberarle, debbono essere liberate, prendendo tutte le precauzioni possibili per garantire la loro sicurezza.

Il termine «possibili» va inteso, secondo una diffusa interpretazione militare, nel senso di realizzabile o praticamente attuabile, considerate tutte le circostanze del momento, incluso quelle connesse con il successo delle operazioni.

8. AI FINI DELLA PROTEZIONE DELLE PERSONE CIVILI, DEI BENI DI CARATTERE CIVILE E DI DETERMINATI LUOGHI

8.1. Sono vietati:

a. il saccheggio;

b. la presa degli ostaggi;

c. le rappresaglie contro: 1) la popolazione civile e le persone civili - 2) i beni di carattere civile - 3) i beni culturali (contraddistinti da apposito segno) - 4) i beni indispensabili alla sopravvivenza della popolazione civile - 5) l'ambiente naturale - 6) le opere e installazioni che racchiudano forze pericolose, quali centrali nucleari, dighe di protezione o di ritenuta (contraddistinti da apposito segno);

d. far soffrire la fame alle persone civili, e quindi distruggere o mettere fuori uso beni indispensabili alla loro sopravvivenza;

e. gli atti o minacce di violenza, il cui scopo principale sia di diffondere il terrore fra la popolazione civile;

f. l'utilizzazione della presenza o dei movimenti della popolazione civile o di persone civili per mettere determinati punti o determinate zone al riparo da operazioni militari, in particolare cercare di mettere obiettivi militari al riparo da attacchi o di coprire, favorire o ostacolare operazioni militari; il trattenimento coattivo delle persone civili in zone particolarmente esposte alle conseguenze delle ostilità;

g. il dirigere i movimenti delle popolazioni civili o di persone civili in modo da cercare di mettere degli obiettivi militari al riparo dagli attacchi, o di coprire operazioni militari.

8.2. Le norme vietano inoltre:

a. gli attacchi contro la popolazione civile e le persone civili che non partecipano direttamente alle ostilità, nonché contro beni di carattere civile, dovendo gli attacchi essere limitati ad obiettivi militari;

b. gli attacchi contro: località non difese; zone neutralizzate, sanitarie e di sicurezza (contraddistinte da apposito segno); ospedali, altri luoghi di cura e trasporti sanitari, che siano contraddistinti dal segno della croce rossa o mezzaluna rossa;

I feriti e i malati, gli invalidi e le donne incinte debbono beneficiare di una protezione e di un rispetto particolari, così come il personale sanitario civile.

c. gli attacchi contro opere e installazioni che racchiudono forze pericolose (contraddistinte da apposito segno), anche se costituiscono obiettivi militari, se gli attacchi possono provocare la liberazione di dette forze e causare perdite gravi fra le popolazioni civili;

d. gli atti di ostilità contro beni culturali (contraddistinti da appositi segni), e l'utilizzazione di essi in appoggio allo sforzo militare. Deroghe sono ammesse solo nei casi di necessità militare, imperativa per i beni sotto protezione normale, ineluttabile per i beni sotto protezione speciale;

e. causare danni estesi, durevoli e gravi all'ambiente naturale;

f. gli attacchi indiscriminati, quelli cioè: 1) che non sono diretti contro un obiettivo militare determinato - 2) che impiegano metodi e mezzi che non possono essere diretti contro un obiettivo militare determinato - 3) che impiegano mezzi e metodi i cui effetti non possono essere limitati - 4) che, di conseguenza, sono atti a colpire indiscriminatamente obiettivi militari e persone civili o beni di carattere militare - 5) eseguiti mediante bombardamento, quali che siano i metodi e i mezzi impiegati, che trattino come obiettivo militare unico un certo numero di obiettivi militari chiaramente distanziati e distinti, situati in località abitate o zone che contengano una concentrazione analoga di persone civili o di beni di carattere civile - 6) dai quali ci si può attendere che provochino incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, danni ai beni di carattere civile, o una combinazione di perdite umane e di danni, che risulterebbe eccessiva rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto.

Altre norme impongono al belligerante di:

g. fare ogni sforzo per allontanare dalle vicinanze di obiettivi militari la popolazione civile, le persone civili e i beni di carattere civile, che si trovino sotto il suo controllo;

h. evitare di collocare obiettivi militari all'interno o in prossimità di zone densamente popolate;

i. prendere le altre precauzioni necessarie per proteggere la popolazione civile, le persone civili e i beni di carattere civile, che si trovino sotto il suo controllo;

l. nel preparare e decidere un attacco:

- fare il possibile per accertare che gli obbiettivi da attaccare non sono persone civili né beni di carattere civile, e non beneficiano di una protezione speciale;
- prendere tutte le precauzioni possibili nella scelta dei mezzi e dei metodi di attacco, allo scopo di evitare o, almeno, ridurre al minimo il numero dei morti e feriti fra la popolazione civile, nonché i danni ai beni di carattere civile, che potrebbero incidentalmente causare;
- astenersi dal lanciare un attacco da cui ci si può attendere che provochi incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, danni ai beni di carattere civile, o una combinazione di perdite umane e danni che risulterebbe eccessiva rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto;
- annullare o interrompere un attacco quando appaia che il suo obbiettivo non è militare o beneficia di una protezione speciale, o ci si può attendere che esso provochi incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, danni ai beni di carattere civile, o una combinazione di perdite umane e danni che risulterebbe eccessiva rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto;
- dare un avvertimento in tempo utile e con mezzo efficace, salvo che le circostanze lo impediscano, nel caso di attacchi che possano colpire la popolazione civile;
- quando è possibile una scelta tra più obbiettivi militari per ottenere un vantaggio militare equivalente, far cadere la scelta sull'obbiettivo nei cui confronti si può pensare che l'attacco presenta il minor pericolo per la popolazione civile e i beni di carattere civile.

8.3. Una diffusa interpretazione militare porta alle seguenti precisazioni nei riguardi di alcune delle norme sopra riportate:

a. la definizione di attacchi indiscriminati non significa che esistano mezzi di combattimento o armi specifiche il cui uso costituirebbe in ogni caso attacco indiscriminato (supra, 8.a, f);

b. il divieto di utilizzare la presenza o i movimenti della popolazione civile per proteggere obbiettivi militari in zone altamente popolate va inteso nei limiti di attuabilità indicati dall'aggettivo «possibili», interpretato nel senso di realizzabile o praticamente attuabile, dal che deriva per il comandante militare la possibilità di decidere che in base alle circostanze del momento (supra, 8.1, f e g);

c. il vantaggio militare che si può prevedere di ottenere da un attacco va inteso come vantaggio acquisibile da un attacco considerato nel suo insieme e non soltanto da attacchi isolati o parziali;

d. le decisioni che devono prendere i comandanti militari nel programmare, decidere od eseguire un attacco si basano sulla loro valutazione di tutte le informazioni disponibili al momento;

e. una determinata area territoriale può essere considerata obiettivo militare se, contribuendo efficacemente per la sua ubicazione, destinazione o impiego all'azione militare, la sua distruzione totale o parziale, occupazione o neutralizzazione può costituire un sicuro vantaggio militare;

f. il divieto di attacchi contro obiettivi non militari non riguarda il problema dei danni collaterali causati da attacchi contro obiettivi militari.

8.4. Almeno un rilievo essenziale occorre fare a proposito delle prescrizioni dell'art. 57 del 1° Protocollo aggiuntivo 1977 (precauzioni negli attacchi, sintetizzate supra, 8.2 I). E' quello che esse, nel loro forte impulso umanitario, disconoscono necessità militari elementari e incontrovertibili, per cui una loro interpretazione rigida porterebbe ad un immobilismo tattico ragionevolmente inconcepibile, se le misure di precauzione dovessero essere decise, nel corso delle operazioni, a livello delle unità minori.

9. RAPPRESAGLIE

Nei riguardi delle rappresaglie, va constatato che i divieti posti (supra, 7.1 a e 8.1 c) rendono, di fatto, possibile il ricorso ad esse soltanto contro i combattenti e gli obiettivi militari dell'avversario.

Non si può non osservare in proposito, che le restrizioni apportate a tale pratica di guerra portano alla conseguenza di disarmare il belligerante ossequiente di fronte ad un avversario inadempiente. Sicché il primo, in presenza di violazioni deliberate dalle regole del diritto della guerra a danno della popolazione civile e/o dei beni di carattere civile, non può reagire se non ricorrendo a rappresaglie contro le FF.AA. del secondo o contro suoi obiettivi militari, il che costituirebbe una remora inefficace nei confronti delle azioni violente che, sebbene vietate, l'avversario persistesse a compiere o avesse in animo di compiere.

Questa considerazione ripropone la tesi secondo cui le rappresaglie sono ancora un mezzo per assicurare l'applicazione effettiva del diritto bellico, tesi che potrebbe trovare soddisfazione in una norma che, mantenendo fermo il divieto di rappresaglia contro le persone, consentisse, di fronte a violazioni gravi, ripetute e manifestamente intenzionali ad opera di una parte, alla parte vittima di adottare misure proporzionate di rappresaglia specifica contro taluni beni (da stabilire), solo nel caso in cui appaia evidente che non sussistono altri mezzi idonei per far cessare le violazioni in questione.

10. NECESSITA' MILITARE E PROPORZIONALITA'

Due principi vanno meglio considerati nell'ambito delle limitazioni poste dal diritto internazionale positivo all'esercizio della violenza bellica.

Ci riferiamo alla «necessità militare» e alla «proporzionalità», principi strettamente legati sia fra di loro sia alle dette limitazioni, avvertendo che al primo di essi il diritto internazionale più recente ha imposto limiti sensibilmente ristretti, mentre ha concesso una affermazione rilevante al secondo.

10.1. L'esistenza, nella condotta delle ostilità, di un principio generale chiamato necessità militare o ragione di guerra, non soltanto è dimostrata dalla pratica guerresca di ogni tempo, ma la si trova formalmente riconosciuta nella prima codificazione del diritto della guerra terrestre, il cui testo fondamentale (Convenzioni Aja IV/1907) sottopongono (Preambolo) l'auspicata diminuzione dei mali della guerra alle possibilità consentite, appunto, dalla «necessità militare» («... queste disposizioni, la cui redazione è stata ispirata dal desiderio di diminuire i mali della guerra, *per quanto lo permettono le necessità militari*, sono destinate a servire di norma generale di condotta per i belligeranti nei loro rapporti reciproci e con le popolazioni»).

Va però aggiunto che in precedenza la Dichiarazione di Pietroburgo sul divieto di impiego di pallottole esplodenti del peso inferiore a 400 gr (1868) aveva affermato l'esistenza di «limiti tecnici ove le necessità della guerra debbono fermarsi davanti alle esigenze dell'umanità».

La locuzione «necessità militare» (e le altre equivalenti usate dal diritto internazionale positivo: necessità delle operazioni militari, ragioni militari o di ordine militare, esigenze militari, considerazioni o motivi militari, circostanze militari, necessità o considerazioni o ragioni di sicurezza), intesa in senso lato, indica la giustificazione di qualsiasi ricorso alla violenza bellica, nei limiti dettati dal principio generale secondo il quale non deve essere usata una violenza maggiore in qualità e quantità di quella che sia indispensabile per vincere la guerra.

Questa considerazione giuridica generale sull'impiego della violenza che in circostanze normali non sarebbe lecito, non ha bisogno di una e nunciazione esplicita, ed è stata invocata per sostenere la derogabilità di tutte le norme del diritto della guerra, come è avvenuto nella pratica seguita durante le due guerre mondiali, e come sosteneva una parte della dottrina, quella tedesca in primo luogo che, sulla scia di Clausewitz, il quale negava qualità di diritto alle regole della guerra, sosteneva la formula «la ragione di guerra prevale sulla maniera di guerra».

In realtà, le norme limitatrici della necessità militare in senso lato (violenza non maggiore ecc.) consentono, in taluni casi, deroghe giusti-

ificate dalla necessità militare in senso stretto, la cui caratteristica fondamentale è quella di essere una necessità prevista, appunto, da norme del diritto internazionale e di operare nel quadro delle norme stesse e in deroga ad esse, rispettando i limiti e le condizioni che le demesime stabiliscono per consentire la deroga.

10.1.1. Il principio della necessità militare ha condizionato, senza limiti apprezzabili, il diritto bellico sino alla 2^a guerra mondiale compresa, ed è stato praticato dai vari belligeranti con largo eccesso, come ha riconosciuto un militare autorevole, il Gen. Eisenhower, che in un messaggio rivolto alle truppe durante le operazioni successive allo sbarco in Francia, così si esprimeva: «Non voglio che l'espressione «necessità militare» nasconda la rilassatezza o l'indifferenza: essa è talora utilizzata per situazioni nelle quali sarebbe più esatto parlare di «comodità militare» o anche di «comodità personale». Di fronte al carattere totale che la guerra ha assunto nell'epoca contemporanea, ed al conseguente aumento del contrasto fra la «necessità militare» e i «principi umanitari», si è venuta affermando sempre più la convinzione che la necessità militare non può giustificare qualsiasi azione, ma è soggetta alle restrizioni imposte dal diritto internazionale.

Tale concetto, non è solo, oggi, dettato dal diritto positivo, ma è stato fatto proprio dalla giurisprudenza dell'immediato dopoguerra, come dimostrano varie sentenze pronunciate da tribunali militari contro criminali di guerra, sentenze che hanno rigettato l'eccezione della necessità militare avanzata per giustificare qualsiasi ricorso alla violenza, perfino riguardo alle atrocità commesse contro feriti, naufraghi e prigionieri di guerra (v. processi contro List ed altri, von Liebe ed altri, ecc.).

Gli stessi regolamenti militari posteriori alla seconda guerra mondiale (per gli Stati Uniti d'America: *The Law of Land Warfare*, 1956 e *The Law of Naval Warfare*, 1955; per la Gran Bretagna: *The Law of War on Land*, 1958 e *Manual of Air Force Law*), affermano esattamente che la necessità militare giustifica, da una parte, le misure non vietate dal diritto internazionale, dall'altra, quelle specificamente consentite dallo stesso diritto per determinate situazioni.

Riferendoci ai documenti posteriori alla 2^a guerra mondiale, se esaminassimo più in dettaglio di quanto non abbiamo potuto fare nei paragrafi 7 e 8 le norme volte alla protezione di persone, beni e luoghi (Convenzioni di Ginevra 1949, Aja 1954 e 1° Protocollo aggiuntivo 1977), nonché le norme relative ai mezzi e ai metodi di guerra (1° Protocollo aggiuntivo 1977 e Convenzione di Ginevra 1980 su certe armi classiche), ne troveremmo alcune, ove è, appunto, specificamente stabilito in quali casi e a quali condizioni si possa derogare, a favore della necessità militare, alle proibizioni o limitazioni dettate dalle norme stesse per fini umanitari.

Quanto ad un principio generale di diritto internazionale, secondo il quale sarebbero proibite tutte quelle forme di violenza bellica che, sebbene non vietate espressamente, risulterebbero in contrasto con le fondamentali esigenze umanitarie, bisogna riconoscere che, malgrado che la sua esistenza sia controversa in dottrina, le esigenze di cui esso è portatore si sono andate largamente affermando nei tempi più recenti, e vadano esercitando una crescente influenza nella formazione del diritto positivo, nel quale esiste oggi un complesso di norme particolari dettate, sotto gli impulsi umanitari della coscienza dei popoli, proprio per limitare la necessità militare.

10.1.2. Gli elementi che abbiamo esaminato ci portano alle seguenti considerazioni riassuntive:

a. quando il ricorso alla violenza bellica è limitato da norme del diritto internazionale positivo, sono ammesse, in singoli casi specifici e nei limiti consentiti, soltanto quelle deroghe che sono state stabilite da apposite eccezioni basate sulla necessità militare.

b. l'esistenza di una necessità militare deve essere accertabile in base a criteri obiettivi; non essendovi uniformità nei caratteri della necessità militare, occorre accertare per ogni caso concreto se sussistono le condizioni alle quali la deroga è consentita dalla norma pertinente.

Una conclusione va tratta dalla situazione attuale della normativa concernente la necessità militare: si è invertito il rapporto fra necessità militare e principi umanitari, dimostrando, se mai ce ne fosse bisogno, che la realizzazione di un equilibrio accettabile fra le due esigenze è estremamente difficile. Infatti, da una prevalenza assoluta della necessità militare sulle esigenze umanitarie, si è passati con il I° Protocollo aggiuntivo 1977 ad uno squilibrio in senso opposto, che presenta aspetti non meno pericolosi di quello precedente, proprio per i fini perseguiti, dato che la guerra ha le sue esigenze che non è saggio disconoscere.

10.2. Come si è detto, i principi di necessità militare e di proporzionalità sono, specialmente oggi, due componenti essenziali del diritto della guerra, ed hanno molti punti comuni, il secondo incidendo chiaramente sul primo.

La necessità militare, lo abbiamo poc'anzi rilevato, permette in via eccezionale, di derogare a determinate norme limitatrici della violenza bellica allo scopo di assicurare la realizzazione di determinati interessi militari che risultino obiettivamente imprescindibili e prevalenti sulle esigenze umanitarie.

Il principio di proporzionalità a, invece, lo scopo di limitare i danni prodotti dalle operazioni militari, richiedendo che l'impiego di armi e di metodi di guerra — poiché difficilmente ha effetti limitati ai solo obiettivi militari, contro i quali soltanto deve rivolgersi la violenza

bellica — non sia, per ciò che riguarda gli effetti indiretti, sproporzionato rispetto al vantaggio militare ricercato.

10.2.1. Elementi di proporzionalità si rintracciano in alcune norme del diritto internazionale precedente (Dichiarazione di Pietroburgo 1868; Regolamento relativo alle leggi e usi della guerra terrestre allegato alla IV^a Convenzione Aja 1907; IX^a Convenzione Aja 1907; clausola di Martens, nata all'Aja nel 1899 e recepita dai testi successivi anche recenti del diritto della guerra; Convenzioni Ginevra 1949).

10.2.2. Ma il principio di proporzionalità acquista una importanza rilevante con lo sviluppo delle norme umanitarie, come risulta da vari articoli del I° Protocollo aggiuntivo 1977, di cui abbiamo già tenuto conto nei paragrafi 1, 7 e 8.

In primo luogo, troviamo o ritroviamo in questo documento, oltre alla clausola di Martens (art. 1.2), la riaffermazione della non esistenza di un diritto illimitato nella scelta dei mezzi e dei metodi di guerra (art. 35.1); del divieto d'impiego di armi e metodi capaci di causare mali superflui o sofferenze inutili (art. 35.2); del divieto di provocare danni estesi, durevoli e gravi all'ambiente naturale (art. 35.3 e 55); dell'obbligo di stabilire, per le armi nuove, se il loro impiego non sia vietato dal diritto internazionale (art. 36).

Il principio di proporzionalità appare in tutta evidenza nelle norme (già sintetizzate nel paragrafo 8) di due articoli concernenti gli attacchi, poste ai fini della protezione delle persone civili e dei beni di carattere civile.

L'art. 51.5 e 6 considera indiscriminati e quindi illeciti, gli attacchi «dai quali ci si può attendere che provochino incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, danni ai beni di carattere civile, o una combinazione di perdite umane e di danni che risulterebbe eccessiva rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto».

Gli artt. 57.2 a iii e 57.2 b pongono l'obbligo di astenersi dal lanciare un attacco, di annullare o interrompere un attacco «dal quale ci si può attendere che provochi incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, danni ai beni di carattere civile, o una combinazione di perdite umane e di danni che risulterebbe eccessiva rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto».

Il divieto di lanciare un attacco, che potrebbe avere le conseguenze ora dette, contro opere e installazioni che racchiudono forze pericolose, è rafforzato dalla inclusione di una tale operazione fra i crimini di guerra (art. 85.3 c e 5).

I due articoli citati (51 e 57) contengono, oltre il principio di proporzionalità (raffronto fra danni indiretti e vantaggi militari) l'obbligo di accertare che l'obbiettivo sia lecito e l'obbligo di mettere in opera metodi e mezzi che provochino il minimo di danni indiretti.

La lettura dei due articoli pone numerosi problemi di interpretazione ai fini dell'applicazione del principio di proporzionalità. Si pensi solo al significato di locuzioni quali *danni eccessivi* e *vantaggio concreto e diretto*. Poiché non possiamo affrontare qui tali problemi, limitiamoci a richiamare una diffusa interpretazione militare, già citata nel paragrafo 8.3, secondo la quale nel dettato degli articoli 51 e 57 del 1° Protocollo aggiuntivo 1977: *a)* il vantaggio militare ricercato va riferito all'attacco nel suo complesso e non a parti isolate o a particolari di essi - *b)* la decisione di eseguire un attacco può essere presa soltanto sulla base delle informazioni disponibili al momento.

A conclusione, possiamo sommariamente dire che, affinché possa produrre risultati validi, ai fini della protezione delle persone e dei beni, occorre che il principio di proporzionalità riceva una corretta interpretazione, anche nei riguardi del suo rapporto con il principio di necessità militare, tenuti presenti, da una parte lo sviluppo dei principi umanitari, dall'altra la crescente efficienza delle armi.

11. GUERRIGLIA

11.1. Un esame a parte richiede un metodo di guerra antico quanto l'arte della guerra, ma che, a partire dagli anni quaranta del nostro secolo, ha assunto una estensione tale da sconvolgere molti concetti militari, politici e giuridici.

Ci riferiamo alla guerriglia, termine che nel linguaggio comune è usato per indicare un fenomeno che, sotto il profilo storico e sociale si manifesta in forme diverse e complesse, alle quali si fa corrispondere una terminologia tanto abbondante quanto confusa.

Onde evitare ogni confusione, diciamo subito che per guerriglia intendiamo qui unicamente una tecnica di combattimento caratterizzata da mobilità, dispersione e sorpresa nel condurre azioni offensive contro forze avversarie superiori agendo sui loro fianchi o nelle loro retrovie.

E' la tecnica usata da una parte debole costituita in formazioni di piccole dimensioni, largamente intervallate ed estremamente mobili, per colpire l'avversario nel momento e nel luogo per esso imprevedibili, mediante colpi di mano o imboscate, attentati o sabotaggi, agendo, come si è detto, di sorpresa, disimpegnandosi rapidamente e subito mimetizzandosi.

Per fare ciò, esse sfruttano la conoscenza dell'ambiente naturale e il favore (o la passività) dell'ambiente sociale.

11.2. In un conflitto fra Stati è una forma operativa usata da forze militari nel territorio controllato dall'avversario, in concorso con le operazioni tradizionali condotte dalle forze armate regolari. Come tale, può essere svolta nel quadro della *difesa territoriale*, che è una forma di

difesa organizzata da uno Stato sul proprio territorio ed attuata in caso di occupazione: a) con uno scopo autonomo, in caso di sconfitta delle forze regolari, per rendere difficile e costosa l'utilizzazione del territorio e delle sue risorse da parte dell'avversario, per mantenere il controllo su parte del territorio e della popolazione civile, per impedire l'instaurarsi di un regime favorevole all'occupante - b) in concorso con l'azione di forze regolari, per obbligare il nemico a disperdere le sue forze, sottraendole all'azione principale onde destinarle a compiti di sicurezza.

Viene effettuata da reparti di piccola entità, reclutati localmente e costituiti all'atto della mobilitazione, anche per garantire la difesa interna del territorio, e/o da unità che non abbiano potuto ritirarsi o che abbiano ricevuto l'ordine di lasciarsi superare dall'avversario; ovvero da unità che raggiungono le retrovie dell'avversario, ove debbono agire, mediante elisbarchi, aviosbarchi, sbarchi dal mare o infiltrazioni attraverso zone impervie.

Alle formazioni regolari si affiancano o, in una alternativa che è stata prevalente durante la 2^a guerra mondiale, ne prendono il posto, formazioni irregolari con ordinamento paramilitare, germinate dalla popolazione.

Regolari o irregolari che siano, la unità che agiscono con la tecnica della guerriglia in un territorio occupato debbono trovare nella popolazione civile alimentazione in uomini, rifornimento in mezzi, sicurezza e rifugio.

Dai supporti materiali — che spesso provengono dall'esterno, giacché il combattente di guerriglia deve necessariamente appoggiarsi a combattenti regolari più potenti di lui — e dal sostegno ideologico da parte dell'ambiente umano, nonché dalle caratteristiche dell'ambiente naturale, dipendono le azioni concrete che possono essere svolte con la guerriglia.

La tecnica della guerriglia è praticata, come è noto e come dimostrano gli eventi di questo dopoguerra, dall'Algeria al Vietnam, dal Medio Oriente e vari paesi del Centro e del Sud America, anche nei conflitti provocati da movimenti insurrezionali all'interno di uno Stato per modificarne in modo violento l'assetto costituzionale.

In ambedue i tipi di conflitti, interno o internazionale, la stessa tecnica è praticata anche da forze regolari che, volendosi opporre efficacemente all'avversario, sono costrette ad adottarne i metodi esercitando la contro-guerriglia.

Va, infine tenuto presente che il terrore può svolgere un ruolo importante nella guerriglia, o che, per lo meno, vi trova un largo posto: esso colpisce le forze regolari avversarie, matalora è usato anche come mezzo drastico di pressione per costringere una comunità che non lo faccia spontaneamente o che sia in vario modo riluttante, a fornire ogni

sostegno a coloro che conducono la guerriglia o, almeno, a non ostacolarli.

E' noto, d'altra parte, che, in tali circostanze, il terrorismo chiama il contro-terrorismo ed altri metodi di repressione (arresti, internamento, soggiorno obbligato, coprifuoco, dure restrizioni delle altre libertà, ecc.), con il risultato che la popolazione civile diviene la maggiore vittima di una situazione che, con il passare del tempo, non può che aggravarsi in un tragico crescendo.

11.3. Relativamente ai conflitti armati non internazionali, limitiamoci a ricordare che per la prima volta, il diritto internazionale ha dettato norme con l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra 1949, norme che sono state poi sviluppate con il II° Protocollo aggiuntivo 1977. Questo si applica ai conflitti armati «che si svolgono sul territorio di uno Stato fra le sue forze armate e forze armate dissidenti o gruppi armati organizzati che, sotto la condotta di un comando responsabile, esercitano, su una parte del suo territorio, un controllo tale da permettere loro di condurre operazioni militari prolungate e concertate, e di applicare il presente Protocollo».

Detto Protocollo non si applica «alle situazioni di tensioni interne, di disordini interni, come le sommosse, gli atti isolati e sporadici di violenza ed altri atti analoghi, che non sono considerati come conflitti armati».

11.4. Relativamente ai conflitti internazionali, occorre richiamare la particolare evoluzione che il diritto bellico attinente al tema che stiamo trattando, ha subito tra il 1907 e l'epoca contemporanea.

Nel 1907 si era proceduto ad una classificazione semplice e non ambigua fra combattenti legittimi, ai quali soltanto il diritto internazionale riconosceva il diritto di esercitare la violenza contro l'avversario, e combattenti illegittimi, ossia le persone cui tale diritto era negato e che poste, come erano, fuori della legge, sono state chiamate, per lungo tempo, «franchi tiratori».

La distinzione era netta anche fra territorio invaso e territorio occupato, in particolare per quanto riguarda la resistenza armata da parte della popolazione civile in appoggio alle forze regolari, resistenza ammessa, a determinate condizioni, contro le forze d'invasione, ma negata contro le forze occupanti.

Durante la 2° guerra mondiale, come si è già ricordato, si è sviluppato in misura considerevole il fenomeno, della «resistenza» operante proprio nei territori occupati, ove la normativa vigente non riconosceva il diritto di «resistere» con le armi.

L'ampiezza e l'efficacia assunte dai «movimenti di resistenza» provocarono dure reazioni da parte delle forze occupanti, con conseguenze gravissime ai danni, sia di colore che, non protetti dal diritto interna-

zionale positivo, partecipavano direttamente all'attività offensiva contro le forze occupanti, sia, per inevitabili conseguenze riflesse, delle persone inermi.

Queste esperienze hanno portato all'ammissione nella categoria dei combattenti legittimi dei «membri dei movimenti organizzati di resistenza, appartenenti ad una parte in conflitto e operanti all'esterno o all'interno del proprio territorio, anche se questo è occupato», purché rispondano alle stesse condizioni stabilite dal Regolamento relativo alle leggi e agli usi di guerra allegato alla IV^a Convenzione Aja 1907, per i membri delle milizie e dei corpi di volontari, ossia, è opportuno ricordare: a) avere alla loro testa una persona responsabile per i propri subordinati, b) portare un segno distintivo fisso visibile a distanza, c) portare apertamente le armi, d) conformarsi, nelle loro operazioni, alle leggi e agli usi di guerra.

11.5. Si è già ricordato che, posteriormente alla normativa del 1949, la guerriglia è stata il metodo di guerra usato in modo esclusivo o influente nei conflitti armati internazionali, interni o ibridi, e ciò ha rafforzato la tesi di chi sostiene che imporre ai movimenti di resistenza il rispetto delle citate quattro condizioni, significa o rendere impossibile il riconoscimento della qualità di combattenti legittimi ai loro membri, date le caratteristiche delle attività offensive da essi comunemente condotte, oppure condannare i movimenti stessi all'inattività. Chiedere, si incalza, al combattente di guerriglia di rinunciare allo spazio di irregolarità per lui essenziale, alle sue armi preferite, la clandestinità e l'oscurità, significa costringerlo a cessare di essere un combattente di guerriglia.

Non è questa la sede per un esame delle argomentazioni a favore o contro tale tesi. Ricordiamo soltanto la normativa che, al termine di una laboriosa attività preparatoria e di lunghi dibattiti, è stata dettata con gli artt. 43 e 44 del I° Protocollo aggiuntivo 1977, e che:

a. dà una definizione di forze armate (forze, gruppi e unità armate e organizzate) unica, valida cioè sia per le forze tradizionalmente chiamate regolari, sia per quelle di qualsiasi altro tipo, e quindi anche per quelle dei movimenti di resistenza, richiedendosi alle une e alle altre: 1) che siano poste sotto il comando responsabile dei propri subordinati di fronte alla parte da cui dipendono, anche se questa parte è rappresentata da un governo o una autorità non riconosciuta dalla parte avversaria, 2) che siano soggette ad un regime di disciplina interna che assicuri il rispetto delle regole del diritto internazionale applicabile nei conflitti armati.

b. dichiara combattenti legittimi i membri delle forze armate come sopra definite.

c. riafferma l'obbligo per i combattenti di distinguersi dalla popolazione civile.

Le due condizioni relative al comandante responsabile e al rispetto delle leggi e degli usi di guerra riproducono, in sostanza, la prima e la quarta delle condizioni poste dal Regolamento dell'Aja 1907 e dalla III^a Convenzione Ginevra 1949, così come da quest'ultima sono recepiti il requisito dell'appartenenza e dell'organizzazione.

Fin qui, dunque, la normativa del 1977 non conterrebbe nulla di più rivoluzionario rispetto a quella del 1949.

Il carattere rivoluzionario si riscontra, invece, in ciò che essa dispone a proposito del porto aperto delle armi e dell'obbligo di distinzione fra combattenti e popolazione civile, concetti che sono fusi in un'unica prescrizione, la quale, ricordato detto obbligo, lo limita temporalmente al momento in cui i combattenti «prendono parte ad un attacco o ad una operazione preparatoria di un attacco». Per di più, una clausola, di interpretazione tutt'altro che facile e alla quale si può prevedere che si farà un largo ricorso in futuro, ammette che, in situazioni in cui la natura delle ostilità non consente di distinguersi dalla popolazione civile, il combattente resta legittimo se porta apertamente le armi: a) durante ogni fatto d'armi, b) durante il tempo in cui è esposto alla vista dell'avversario mentre prende parte ad uno spiegamento militare che precede l'inizio di un attacco al quale deve partecipare. E resta, inoltre, stabilito che, ove queste ultime condizioni non fossero rispettate, il combattente caduto in mano avversaria, pur non avendo diritto allo statuto di prigioniero di guerra, dovrà beneficiare di protezioni equivalenti, sotto ogni aspetto, a quelle concesse ai prigionieri di guerra.

Forse preoccupato per le conseguenze non imprevedibili di una norma così permissiva, il legislatore internazionale si premura poi di richiamare indirettamente le unità regolari al rispetto, in simili circostanze, della *pratica* del porto dell'uniforme.

11.6. Ricordato tutto ciò, non è il caso di dilungarsi troppo nei commenti.

Riferendoci alla questione del porto dell'uniforme da parte delle forze regolari - pratica immemorabile nata dalla necessità di distinguere in battaglia il nemico dall'amico - si direbbe che si sia voluto, con il richiamo, invertire la situazione precedente, per cui è ora «non privilegiato» il combattente regolare, che sarà esposto, con poche e deboli possibilità di difesa, ad ogni insidia da parte del combattente irregolare, assunto, esso, alla qualità di «combattente privilegiato».

Il combattente di guerriglia, dice Schmitt, costringe l'avversario a «entrare in uno spazio diverso, dalle strutture complesse, aggiungendo alla superficie del teatro della guerra tradizionale un'altra dimensione, quella della profondità ... e per la irregolarità della sua condotta incide non solo sulle operazioni tattiche ma anche su quelle strategiche delle

armate regolari. In tali condizioni, colui che porta l'uniforme è già condannato».

Ma non si sono fatti i conti con la realtà che, nel caso specifico, risiede nell'immane adeguamento dei metodi di guerra di una parte a quelli usati dall'avversario, sicché, fatalmente, alla guerriglia si opporrà, come si è già rilevato, la contro-guerriglia, e la pratica del porto dell'uniforme cadrà in disuso in tale genere di lotta.

Napoleone, in un ordine al generale Lefèvre del 12 settembre 1813, prescriveva: «Bisogna agire da partigiano dovunque ci sono dei partigiani».

Se la forma più comune della guerra sarà in futuro quella che è stata sovente negli ultimi decenni, ossia una successione di azioni e reazioni condotte da unità contrapposte operanti con la tecnica della guerriglia, in qualche caso senza linea di demarcazione reale fra conflitti interstatali e lotte intestine; se la distinzione fra popolazione civile e combattenti è destinata a scomparire; se la tattica dei colpi di mano compiuti da elementi che subito svaniscono nel nulla sarà prevalente in certi momenti e/o in certe zone; se queste saranno le caratteristiche di molti conflitti, è evidente che il territorio teatro di questo tipo di lotta non sarà mai un territorio occupato nel significato giuridico del termine: resterà un territorio invaso, cioè un campo di battaglia atipico, in cui domini per tutti, combattenti e popolazione civile, l'insicurezza e il terrore, e sia aggravato, di conseguenza, il carattere antiumanitario della guerra tradizionale.

Tutta la popolazione civile risulterà coinvolta in una situazione di grande rischio: si pensi solo alle azioni terroristiche di ogni tipo volte a provocare rappresaglie anti-terroristiche sulla popolazione civile in modo da provocare o accrescere l'odio verso l'occupante.

11.7. L'innovazione sconvolgente adottata non ha, né poteva avere, obiettivi umanitari: essa è soltanto il prodotto di ideologie sul momento imperanti, espresse nella tesi secondo cui la guerra condotta dal popolo è sempre legale, quali che ne siano le motivazioni, e l'aggressore non è mai un occupante legittimo, sicché la lotta contro di esso ha sempre un carattere di legittima difesa collettiva. Tesi questa, che è accentuata da una certa tendenza alla c.d. *individualizzazione* del diritto di resistenza attiva, che spetterebbe in territorio occupato ad ogni abitante, quale portatore, individuale appunto, di quel diritto di comune di legittima difesa.

In sostanza, questo diritto non solo sopprimerebbe la distinzione fra combattenti e popolazione civile, ma condannerebbe il principio secondo cui le regole del diritto della guerra si debbono applicare anche alla guerra illegittima, quale è, appunto, una guerra di aggressione.

Ora, non è certo contestabile il fatto che lo Stato possa, di fronte ad una aggressione, votare all'olocausto *tutti* i suoi cittadini in una disperata resistenza collettiva spinta all'ultimo sangue, in una difesa totale, in una guerra di popolo, appunto.

E', però, una scelta di cui si debbono conoscere le conseguenze estreme. Bisogna sapere, cioè, che non è possibile applicare le leggi della guerra ad una forma di lotta il cui carattere saliente è quello di ignorare deliberatamente ogni legge; bisogna sapere che, accettando il principio del fine che giustifica i mezzi, si ha la fine di qualsiasi regolamentazione limitativa; bisogna sapere quanto pericolosa sia la tendenza a considerare come atto di guerra legittimo qualsiasi azione intrapresa in nome di una idea.

Bisogna sapere, cioè, che la guerriglia è una sfida al diritto della guerra, la cui essenza non è quella di conferire il diritto alla violenza e alla distruzione, bensì di porre dei limiti a tali attività, quale che sia lo spirito che le ispira.

In definitiva, se si vuole veramente agire in una direzione «umanitaria», occorre basarsi su questi due principi: a) l'obbligo di osservare le leggi e gli usi di guerra deve sussistere indipendentemente dalla legalità o meno del conflitto - b) lo statuto di combattente legittimo deve derivare non già dal motivo del combattimento, ma dal modo in cui esso è condotto.

Altrimenti, le condizioni della lotta saranno tali che la nozione di popolazione civile andrà restringendosi sempre più, rischiando, appunto, di scomparire del tutto.

Si tornerebbe al modo spietato di condurre la lotta armata che caratterizzò, ad esempio, i tempi bui del medioevo, sicché l'unica speranza di evitare lo sterminio tornerebbe ad essere il «giudizio di Dio».

Concludiamo, citando ancora Schmitt, il quale afferma: «Il fondamento delle regole umanitarie resta la statualità della condizione della guerra e, di conseguenza, la sua delimitazione, ottenuta con una chiara distinzione tra guerra e pace, tra militari e civili, tra nemico e amico, tra guerra fra Stati e guerra civile. Dove queste essenziali distinzioni sfumano o sono messe in discussione, si creano le premesse per un tipo di guerra che le distrugge tutte. Le norme che si riesce a dettare costituiscono, allora, un esile ponticello gettato sopra un abisso».

BIBLIOGRAFIA

1) G. BALLADORE PALLIERI: «Diritto bellico», 1954. 2) P. GUGGENHEIM: «Droit international public», 1954. 3) L. OPPENHEIM-LAUTERPACHT: «International Law», 1955. 4) R. QUADRI: «Diritto internazionale pubblico», 1868. 5) A. P. SERENI: «Diritto internazionale», vol. IV, Conflitti internazionali, 1965. 6) KRUGER-SPRENGEL: «Le concept de proportionnalité dans le droit de la guerre», 1979. 7) E. RAUCH: «Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre», 1979. 8) C. SCHMITT: «Theorie des Partisanen», 1975.

El conflicto de las Malvinas a la luz de la Historia y del Derecho Internacional

José Luis de Azcárraga

Ministro Togado de la Armada

Catedrático de Derecho Internacional

SUMARIO: Introducción. 1. El archipiélago de las Malvinas. 2. Los argumentos jurídicos. 3. Los títulos argentinos. 4. El Decreto argentino de 10 de junio de 1829. 5. El inicio de la controversia con Inglaterra en las Malvinas. 6. La controversia anglo-argentina en el marco de las Naciones Unidas. 7. El conflicto ante el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y el Tratado del Atlántico Norte.

INTRODUCCION

El día 2 de abril del presente año de 1982, este mundo atormentado en que vivimos se sorprendió, pese a todo, con la noticia de que Argentina había desembarcado múltiples comandos armados en *Port Stanley* (en la nomenclatura inglesa y *Puerto Argentino*, como inmediatamente se le bautizó), que era la capital del archipiélago de las *Malvinas* (*Falklands Islands*, en la terminología británica). Inmediatamente pensé que acaso podría ser de algún interés la redacción de un estudio sobre el tema desde la óptica de la Historia y del Derecho internacional en sus diversas etapas, y que podría intitularse bien con la rúbrica que antecede «conflicto», bien con la de «incidentes» o la de «crisis» y, en definitiva —¡bien lo temía!—, con la de «guerra», pues no era difícil suponer que el «conflicto», «incidentes» o «crisis» degenerase en una «guerra» de imprevisibles alcances e implicaciones. Y escribo todas estas consideraciones preliminares cuando, a los dos meses de iniciarse el desembarco argentino, y después de fracasar una mediación previa del Secretario de Estado norteamericano, Haig, y en trance de malo-

grarse unas negociaciones en el ámbito de las Naciones Unidas y con el ofrecimiento de otras individuales, que lamentablemente acaso no culminen en algo esperanzador o positivo, las fuerzas aeronavales y terrestres del Reino Unido, desplazadas desde Port Month hasta el Atlántico Sur, lanzaron ataques abiertos sobre las Malvinas, lo que equivale, sin decirlo y sin *declararla* oficialmente, a una guerra entre Argentina e Inglaterra, sin más ni más.

Pero antes de nada y de todo desearía presentar a mis posibles lectores determinadas puntualizaciones a modo de advertencia previa. Como no soy augur y, por lo tanto, carezco del don de la profecía, el presente estudio no podrá contener dato alguno sobre resultados finales, ni especulaciones futuribles, juicios de valor o decantaciones subjetivas acerca de dicho conflicto, aunque de mis palabras pudiera deducirse, a la luz de la Historia y del Derecho internacional, quién deba tener razón.

Asimismo deseo anticipar que eludiré todos los aspectos relativos a las fuerzas defensivas y ofensivas de ambas partes, aunque, como es lógico y sólo de pasada, haya de refirme a determinados hechos que ponen de manifiesto la presencia de tales fuerzas contendientes, del Reino Unido y la República Argentina, y que mencione, pero muy brevemente, dentro de los antecedentes históricos de las conflictivas Malvinas, los numerosos episodios y avatares, más o menos cruentos, ocurridos en dicho Archipiélago desde que fue avistado por primera vez por el hombre europeo, con el tránsito de navegantes, políticos, comerciantes y aventureros españoles, ingleses, holandeses, franceses, estadounidenses y argentinos.

1. El Archipiélago de las Malvinas.

a) *Geografía*.—Parece oportuno que recordemos aquí y ahora, sucintamente, los aspectos geográficos de las islas Malvinas.

Las Malvinas (o Falkland Islands, como hemos señalado que se conocen por los Ingleses) forman un Archipiélago —esto es, mares y tierras— situado entre los 51° y 52° de latitud Sur, y los 57° 3' y 61° 20' de longitud Oeste de Greenwich. Su superficie total es de 11.715 km², poblados por escasos millares de personas, algunas de ellas argentinas. Las islas principales son Gran Malvina (o Malvina del Oeste) y Pequeña Malvina (Soledad o Malvina del Este). San José, Trinidad, Borbón Jorge, Bougainville, Goicoechea, Rosario, Pasaje, San Rafael, Aguila y otras, hasta totalizar casi 200 islas e islotes menores.

El Archipiélago está azotado por los vientos australes, sumido con frecuencia bajo espesas nieblas y regado por violentos aguaceros. Pese a la humedad, el clima es sano y, aunque carezca de arbolado, el suelo está tapizado de una hierba de excelentes cualidades nutritivas, lo que

favorece la cría de carneros. Sus montañas no exceden los 700 metros y sus costas son muy accidentadas, aunque algunas puedan servir de refugio.

Aparte de la riqueza ganadera, existe otra ballenera y lobera, y siendo la prolongación de los antartandes submarinos, es decir, de la plataforma continental de la Tierra de Fuego y de la Patagonia, su estructura geológica hace suponer que abundan las riquezas mineralógicas, como oro, cobre, plomo y carbón, así como pueda presumirse la existencia de yacimientos de petróleo, faltando conocer los resultados prácticos de las perforaciones.

Pero, sin duda alguna, su máximo interés radica en su situación estratégica, pues las Malvinas dominan el paso entre los océanos Atlántico y Pacífico, por el Estrecho de Magallanes, que se encuentra a 565 kilómetros.

b) *Toponimia*.—Es evidente que una «res nullius», esto es, una «cosa de nadie», pero que en un momento dado puede ser de alguien, para identificarla se hace preciso bautizarla. Las Islas, que ahora se llaman *Malvinas* o *Falkland*, tienen diversas denominaciones a lo largo de los tiempos desde el siglo XVI, época áurea de los descubrimientos en el área del Nuevo Mundo y tierras de los mares adyacentes. La toponimia es muy variada, y cronológicamente, en la cartografía al uso, aparece, en primer lugar, el nombre de las *Islas Nuevas* o *Islas Magallánicas*, como se denominaban con nombre general a todas las tierras del extremo meridional del Continente americano, y no porque las hubiera descubierto Hernando de Magallanes, ya que esta tesis, aun siendo «chauvinista» y muy repetida por autores argentinos que se apoyan en la herencia recibida de los españoles, no parece cierta, tal como ha demostrado en su monumental obra «La cuestión de las Malvinas», el doctor Manuel HIDALGO NIETO (Madrid, 1947, págs. 93 a 99), que descarta la posibilidad del descubrimiento de las Malvinas tanto por Américo Vespucio (1501-1502), al servicio de Portugal, como por Hernando de Magallanes (1519-1520), al servicio de España, porque las relaciones de sus viajes, donde sus autores, el propio Vespucio, Pigafetta o Francisco Albo, contra maestre de la «Trinidad» en el viaje magallánico, mencionan, eso sí, cuidadosamente latitudes, declinaciones, altura del Sol, profundidades de la sonda, pero no son muy precisos en las tierras que avistaban, que, por ser ignotas hasta aquel momento, no permitirían identificación fácil en el futuro.

Resulta presumible, sin embargo, que los navegantes españoles, que desde finales del siglo XV, surcaban aquellos parajes, fuesen los primeros que avistasen tales islas, que en algún mapa de la centuria posterior aparecen con el nombre de *Sansón* y en diversas narraciones de viajes de aquella época.

Tampoco aparece que puedan aportar algún dato sobre el descubrimiento de las actuales Malvinas las expediciones de Loaysa, Caboto, Diego García, Simón de Alcazaba, etc., que bordearon la costa patagónica y presumiblemente los vientos, entre el jaloque y el lebeche, pudieron empujarles hasta dichas islas del Atlántico Sur, cúspides de la continuación de la cordillera andina, sumergida bajo los mares.

Las afirmaciones inglesas de la prioridad del descubrimiento de las Malvinas también han merecido una crítica adversa por parte de historiadores, y así las especulaciones que se derivan de los viajes «a los mares del Sur», a finales del siglo VI, por dos célebres piratas (aunque luego tomasen la calificación algo más jurídica de corsarios): Thomas Cavendish y Richard Hawkins (1).

No es mi propósito describir la peripecia de tales viajes, muy accidentados, desde luego, en los que incluso Cavendish murió a bordo, de regreso a Inglaterra, en la creencia de que John Davis, segundo Jefe de la Escuadra y Comandante del «Desiré» (con este nombre, «Puerto Deseadado» se bautizó un paraje en la costa patagónica, mientras un estrecho recibía como denominación su propio apellido), le había traicionado, según los relatos de Anthony Kuyret y John Jane, en los que abunda la fantasía y muy pocos datos veraces. Sus «Islas desconocidas» no pueden, en modo alguno, ser identificadas con las actuales Malvinas.

Tampoco nos sirve para la primacía del descubrimiento inglés la expedición de Richard Hawkins, a bordo del «Dainty», en 1594. Su relato de «una tierra desconocida, de la cual ninguna carta hacía mención», está lleno de rasgos extrañamente contradictorios, como sigue indicando, con indudable crítica honesta, el citado HIDALGO NIETO (op. cit., páginas 104 y 105), y a la que en homenaje a su Reina Isabel (la «Maiden Queen») bautizó como «*Hawkins Maiden-Land*», «en perpetua memoria de su castidad y recuerdo de mis esfuerzos...».

Hawkins —dice HIDALGO— vio, según su fabuloso relato, unas Malvinas pobladas y apacibles, con condiciones físicas y climatológicas muy semejantes a las de Inglaterra (!), con grandes ríos de agua dulce... Todo ello apreciado a distancia de la costa, sin desembarcar ni siquiera detenerse...

En realidad, ningún historiador serio sostiene el descubrimiento de las Malvinas por Hawkins, y es significativo que en los planisferios ingleses de la época (hasta 1628) no aparezca ninguna isla del archipiélago malvino.

En este recorrido que estamos haciendo, para precisar el descubrimiento de las Malvinas y sus variantes toponímicas, debemos hacer

(1) Permítaseme la autocita de mi libro «El Corso Marítimo», Madrid, 1950. Un volumen de 395 páginas en el que se estudian entre otros, desde el ángulo del Derecho Internacional, las expediciones piratecas.

un pequeño alto para describir la aportación holandesa sobre el asunto, que también señalan cuantos escritores han abordado el tema (2). Se trata, pues, ahora de la Armada expedicionaria que en 1598 salió del puerto de Gorée (3) al mando de Jacob Mabú, quien, a bordo del «Hoope», tenía por misión saquear las colonias españolas en América del Sur, especialmente en las costas del Pacífico. Su lugarteniente se llamó Simón de Cordes, comandante del «Liefde» o «Cabo Verde»; falleció Mabú, siendo sustituido por Cordes, y el comandante del «Geloof» fue Sebald de Weert. Después de diversas vicisitudes a lo largo de las costas chilenas, Cordes y otros compañeros murieron a manos de los indios, quedando internado en Valparaíso el quinto navío, «Blijde Boothshap», y arribando al Japón los citados «Hoope» y «Liefde». De esta suerte, el «Gyloof» y el «Trove» emprendieron el regreso a Holanda, volviendo a pasar el Estrecho de Magallanes, pero, al no poder atravesarlo, el «Trove» arrumbó de nuevo las costas del Pacífico, mientras el «Geloof», al mando, como hemos dicho, de Sebald de Weert, continuó su ruta hacia los Países Bajos (4), quien el 22 de enero de 160 avistó tres pequeñas islas desconocidas, en las que no pudo desembarcar por haber perdido los botes en el Estrecho magallánico, pero que las consignó en su diario de navegación y las bautizó con su nombre, islas de Sebald de Weert, con sus variantes de «Sebalds», «Sebaldes», «Sebaldinas», «Sebalges» y que posteriormente, por algunos geógrafos, iban a ser confundidas con las Malvinas, pero en realidad las «Sebaldinas» son tres, más pequeñas, y están situadas en la moderna cartografía al NW. de las propias Malvinas, aunque pertenecientes a su archipiélago.

Así, pues, el archipiélago del Atlántico Sur, que en estos días está alcanzando tan grande y triste actualidad, pudo ser avistado por muchos navegantes, incluso desembarcando en determinados puntos de sus costas; pero, desde luego, no puede decirse que hubiera sido ocupado y establecido en él la soberanía territorial, y ciertamente no contribuyeron a ello las expediciones, también holandesas, de Jacob Le Maire y Wilhelm Schouten con el «Fendracht», en 1616, ni el británico Cowley, en 1684, con el «Bachelor's Delight». Únicamente el inglés John Strong, con el «Welfare», en 1690, fue el que tocó tierra en ellas para cazar

(2) El citado HIDALGO NIETO, op. cit., págs. 99-113; Domingo SABATE LICHTSCHEIN: «Problemas argentinos de soberanía territorial», Buenos Aires, 1976, pág. 255; César DIAZ CISNEROS: «La soberanía de la República Argentina en las Malvinas ante el Derecho Internacional», La Plata, 1951; Julio GOEBEL: «The striggle for the Falkland Islands», London, 1927 (existe traducción española 1951); Paúl GROUSSAC: «Las Islas Malvinas», Buenos Aires, 1936; Camilo BARCIA TRELLES: «El problema de las Islas Malvinas», Madrid, 1943.

(3) Existe cerca de Dakar, en el actual Senegal, la Isla de Gorée, pero no creemos que se refiera a ella, más bien opinamos que alude a un pequeño puerto próximo a Rotterdam, ya que a dicha Armada holandesa, compuesta por cinco navíos, se les llamó «los cinco navíos de Rotterdam», todos con nombres simbólicos: «Hoope» (Esperanza), «Liefde» (Caridad), «Geloof» (Fe), «Trove» (Fidelidad) y «Blijde Boothshap» (Buena Nueva).

(4) HIDALGO NIETO ha consultado para esta expedición el relato efectuado por las notas de un cirujano a bordo, Barant Youz, según la colección de Bry. La obra del doctor Hidalgo es exhaustiva y contiene, en sus casi 800 páginas, abundantes mapas y documentos de gran valor, extraídos del Archivo General de Indias, de la Biblioteca Nacional y de las del Museo Naval, Instituto «González Fernández», de Oviedo, Servicio Histórico o Militar y otros Centros culturales.

pingüinos y focas (lobos marinos) y descubrió el estrecho que separa las dos islas principales —Malvina del O. y Malvina del E.—, y las bautizó con el título que tenía su protector Sir Lucius Cary, *Lord Falkland* (muerto en el combate de Newbury, en 1643); pero adviértase que bautizó tan sólo el Estrecho (que en la toponimia española se llama San Carlos) y no el archipiélago, y el nombre se extendió después a una isla, a una playa y, por fin, al conjunto de mares e islas.

Y llegamos ya a los años en que comienza el siglo XVIII... Es entonces cuando los intrépidos navegantes franceses de Saint-Malo, en la costa atlántica, no sólo se preocupan de la pesca, sino que inician la conquista de rutas comerciales inéditas en atrevidos viajes a «los mares del Sur». Porée, con la «Assomption» en 1708, y Frézier, con la «Marianne» en 1714, habían tocado en el Archipiélago, que se llamó de «Islas Nuevas» («Illes Nouvelles»), y tocando después en las islas que precisamente por el lugar de origen de tan esforzados navegantes se denominarían «*Malouines*» o «*Malvinas*», en español. Pero la verdadera colonización del Archipiélago —como dice HIDALGO, pág. 2— la emprende Louis Antonio de BOUGAINVILLE, «hombre de vida brillante y varia, Secretario de Embajada en Londres, Edecán de Choiseul» «Ministro de Marina de Luis XV de Francia», «rico, distinguido y de noble familia. Autor de un libro de matemáticas, capitán de dragones en el Canadá y en Alemania, caballero de San Luis, Capitán de Fragata y Coronel de Infantería. Su vida —ochenta y cinco años al servicio ferviente de su Patria— es una larga novela aventurera, llena de múltiples ejemplos aleccionadores...».

La expedición al mando de Bougainville —goleta «L'Aigle» y corbeta «Sphinx»— partió de Saint-Malo el 15 de septiembre de 1763, llegando a las «Sebaldes», al extremo NO. de las Malvinas, el 31 de enero de 1764, fondeando el 2 de febrero siguiente en la que se llamó «Bahía Francesa» (llamada después, por los ingleses, «*Berkeley Sound*» y, por los españoles y argentinos, «*Puerto Anunciación*»), en la Isla Soledad o Malvina del Este, y erigiendo un pequeño fuerte y una colonia en dicho Puerto Anunciación, que se denominó «*Port Louis*» en honor de Su Majestad Cristianísima Luis XV de Francia, en cuyo nombre tomó posesión de las islas, levantando un pequeño obelisco en el que, junto al rostro, en efígie, de dicho Monarca, se grabó una dedicatoria con el lema «*Tibi serviat ultima Thulé*» y fecha 2 de febrero de 1764, las coordenadas geográficas y los nombres del jefe de expedición (¡que ya para entonces había ascendido a Capitán de Navío!) y demás acompañantes (5).

(5) He podido consultar directamente, pues se encuentra en la Biblioteca Central del Cuartel General de la Armada, una curiosa obra, en dos volúmenes, escrita por el dominico alemán Pernetty, Abad de Burgel y Bibliotecario del Rey de Prusia, titulada «*Histoire d'un Voyage aux Illes Malouines, Fait en 1763 et 1764; avec les observations sur le Detroit de Magellan*», París, 1770. «Aunque somos pequeños emprendemos grandes empresas», ésta era la traducción de las palabras «con amour tenues grandira», que, asimismo figuraban como exergo en el obelisco alzado como símbolo del establecimiento de la pequeña colonia.

También es interesante la breve descripción que hace de las Malvinas Charles R. DARWIN, el famoso naturalista que durante cinco años viajó en el «*Beagle*», del Capitán Fitz-Roy, jefe de la expedición que dio la vuelta al mundo, zarpando de Davenport el 27 de diciembre de 1831. Sin embargo, lo principal del capítulo que dedica a las Malvinas, es la referencia a la zoología malvinésica. «*Viaje de un naturalista alrededor del mundo*», Madrid, 1982.

Bougainville regresó a Francia para ofrecer un fiel relato de su expedición, pero hizo a las *Malvinas* dos viajes más, en 1765 y 1766, consolidando el establecimiento y subsiguiente colonización.

Un año después, el Comodoro inglés Byron (abuelo del célebre poeta), al mando de la fragata «*Dolphin*», viajó a las Malvinas, desembarcando en el «*Port de la Croisade*» de los franceses, que él denominó «*Port Egmont*», y tomó posesión simbólica del Archipiélago en nombre de Su Majestad británica Jorge III, pero no fundó colonia alguna ni dejó tampoco habitantes. Tal Puerto se encontraba en la isla que los españoles denominaron «*Trinidad*» y los ingleses «*Saunders*», en la Gran Malvina (Malvina del Oeste). Fue en 1766 cuando en «*Puerto Egmont*» se estableció una pequeña estación naval, bajo el mando del Capitán John Mac Bride, Comandante de la fragata de guerra «*Jasón*» (6).

Hasta aquí el recorrido histórico-toponímico de las expediciones a las Malvinas, que tantas especulaciones han brindado a los autores que desean encontrar la primacía del descubrimiento. Pasemos ahora a considerar los razonamientos jurídicos en que pudieran apoyarse las demandas de soberanía territorial.

2. Los argumentos jurídicos.

Los juristas internacionales, con el viejo precedente doctrinal del Derecho privado romano, estudian los diferentes modos de establecer unas determinadas competencias territoriales que equivalen a las múltiples maneras de adquirir un dominio o de implantar una soberanía. Es decir, ese conjunto de poderes jurídicos reconocidos a un Estado para posibilitar el ejercicio en un espacio determinado de las funciones que le sean propias, es decir, «para que realicen actos destinados a producir efectos jurídicos (actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales)» (7).

En el supuesto de las Malvinas, la tesis del descubrimiento, esgrimida por unos y otros, puede ser interesante, pero a los ojos de los españoles, de cuya legitimidad de origen van a derivarse los títulos argentinos, es irrelevante, ya que los derechos de España arrancan de una atribución pontificia anterior y superior al descubrimiento. Me refiero a la famosísima bula «*Inter coetera divini majestati beneplacito*» (8) del Papa Alejandro VI, dada en Roma el 3 de mayo de 1493, por la que se otorgaba a los Reyes Católicos, Isabel y Fernando, y a sus sucesores

(6) También se conoce con el nombre de «*Port Jason*» al citado «*Port Egmont*», así como recibieron igual denominación las islas «*Sebaldinas*», y un canal entre la Gran Malvina y las Islas Alicann.

(7) Charles ROUSSAOU: «*Droit International Public*», Paris, 1977, tome III, p. 9.

(8) Archivo General de Indias, Patronato Real, legajo 1, documento 1, y publicada por numerosos autores, entre los que destaca Juan MANZANO: «*El derecho de la Corona de Castilla al descubrimiento y conquista de las Indias de Poniente*», en *Rev. de Indias*, año III, núm. 9, Madrid, julio-septiembre 1942.

todo lo que se conquistase en las Indias, no estando ocupado por otros, trazando sobre el Mar Tenebroso, de Polo a Polo, una línea de demarcación, a 100 leguas de Cabo Verde, atribuyendo a Portugal, en bloque, las tierras descubiertas o por descubrir al Este (Africa y Asia) y a España las del lado del Occidente (América y parte oriental del Pacífico). La interpretación de las Bulas Pontificias, como concesivas de soberanía territorial, persistió en el siglo XVI, por el carácter de superior jerárquico que tenía el Romano Pontífice en el orden espiritual respecto a los Estados católicos europeos como una consecuencia de la vocación universal de la Iglesia. Se ha aludido también que los Papas romanos tenían una soberanía especial sobre todas las islas del globo en virtud de una pretendida donación del Emperador Constantino. Jurídicamente, tales Bulas pontificales eran atributivas, pero no confirmadoras, de soberanía, que debería ser seguida de una ocupación real, aun con el subsiguiente establecimiento de una zona de influencia no sólo para la propagación de la fe católica, sino dotada de una verdadera competencia jurídica. Era lógico que los terceros Estados, singularmente Inglaterra, Francia y los Países Bajos, vieran con malos ojos tales Bulas y, aun arrojando la sanción de una excomunión a quien no la respetase, la Reforma protestante terminó por contestar a la autoridad pontificia. Por eso, a partir de Grocio y de otros iusnaturalistas de los siglos XVI y XVII, va a configurarse como principio dominante de la adquisición de la soberanía sobre tierras nuevas el de la «*occupatio*», esto es, la *ocupación*, que debiera ser una consecuencia del *descubrimiento*.

En realidad, el descubrimiento no ha sido, por sí solo, título suficiente para conferir la plena soberanía. Esta interpretación fue rechazada por Francisco DE VITORIA (9) y por GROCIO en su famoso «*Mare Liberum*» (10). Charles ROSSEAU (11) presenta una serie de interrogantes que hacen difícil precisar la propia noción del descubrimiento: ¿Basta avistar la tierra nueva? ¿Es necesario desembarcar en ella? ¿Son susceptibles de descubrimiento los espacios marítimos? Los descubrimientos invocados, como hemos visto, por los distintos navegantes se limitaban a avistar las Malvinas, a distancia, sin tomar tierra en ellas.

Para perfeccionar la *ocupación*, subsiguiente al descubrimiento, se necesita una serie de requisitos o condicionamientos, arrancados del Derecho romano y posteriormente, ya en el siglo XIX, del moderno Derecho internacional positivo, y éstos son, por orden de prioridad, el que se trate de una «*res nullius*», de un territorio de nadie, es decir, que no pertenezca, todavía, a ningún otro Estado, y que esa «*cosa*» o territorio se llegue a hacer una toma de posesión efectiva, elementos

(9) En su célebre «*Relectio de India recentior Inventis*», capítulo II, 7; pasajes glosados por mi Maestro el Dr. Camilo BARCIA TRELLES: «Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international», «*Académie du Droit International*», La Haya, Recueil des Cours, 1927, II, núm. 17, París, 1928, páginas 109 a 342.

(10) Op. cit., capítulo II, en la versión española editada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

(11) Op. cit., págs. 161 y 162.

psicológico y real, el «animus» o intención de poseer, y el «corpus», o la materialización o corporeización de aquella voluntad, la «possessio in corpore». Fácil será, es indudable, tener intención o ánimo de poseer; más difícil, sin embargo, realizar esa voluntad, y, por otra parte, será necesario aportar un último elemento, el de la «publicitas», la publicidad, por vía diplomática, en los tiempos modernos con sus fabulosos medios de difusión, por si hubiera un tercer Estado que pudiera presentar alguna objeción que amparase su pretendido mejor derecho.

Con objeto de ultimar adecuadamente este apartado de los argumentos jurídicos digamos que, no obstante ese cómodo recurso de acudir al viejo Derecho romano, entraña la confusión de identificar la propiedad y la soberanía, la «propietas» y el «imperium», nociones que se hallan separadas por irreductibles barreras, ya que la primera implica la función de efectuar actos materiales (uso, percepción de frutos, acondicionamiento, transformación, destrucción), y la segunda, la facultad de realizar actos jurídicos (ejercicio de las funciones estatales) (12).

Aun admitiendo la tesis del descubrimiento de las Malvinas, bien por los holandeses o por los ingleses, no tendrían validez jurídica, porque sus expediciones no tenían como misión la de ocupar efectivamente tales islas, consecuencia del descubrimiento. La ocupación de Bougainville, en nombre del Rey de Francia, sí fue real y efectiva, aunque el establecimiento de una soberanía fuese precaria y se partiera del hecho indubitable de que, en cada ocasión, las Malvinas estuviesen *deshabitadas*, que fuesen «*nullius*», o sea, de nadie, o que si hubieran tenido algún Señor, éste las hubiera derrelinquido o abandonado.

España, por medio de su Ministro Jerónimo Grimaldi, Marqués de Grimaldi, reclamó ante la corte francesa de Luis XV su mejor derecho sobre las Malvinas, y el Ministro de Marina francés César Gabriel de Choiseul, Duque de Praslin, llamó a Bougainville a discutir en la corte con el embajador español, el Conde de Fuentes. La tesis española era la de no renunciar a su derecho de soberanía sobre las Malvinas, aunque reconociese, de buen grado, que las expediciones de Bougainville y el asentamiento en las islas de los colonos franceses habían originado algún gasto que debería ser reembolsado. Como argumentos jurídicos, el Gobierno de Madrid alegaba frente al de París lo dispuesto en el Pacto de Familia de 15 de agosto de 1761, en cuyo artículo 6.º se estipulaba que Francia y España se garantizaban mutuamente «*todos los Estados, países, islas y plazas, y toda suerte de posesiones, sea cual fuere su situación, sin reserva ni excepción*». Y al propio tiempo aducía España, como otro fundamento jurídico a su demanda, el principio de la contigüidad o proximidad existente entre las costas patagónicas y fueguinas con el Archipiélago malvino. La tesis francesa fue de total reconocimiento de los derechos españoles y de su reclamación, reafir-

(12) En la misma línea se manifiestan los internacionalistas actuales más consagrados y aceptados, cuya nómima no creemos oportuno citar con detalle aquí.

mando así el argumento decisivo en el litigio, cual era el de la continuidad de la soberanía española, pese a que los expedicionarios de Bougainville, iniciadas a su costa y aunque se hubiese invocado, al final, el Rey Cristianísimo Luis XV, en cuyo nombre se había formalizado el asentamiento, lo cierto fue que el 1.º de abril de 1767, según refiere el propio Bougainville (13), se reconoció tal derecho a España sobre las Malvinas y, pese a que por «un principio de derecho político conocido de todo el mundo» —como él mismo decía— no se debía reembolso alguno de gastos, nuestro Tesorero extraordinario en París, don Francisco Ventura de Llovera, el 14 de octubre de 1766, abonó a Bougainville la suma de 618.008 libras, a título de indemnización.

España designó a don Felipe Ruiz Puente (14), Capitán de Navío, destinado a la sazón en el Departamento de El Ferrol, como primer Gobernador de las islas Malvinas, bajo la dependencia del Gobernador y Capitán General de la provincia de Buenos Aires, don Francisco de Paula Bucarelli y Ursúa.

Hago gracia a nuestros lectores de las interesantes jornadas que siguen desde que el 17 de octubre de 1766 zarpan del puerto ferrolano las fragatas «Liebre» y «Esmeralda», así como las urcas «Peregrina» y «Bizarra», y las saetias «Santo Cristo del Calvario» y «Nuestra Señora de los Remedios», que formaban convoy, al mando del citado Jefe, hasta que llegaron, el 24 de marzo del año siguiente, vispera de la Anunciación, a lo que se llamó «Port Louis» (por Bougainville) y desde entonces se llamaría «Puerto de la Anunciación», ni menciono todo lo referente a la toma de posesión y subsiguiente asentamiento de las Malvinas, pues desbordaría los límites del presente estudio, que, por otra parte, como ya hemos señalado, se detalla, con probidad científica indudable, en la excelente obra del doctor HIDALGO NIETO y con menos extensión, pero no por ello inferior calidad, en la obrita del doctor BARCIA TRELLES, antes citadas.

Desde el día 2 de abril de 1767, en que España tomó solemne posesión de las Malvinas, hasta la fecha —9 de julio de 1816— en que el Virreinato de Buenos Aires se declaró independiente, con el nombre de Provincias Unidas del Río de la Plata, nuestra Patria fue soberana de las Malvinas, aunque evidentemente pasó por muchos trances dolorosos y vivió un largo contencioso con Inglaterra, que tampoco vamos a recordar aquí por las mismas consideraciones antes apuntadas y que otro estudioso del tema malvinés, el doctor Octavio GIL MUNILLA (15), ha presentado todo el proceso de negociaciones diplomáticas entre España

(13) En su obra «Voyage autour du monde», París, 1771, pág. 46.

(14) Cuyo retrato, de pintor anónimo, puede verse en nuestro Museo Naval, realizado bastantes años después de su gobierno en las Malvinas, cuando desempeñaba el cargo de Intendente General del Departamento Marítimo de Cádiz. En la cartela, bajo su escudo nobiliario, se consigna que fue Caballero de Santiago y de Alcántara.

(15) Con el título «Malvinas. El conflicto anglo-español 1770», Sevilla, 1948, Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispánicos, «Anuario de Estudios Americanos», tomo IV, un volumen, 154 págs.

e Inglaterra, con claudicaciones y defecciones pasajeras hasta la culminación de la evacuación británica. Pero, aunque no pretendamos ser más expresivos, no quisiera dejar sin apuntar unos datos que considero de mucho interés comparativo con los incidentes actuales.

Recojo el hilo de nuestro desmadejado relato cuando el navegante inglés John Byron, en 1765, desembarcó en el «Port de la Croisade» —que él bautizó «Port Egmont», en homenaje al Primer Lord del Almirantazgo que había auspiciado su expedición—, pero que en seguida abandonó, para citar seguidamente la expedición del, también inglés, Capitán John Mac Bride, 1766, quien fue, en efecto, el primero que estableció un asentamiento británico en las Malvinas, simultáneamente con la instalación francesa de Bougainville.

El Gobernador Bucarelli envió, desde Buenos Aires, una expedición naval, con tropas al mando del General de la Armada don Juan Ignacio Madariaga, como Jefe de la Escuadra del Río de la Plata, para que, desde Cádiz, se dirigiese a Buenos Aires rápidamente, «para tratar de asuntos del servicio, dejando dadas las órdenes para que las fragatas de su mando se pongan luego en estado de practicar lo que se les mande...» y, como entonces se decía, para conseguir el «desalojo» de los ingleses de Puerto Egmont, tarea larga y enojosa que requiere otra expedición, la del Capitán de Fragata don Fernando Rubalcaba, Comandante de las embarcaciones del Rey «Santa Cathalinà», «Andaluz» y «San Francisco de Paula».

Las islas Malvinas, comprendidas, como antes señalábamos, según la bula «Inter coetera», en la zona asignada a España por la línea de demarcación y dentro de la misma zona, en su posterior rectificación —«Meridiano de Tordesillas», como se llamó en 1494—, estaban total y definitivamente incluidas entre las tierras «descubiertas o por descubrir» pertenecientes a la Corona de España. Y este incontestable derecho, reconocido, como vimos, por los franceses, que las evacuaron, es aceptado, a regañadientes, por los ingleses, que alegaban (¡y siguen alegando en 1982!) el derecho del descubrimiento y la real efectiva posesión de las islas. A este respecto son altamente instructivas las palabras que en *inglés* va a escribir Julius GOEBEL, jr., en su libro tan interesante y desapasionado, ya citado, «*The struggle for the Falkland Islands*» (16) y que seguidamente traducimos..., «de cuanto dejamos expuesto resulta incuestionable que, al comenzar el año 1770, los británicos se encontraban instalados en las Malvinas sin la menor sombra de derecho, y lo por ellos realizado constituía una pura agresión, implicando no tan sólo la denegación de validez de la ocupación realizada precedentemente por otra nación, sino al propio tiempo la repudiación de una solemne cláusula contractual que había tenido vigencia por espacio de medio siglo. Este era el punto de vista de los españoles y abrigan la convicción que les había inferido una injuria y por ello proce-

(16) Vid. op. cit., pág. 270.

dieron a afirmar su mejor derecho». La cita ha sido extensa, pero estimamos que valía la pena.

Pero ya expusimos anteriormente que este estudio no pretende ser el análisis pormenorizado de alegatos y contraalegatos, de súplicas y dúplicas, porque sólo hemos deseado hacer un enfoque histórico de la cuestión que ahora se debate y amenaza la paz del mundo.

España, entre los años 1774 y 1811, ejerció su soberanía en las islas Malvinas y sucesivamente fue nombrando Gobernadores de las mismas, bajo la dependencia habitual de Buenos Aires, a Gil, Caraza, Figueras, Clairac, Elizalde, Sanguineto, Villegas y Martínez. En el indicado año de 1774, cuando los ingleses, tras denonados esfuerzos diplomáticos, abandonan Puerto Egmont, dejan, a modo de símbolo, una placa de plomo con la siguiente inscripción: «Que sea conocido por todas las naciones que las Islas Fakland, con sus fuertes, almacenes, diques, obras, bahías y ensenadas de ellas dependientes, pertenecen por derecho y propiedad a su Muy Sagrada Majestad Jorge III. En prueba de la cual se coloca esta placa y los pabellones de S. M. desplegados y enarbolados, como una marca de posesión, por S. W. Clayton, oficial comandante de las Islas Fakland, el 22 de mayo de 1774».

Parece paradójico e incongruente la declaración contenida en dicha placa; por un lado, es signo evidente de que a los evacuadores de Port Egmont no tienen un «animus dereliquendi»; por otro, declaran que la pertenencia sigue en manos de su soberano...

La tal placa fue retirada por los españoles al año siguiente, llevándola a Buenos Aires, donde la retomaron los ingleses y la remitieron a Londres cuando la invasión de 1806.

Por último, aún no terminada la guerra de independencia argentina contra España, Argentina ocupó Puerto Soledad, en la Malvina del Este, y el Comandante de la fragata «Heroína», bajo pabellón argentino, David Jewitt, tomaba posesión de dicho puerto el 6 de noviembre de 1820, asumiendo el mando del Archipiélago. Confirmada la independencia de Argentina —Provincias Unidas del Río de la Plata—, de hecho y de derecho las Islas Malvinas dejaban de pertenecer a la soberanía española y pasaban a la argentina.

3. Los títulos argentinos.

Es lógico que, de entrada, afirmemos que, al independizarse Argentina de España, recibió de ésta los títulos que hasta entonces habían sido invocados por nuestra Patria, y entre los títulos recibidos se mencionan la donación hecha por la bula papal del 4 de mayo de 1493, el Tratado de Tordesillas, del año siguiente, suscrito entre España y Portugal; el descubrimiento, la sucesión en los derechos de Francia, con la evacua-

ción de Bougainville, y el abandono inglés, e incluso se incorpora otro título convencional, el derivado del Tratado de «Nootka Sound» o de San Lorenzo el Real, firmado entre España e Inglaterra el 25 de octubre de 1790, por el que Inglaterra se comprometía a no hacer ningún establecimiento al Sur de las costas ya ocupadas por España, lo que significaba que no podía hacer ninguna toma de posesión territorial en las Malvinas (17). A fuer de ser sincero, haciendo gala de una insuperable honestidad dialéctica, tendríamos que reconocer que el título de la donación pontificia —«el criticado testamento de Adán»—, a los ojos de Inglaterra, no puede esgrimirse por ingenuo e inaplicable, dada su adscripción a las ideas anglicanas; el Tratado de Tordesillas tampoco tendría validez porque Inglaterra no le había prestado su adhesión, si bien en él se fijaba una zona de influencia española que comprendía las Malvinas, por supuesto, y que muchos Estados europeos la respetaron, por lo menos en el escaso número que entonces componía la comunidad internacional. Los títulos derivados de las evacuaciones francesa e inglesa son, desde luego, relevantes y también el del Tratado de «Nootka Sound».

Los títulos formados a partir de la independencia argentina, en primer lugar, se basan en el principio del «uti possidetis iuris», formulado por Gayo en su «Instituta»; en la expresión más amplia del «uti nunc possidetis, quominis ita possiditis, ita possideatis», *como poseéis, continuad poseyendo*, según el cual, desde 1810, se incorporó al derecho hispanoamericano como el fiel respeto a los límites de las antiguas Capitanías Generales, Virreinos, Audiencias, etc. Y es claro que, en virtud de dicho principio y según la norma de la costumbre internacional que se conoce con el nombre de sucesión de Estados, una región que se independiza lleva consigo el territorio que le había otorgado la madre patria y que de hecho se encuentra bajo su poder, y así las Malvinas españolas las hereda Argentina y pasan al Virreinato de las Provincias Unidas del Río de la Plata, sobre cuya base se constituyó la actual República Argentina.

Al Comandante de la fragata «Heroína», David Jewitt, antiguo corsario al servicio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, le sustituye en la gobernación de las Malvinas Pablo Areguaty (en algunos escritos se le llama Pablo Arestegui y en otros Pablo Arostegui) en 1823, y a éste, Luis Vernet (1829); por último, antes de la nueva usurpación británica, a Juan Esteban Mestivier en 1832. Pero antes de analizar el despojo inglés, llevado a cabo por la fragata «Elio» el 3 de enero de 1833, de la que luego hablaremos, hagamos unas consideraciones más acerca de una nueva afrenta sufrida por los argentinos que se conoce con el nombre de «controversia del "Lexington" entre los Estados Unidos y Argentina».

(17) En el artículo IV de la citada Convención se dispuso que «no formarán en lo venidero ningún establecimiento en las partes de estas costas situadas al sur de las partes de las mismas costas y de las islas adyacentes ya ocupadas por España».

4. El Decreto argentino de 10 de junio de 1829.

En tal fecha, que va ser denominada como «Día de las Malvinas», rememorando un Decreto argentino que va a fijar un estatuto político y militar en el Archipiélago, se contiene la raíz del mencionado incidente con los Estados Unidos y mediatamente, con la usurpación inglesa del 3 de enero de 1833.

En el referido Decreto, dictado por el Gobernador de Buenos Aires Martín Rodríguez, como Encargado de las Relaciones Exteriores de la Confederación argentina, se dice textualmente: «Cuando por la gloriosa revolución del 25 de mayo de 1810, se separaron estas Provincias de la dominación de la Metrópoli, España tenía una posesión material de las islas Malvinas y de todas las demás que rodean el Cabo de Hornos, incluso la que se conoce bajo la denominación de Tierra de Fuego, hallándose justificada aquella posesión por el derecho del primer ocupante, por el consentimiento de las principales potencias marítimas de Europa y por la adyacencia de estas islas al continente que formaba el Virreinato de Buenos Aires, de cuyo Gobierno dependían. Por esta razón, habiendo entrado el Gobierno de la República en la sucesión de todos los derechos que tenía sobre estas provincias la antigua Metrópoli y de que gozaban sus Virreyes, ha seguido ejerciendo actos de dominio en dichas islas, sus puertos y costas, a pesar de que las circunstancias no han permitido hasta ahora dar a aquella parte del territorio de la República la atención y cuidado que su importancia exige; pero siendo necesario no demorar por más tiempo las medidas que puedan poner a cubierto los derechos de la República, haciéndola al mismo tiempo gozar de las ventajas que pueden dar los productos de aquellas islas y asegurando la protección de vida a su población, el Gobierno ha acordado y decreta: *Artículo 1.º* Las Islas Malvinas y las adyacentes al Cabo de Hornos, en el mar Atlántico, serán regidas por un Comandante político y militar nombrado inmediatamente por el Gobierno de la República. *Artículo 2.º* La residencia del Comandante político y militar será en la isla de la Soledad, y en ella se establecerá una batería bajo el pabellón de la República. *Artículo 3.º* El Comandante político y militar hará observar por la población de dichas islas las leyes de la República y cuidará en sus costas de la ejecución de los reglamentos sobre pesca de anfibios».

La cita ha sido larga, pero, como en anterior ocasión, necesaria, porque fue el detonante de la protesta británica y de sus sedicentes derechos de soberanía, «hasta ahora ejercidos por la corona de la Gran Bretaña», proclamados por el representante inglés en Buenos Aires Mr. Woodbine Parish.

En virtud de tal Decreto se nombró Comandante político y militar a Luis Vernet, quien fijó su residencia en *Puerto Luis* o *Soledad* (en la Malvina del Este), donde ya estaba establecido, desde el año anterior,

por tener un título de propiedad sobre la isla mencionada de Soledad, amén de una concesión de pesca, en virtud de un Decreto del Gobierno argentino de 5 de enero de 1828. Con semejantes credenciales, Vernet notificó a los tripulantes de las embarcaciones que arribaban a aquellas islas, «que debían abstenerse de pescar y cazar lobos marinos en sus costas, y de cazar o matar ganado en la Malvina oriental, haciéndolos saber que si incurrían en esas infracciones a las leyes de la República Argentina, que así lo disponían, se exponían a que sus barcos fueran aprehendidos por los buques de guerra argentinos. Y así, dando cumplimiento a lo ordenado, Vernet aprehendió, en agosto de 1831, tres barcos norteamericanos: «Harriet», «Breakwater» y «Superior», goletas que se dedicaban, haciendo caso omiso de la prohibición decretada por el Gobernador Vernet, a la caza de lobos marinos. No obstante la detención, la «Breakwater» pudo fugarse de las aguas malvinas, reconociendo los Capitanes de las otras dos goletas la infracción cometida y conviniendo con Vernet, mediante acuerdo escrito, que la «Superior» quedaría en libertad, mientras que la «Harriet» se dirigiría a Buenos Aires, conduciendo a Vernet, a bordo para someterse al juicio correspondiente (18). Pero los hechos tuvieron unos resultados totalmente diferentes, ya que el Capitán norteamericano de la goleta «Harriet» se presentó ante su Cónsul, George W. Glacum, quien se dirigió al Gobierno argentino, desconociendo su derecho a reglamentar la caza y pesca en las Malvinas y exigiendo la devolución de la goleta *aprehendida* (19) y de su carga. El Gobierno de Buenos Aires, como era de esperar, rechazó la propuesta de Glacum, que, además, era Cónsul y no tenía la condición de agente diplomático. Pero en esos días llegó a Buenos Aires un buque de guerra norteamericano, el «Lexington», a cuyo Comandante, Silas Duncam, contó el Cónsul Glacum su malestar...

Ni corto ni perezoso, Duncan se dirigió al Ministro de Relaciones Exteriores argentino, exigiendo la entrega de Vernet para que fuese juzgado por los delitos de piratería y robo y castigado por las leyes argentinas, y si así no fuese —como los delitos contra el derecho de gentes pueden ser reprimidos por quienes estén perjudicados— pedía que fuera conducido a los Estados Unidos para ser allí juzgado... Pero las curiosas contradicciones de la vida hicieron que el propio Comandante Silas Duncan, al arribar Puerto Soledad, a donde Hegó el 28 de diciembre de 1831, arrió su propio pabellón norteamericano, arbolando la bandera francesa y, haciendo la señal de pedir práctico, desembarcó por sorpresa, inutilizó los cañones, quemó toda la pólvora, se apoderó de todas las armas, se apropió de todas las pieles de los lobos marinos, saqueó las casas y arrestó a casi todos los habitantes... Finalmente detuvo al lugarteniente de Vernet, Mateo Brisbane, y a seis súbditos argentinos

(18) En parecidos términos relatan este incidente, tanto BARCIA TRELLES, op. cit., págs. 70 a 76, y SABATE LICHSTEIN, op. cit., págs. 236 a 242. También, como una minúscula referencia al hecho, vid. MORENO QUINTANA: «Tratado de Derecho Internacional», Buenos Aires, 1963, vol. II, pág. 182.

(19) Deseo hacer una precisión terminológica: en tiempo de paz no puede decirse «apresada», aunque muchos autores lo hagan.

más, conduciéndolos, con grilletes, a bordo de la «Lexington», a quienes, por fin, liberó en Montevideo.

El Gobierno argentino protestó por tal ultraje ante el de Washington, a través del Encargado de Negocios norteamericano Francis Baylies, que había llegado a Buenos Aires para reclamar por la conducta de Vernet. El Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina era Manuel Vicente Maza; el Embajador argentino ante el Gobierno de Washington era el General Carlos Alvear, y el Secretario de Estado norteamericano, Daniel Webster, que ya había tenido ocasión de expresar nítidamente su pensamiento de intervenir en el debate parlamentario con ocasión del Mensaje presidencial de Adams el 15 de marzo de 1826, en el que se delineaba la política de los Estados Unidos y que en su Nota posterior (4 de diciembre de 1841), réplica a las protestas reiteradas por Alvear, se le negaba personalidad al Gobierno de Buenos Aires para reclamar por los actos de la «Lexington» en aguas de las Malvinas, curiosa y cínica doctrina, ya que para entonces —desde 1833— se habían ocupado fraudulentamente las Malvinas por Inglaterra, tergiversando y desmintiendo los principios contenidos en lo que se denominaba la *doctrina de Monroe*, según la cual «no deben, en lo sucesivo, ser considerados como susceptibles de colonización por parte de ninguna de las Potencias europeas» los territorios del continente americano (20).

Una larga tramitación diplomática sigue a este triste episodio, durante el cual es evidente que el Gobierno estadounidense —tercero en la cuestión— llega a sostener el mejor derecho del Reino Unido, salvo las Malvinas. Las reclamaciones argentinas se sucedieron, año tras año y así hasta 1885, en que Argentina comenzó a silenciar diplomáticamente el asunto, e incluso se dio la paradoja de que al Presidente yanqui, Cleveland, que había llamado a las islas Malvinas «colonia de piratas» y a la protesta argentina completamente infundada, se le nombró, por parte argentina, árbitro en el «diferendo» que se sostenía a la sazón con el Brasil sobre el caso de las Misiones orientales, igualmente que, en 1896, se eligió al Monarca inglés como árbitro en el «caso» de la cordillera de los Andes y volvió a ser elegido en 1902 en todas las controversias con Chile... Y... no añadimos nada más respecto a la incipiente y fracasada mediación del Secretario de Estado norteamericano Mr. Haig en el actual conflicto de las Malvinas.

5. El inicio de la controversia con Inglaterra en las Malvinas.

Los hechos —que desde el pasado 2 de abril se han recordado por todos los medios de difusión, aunque, como es lógico, a través de ópticas distintas— fueron los siguientes:

(20) Párrafo 7 del Mensaje de Monroe, leído el 2 de diciembre de 1823. «América para los americanos» suele ser la síntesis de la doctrina monroviense y, aunque en el árbol de la política de los Estados Unidos haya habido siempre una raíz aislacionista, sólo ha sido en apariencia... En 1982 estamos asistiendo a un profundo mentís a tal doctrina...

El Gobierno inglés, persuadido de que tras del incidente del «Le-xington» y sus consecuencias, al que por razones de brevedad expo-sitora no mencionamos aquí, los Estados Unidos no se opondrían a que se apoderara de las Malvinas, ordenó al Comandante de la Estación Naval inglesa en el Brasil que enviara a dichas islas dos buques de guerra. Dicho Comandante, Almirante Backer, en diciembre de 1832 ordenó que pusieran proa hacia las Faklands (como ya hemos señalado que los ingleses denominaban a las Malvinas) los navíos «Clío» y «Tyne», al mando del Capitán de Fragata J. F. Onslow, llegando a Port Egmont el 20 de dicho mes y año, para reparar algunas de las ruinas del puerto ocasionadas por el desmantelamiento anterior, colocar un aviso de posesión y continuar viaje hasta Puerto Soledad, en donde se encontraba el establecimiento argentino y la goleta armada «Sarandí», de Argentina, que estaba bajo el mando del Comandante José María Pinedo, que acababa de llevar a dicho puerto al nuevo Gobernador de las Malvinas, Juan Esteban Mestivier.

Onslow notificó a Pinedo «que he recibido orden de S. E. el Coman-dante de las fuerzas navales de Su Majestad británica fondeadas en América del Sur para hacer efectivo el derecho de soberanía de Su Ma-jestad británica sobre las islas Fakland, siendo mi intención izar mañana el pabellón de Gran Bretaña en el territorio; os pido tengáis a bien arriar el vuestro y utilizar vuestras fuerzas con todos los objetos perte-necientes a vuestro Gobierno».

La resistencia ante la comunicación inglesa era, a todas luces, inútil. Pinedo, pese a todo, se negó a arriar la bandera argentina, enseña que fue transportada al «Sarandí» por un oficial inglés. Como señala BAR-CIA TRELLES (21), Onslow, «sin duda para no alterar en nada la promi-nente irregularidad jurídica de sus procedimientos, ni siquiera dejó, a guisa de símbolo, una pequeña guardia en Puerto Soledad, confiando la custodia de la Bandera británica al irlandés Dickson.

Tal nefasto día para la Argentina fue el 3 de enero de 1833; poco tiempo después, Inglaterra fundó en la misma isla otro establecimiento, al que llamó Port Stanley, hacia el sur de Puerto Soledad, siendo aban-donado el establecimiento argentino hasta nuestros días, en que ha alcanzado el nuevo nombre de *Puerto Argentino*.

El día 15 siguiente arriba el «Sarandí» a Buenos Aires, donde relata fielmente lo sucedido, para comenzar inmediatamente una larga teoría de protestas de Manuel V. Maza, Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, al Encargado de Negocios británico allí acreditado, M. Ph. G. Gore, aduciendo que el acto de fuerza de la «Clío» afectaba a la digni-dad argentina y, en su consecuencia, exigía explicación y reparaciones; pero Gore contesta, «muy británicamente por cierto, alegando que ca-recía de instrucciones», como sigue diciendo BARCIA (22).

(21) Op. cit., pág. 86.

(22) Op. cit., pág. 86.

Y sigue la letanía de protestas y reclamaciones directamente al Gobierno inglés por medio del Embajador argentino en Londres, Manuel Moreno, quien presenta a Lord Palmerston un extenso Memorial, en el que de manera exhaustiva enfoca el tema del conflicto asentándolo en el tríptico siguiente: prioridad del descubrimiento, ocupación y ejercicio ininterrumpido de la soberanía española, que se engarza con la soberanía argentina hasta que cesó, «de facto», como consecuencia del acto de fuerza de Inglaterra del 3 de enero de 1833.

Lord Aberdeen, en una nueva nota a Moreno que lleva fecha 5 de marzo de 1842, alegaba lo siguiente: «El Gobierno británico no puede reconocer a las Provincias Unidas el derecho de alterar un acuerdo concluido cuarenta años antes (23) entre la Gran Bretaña y España». Pero en esa misma Declaración se señalaba que «el compromiso de S. M. católica de restaurar a S. M. británica en la posesión del puerto y fuerte de Egmont no puede afectar en modo alguno a la cuestión del primordial derecho de la soberanía sobre las Malvinas». Por tanto, siendo incuestionable que la República Argentina sucedía a España en sus derechos, resulta evidente que el problema debiera referirlo Lord Aberdeen a la situación de hecho anterior al 10 de junio de 1770, cuando España ocupaba *Puerto Soledad*, e Inglaterra, *Port Egmont*. Pero es que, como antes precisamos, la historia recogió otro importante documento, el denominado «Nootka Sound Convention», Tratado hispano-británico de 25 de octubre de 1790, en el que se estipulaba que, «en lo concierne a las costas del Este y del Oeste de Sudamérica y en las islas adyacentes, los respectivos súbditos no deben en lo futuro fundar establecimientos en las partes de la costa situadas al Sur de las mismas costas, o en las islas adyacentes ya ocupadas por España». Ahora bien, ¿no ocupaba entonces España las Malvinas, por lo menos Puerto Soledad? ¿Qué sucedió en el intervalo de tiempo que media entre la Declaración de 1771 y el Convenio de Nootka de 1790? Pues, sencillamente, que los ingleses evacuaron Port Egmont el 2 de mayo de 1774 y, como la «Nootka Sound Convention» habla de partes de costa y puertos e islas *adyacentes already occupied by Spain*, es terminante que a las Malvinas alcanzan los efectos de esta última «Convención» en el sentido de reafirmar los derechos de España, reconociéndolo así de manera evidente y explícita Inglaterra.

6. La controversia anglo-argentina en el marco de las Naciones Unidas.

Prácticamente, en casi todos los años de la segunda mitad del siglo XIX, las protestas oficiales argentinas se sucedieron sin interrupción y también en las primeras décadas de la presente centuria. Cuando termina la segunda conflagración mundial y se crea la Organización de Naciones Unidas va a ser ahora cuando, a la luz de su Carta Constitu-

(23) Se refería a la Declaración de 1771, en la que sólo se citaba al Puerto Egmont y no al resto de las Malvinas.

cional, firmada en la Conferencia de San Francisco en 1945, y en el desarrollo de sus sucesivas Asambleas Generales y en las reuniones de sus Consejos, Comités y demás Organismos, enfoquemos el largo pleito malvinés. Son ya más de quince años, estos tres últimos largos lustros, en los que la O.N.U. reconoce el mejor derecho de Argentina sobre las Malvinas, pero sin que Inglaterra haga caso.

El capítulo XI de la Carta, que engloba los artículos 73 y 74, bajo el rótulo de «Declaración relativa a territorios no autónomos», dispone que los miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, tienda en definitiva a la consecución de su independencia y se obligan, además, a transmitir regularmente información sobre ellos al Secretario General de las Naciones Unidas. Hay que precisar que estos llamados territorios no autónomos son las colonias de los vencedores en la II Guerra Mundial o territorios dominados por ellos y que por dicha causa, es decir, por el hecho de la victoria, no fueron sometidos al régimen de *fideicomisos* ni lo fueron antes al de *mandatos* durante la vigencia de la extinguida Sociedad de Naciones, de Ginebra. Como resulta evidente que la Gran Bretaña incluye a las Falkland (Malvinas) en la relación de «Colonias de la Corona» y las considera territorios no autónomos conforme al artículo 73, que hemos resumido, tenía que remitir la aludida información sobre las Malvinas, y ello dio motivo a que la Argentina hiciera una precisa apreciación acerca de sus derechos soberanos sobre las islas Malvinas cuando se discutieron en la IV Comisión de la Asamblea General dicho informe anual sobre territorios no autónomos.

Además la Asamblea General, en su decimoquinto período de sesiones, aprobó, el 14 de diciembre de 1960, la Resolución núm. 1.514 (XV), denominada «Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales», y luego, en 1969, por Resolución número 1.654 (XV) de su siguiente Asamblea General, creó un «comité especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales», compuesto originariamente de 17 miembros y luego de 24, y al que se le suele llamar «Comité Especial», en su nombre abreviado, o «Comité de los Veinticuatro». Pues bien, dicho Comité incluyó a las Malvinas entre los territorios que debían ser objeto de descolonización. Ante los miembros de este Comité, el representante argentino alegó que el caso de las Malvinas no era el de una colonia a la que debería otorgarse la independencia, sino el de un territorio segregado, por la fuerza y la usurpación ilegal, del ámbito soberano de la República argentina, y lo que correspondía era reintegrar a dicho archipiélago a su verdadero dueño. Inglaterra, por el contrario, siguiendo una tesis ya utilizada en otras áreas, alegó que debería consultarse a la población de las Fakland acerca de si querían la independencia o si, por

el contrario, preferían integrarse en la nación argentina (24). Ello plantearía el dilema de que en semejante referéndum sólo podrían votar los pobladores ingleses trasplantados a las Falkland, quienes reemplazaron a los primitivos pobladores argentinos.

Dentro del marco de las Naciones Unidas, u otro marco convencional, se ha establecido un sistema de consulta tendente a desarrollar un gobierno propio en los territorios «fideicometidos», sujetos al «mandato» o «no autónomos», pero nada se dice de que sea aplicable dicho sistema a los territorios segregados por la fuerza de otro país.

En el período de sesiones de la Asamblea General del año 1965, a iniciativa de su Cuarta Comisión y del Comité Especial, se aprobó la Resolución 2.065 (XX), en la que se tomó nota de la existencia de la disputa entre los Gobiernos del Reino Unido y la República Argentina, y les invitaba a proseguir las negociaciones a fin de encontrar una solución pacífica del problema. Es evidente que en la misma se instaba a que se tuviesen en cuenta las anteriores Resoluciones, citando por vez primera, junto a la denominación inglesa de las Falkland, la argentina (y española) de las Malvinas, y a que se tuviese también en cuenta los intereses (¡y no los deseos!) de la población malvinense.

Ciertamente que ambos Gobiernos iniciaron conversaciones tendentes a encontrar una solución, comunicándose así al Secretario General de las Naciones Unidas; pero, aunque de las palabras y de la discusión «sale la luz», como vulgarmente suele decirse, la evidencia es muy otra y lo concerniente al problema de la *soberanía* ha quedado estancada. Algunos pequeños acuerdos relativos a favorecer la situación de los isleños fueron obtenidos, pero el problema fundamental de la soberanía subsistió, y la «buena predisposición argentina y la falta de cooperación británica», como ha señalado el doctor Calixto ARMAS BAREA (25), Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Consular de la Universidad de Rosario y Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación argentina, han sido expresamente reconocidas por la Asamblea General, que agradeció los continuos esfuerzos realizados por los Gobiernos argentinos en sendas Resoluciones de 1973 y 1976. Pero la prolongación indefinida, sin perspectivas de solución, de tales negociaciones fue, sin duda alguna, el desencadenante de la acción argentina del 2 de abril del presente año, con la recuperación «de facto», incruento, de las Malvinas, que fueron «de jure» argentinas desde 1810 hasta nuestros días, pasando por esa fecha fatídica de 1833,

(24) En el libro citado de SABATE, pág. 252, se incorpora una nota muy ilustrativa alusiva a la obra de Ezequiel PEREIRA titulada «Las Islas Malvinas», en donde se señala el hecho progresivo y constante de la discriminación de la población malvinense (2.295 habitantes en 1912 y 2.117 en 1968), de los cuales sólo 1.140 tenían pasaporte que les permitiera emigrar a Gran Bretaña, mientras que el resto estarían sujetos a la Ley Inglesa, que no permite emigrar a Gran Bretaña a quien no sea nativo o no tenga ascendientes —padres o abuelos— nacidos en la Gran Bretaña.

(25) En un artículo periodístico publicado en «La Tribuna», de Rosario, el jueves 8 de abril del corriente año titulado «Nuestra actitud ante el Derecho Internacional», referido, claro es, al conflicto de las Malvinas, agudizado por la acción de las Fuerzas Armadas argentinas el anterior día 2.

en la que la Gran Bretaña las ocupó como consecuencia de un ataque armado injustificado, sin que existiera un estado de guerra, oficialmente declarado, entre Inglaterra y Argentina.

Pero también debemos invocar otro principio con validez universal, cual es el punto 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, en donde se expone que los miembros de la O.N.U., en sus relaciones internacionales, «se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial...», en cuyo texto se basó asimismo la Resolución 2.625 (XXV) de la propia Asamblea General en su 25.º período de sesiones (1970), titulada «Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados», en la que se afirma que: «No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o del uso de la fuerza». La invalidez de las adquisiciones territoriales hechas mediante el uso de la fuerza constituye un caso de «jus cogens», como ha señalado el internacionalista uruguayo Héctor GROS ESPIELL (26) y ya es conocido, como sigue diciendo el citado Profesor y Diplomático; el «jus cogens» es una norma imperativa, reconocida por la Convención de Viena, sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, y que «proyecta sus efectos al pasado y quita toda validez, en este caso, a una ocupación militar y colonialista hecha en el siglo XIX».

En la misma Resolución 2.625 (XXV) que citamos más arriba, se reconoce igualmente otro principio de derecho internacional moderno, cual es el de la libre determinación de los pueblos, que no puede significar, sin embargo, «el quebrantamiento o menoscabo de la integridad territorial de Estados soberanos e independientes».

Al hilo de estas consideraciones, el citado jurista uruguayo manifiesta, en la página 21 de su mencionado estudio sobre el caso de las Malvinas, que sostener la tesis contraria «sería reconocer los efectos de la ilegal ocupación británica, en violación del principio jurídico, de especial trascendencia actual en este tipo de casos, consultado en el aforismo latino «ex injuria jus non oritur» y nada tiene que hacer para caracterizar la situación de las Malvinas el criterio de la efectividad, porque con respecto a los efectos de una ocupación ilegal no puede aceptarse que un hecho de fuerza, en violación de principios esenciales de derecho internacional, puede producir efectos jurídicos y legalizarse así las consecuencias de un hecho inicialmente ilícito».

En páginas anteriores, por nuestra parte, ya invocábamos la injusta y anómala pretensión de alegar el derecho a la libre determinación con una población importada en un territorio arrebatado, por la fuerza, a su legítimo soberano.

(26) «El caso de las Islas Malvinas. Necesarias puntualizaciones», en «Revista Internacional y Diplomática», México, núm. 377, abril 1982, pág. 20.

Claro es que, a fuer de sinceros y de objetivos comentaristas de situaciones de hecho, pudiéramos referirnos —para negar la congruencia de las mismas a la luz del derecho internacional— que, asimismo la Argentina, para recuperar la soberanía «de facto» —que ya tenía «de jure»— sobre las Malvinas, usó igualmente de la fuerza el citado día 2 de abril del presente año, tras una larga teoría de negociaciones inoperantes con la Gran Bretaña desde 1833, de las que hemos creído dar puntual y exhaustiva noticia. «Se ha usado de la fuerza —dice GROS ESPIELL—, es cierto, pero para poner fin a una situación colonial, ilegal y arbitraria». Y no es la primera vez que ello ocurre en la historia de las Naciones Unidas, y basta recordar, como ejemplo nos recuerda el jurista uruguayo, el caso de la recuperación por la India del enclave colonial portugués de Goa.

Y en el marco de las Naciones Unidas, dentro del Consejo de Seguridad, por desgracia siguen las tentativas de buscar, sin éxito, una solución al conflicto.

7. El conflicto ante el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y el Tratado del Atlántico Norte.

El conflicto de las Malvinas, que, como nos temíamos al iniciar el presente estudio, ha degenerado en guerra, merece también un enfoque analítico a través de dos importantes Tratados, cercanos en su fecha de firma (1947 y 1949) y en los cuales figura como Estado parte los Estados Unidos de América.

El primero, conocido, como es ya costumbre, con unas siglas, como T.I.A.R., se suscribió en Río de Janeiro el 2 de septiembre de 1947, en la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, y en su texto (un largo preámbulo y 26 artículos), aparte de condenar formalmente la guerra y de no acudir a la amenaza ni al uso de la fuerza, premisas ya contenidas, como hemos visto, en la anterior Carta de San Francisco, documento fundacional de las Naciones Unidas, se consagra el principio de la asistencia recíproca entre los Estados americanos (27). Como es natural, los que entonces componían la Organización de Estados Americanos figuraban entre sus miembros y aún pertenecen, lógicamente, a dicho Tratado no sólo los Estados Unidos —por otra parte, sede de la Unión Panamericana o Secretaría General de la O.E.A.—, sino Argentina.

El artículo 4 del referido T.I.A.R. define la región en la que tiene el ámbito de su aplicación el Tratado como «la comprendida dentro de los siguientes límites: comenzando en el Polo Norte, desde allí directamente hacia el Sur hasta un punto a 74 grados latitud Norte, 10 grados

(27) Dicho texto puede leerse, íntegramente, en la «colección» de Luis GARCIA ARIAS: «Corpus Iuris Gentium», Zaragoza, 1968, págs. 178 a 181.

longitud Oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 47 grados 30 minutos latitud Norte, 50 grados longitud Oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 35 grados latitud Norte, 60 grados longitud Oeste; desde allí directamente al Sur hasta un punto a 20 grados latitud Norte; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 5 grados latitud Norte, 24 grados longitud Oeste; desde allí directamente al Sur hasta el Polo Sur; desde allí directamente hacia el Norte un punto a 30 grados latitud Sur, 90 grados longitud Oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto en el Ecuador a 97 grados longitud Oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 15 grados latitud Norte, 120 grados longitud Oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 50 grados latitud Norte, 170 grados longitud Oeste; desde allí directamente hacia el Norte hasta un punto a 54 grados latitud Norte; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 65 grados 30 minutos latitud Norte, 168 grados 58 minutos 5 segundos longitud Oeste; desde allí directamente hacia el Norte hasta el Polo Norte». En la larga cita del artículo 4, extraordinariamente confusa y reiterativa, que define la región del T.I.A.R., nos hemos permitido citar una parte que es la que incluye a los archipiélagos de las Malvinas, las islas Georgias y las islas Sandwich, áreas marítimas y terrestres en las que las fuerzas aeronavales del Reino Unido, con tropas transportadas, han penetrado y, sin duda alguna, constituyen un caso de agresión, un ataque armado, de los que se contemplan en los artículos 3 y 9 del referido Tratado.

Es evidente que se deduce una total incongruencia del hecho de que los Estados Unidos, primeramente mediadores o impulsores de una negociación tendente a la paz, no haya respetado el T.I.A.R en el claro supuesto de una solicitud por parte argentina de asistencia recíproca entre miembros del Tratado y ante el hecho de un ataque armado extracontinental (28).

El otro instrumento convencional, también muy famoso (29), es el conocido por el Tratado del Atlántico Norte, firmado en Washington el 4 de abril de 1949 (al que, por cierto, acaba de incorporarse España), en el que vuelven a reproducirse los argumentos esgrimidos en el anterior documento, y en la Carta de las Naciones Unidas sobre el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, la proscripción de los ataques armados, de las amenazas o del empleo de la fuerza, la asistencia mutua e instaurar, en el supuesto de un ataque armado, la acción que se juzgase necesaria.

(28) Como ha recordado Héctor GROS ESPIELL en otro contundente artículo aparecido en la «Revista Internacional y Diplomática», de México, núm. 378, mayo 1962, pág. 9, el T.I.A.R. ha sido objeto de alguna crítica relativa a agresiones intracontinentales, por lo que en el Protocolo firmado en San José de Costa Rica el 26 de julio de 1975 se intentó su reforma, que todavía no ha entrado en vigor.

(29) Máxime en los días que escribimos el presente trabajo, ya que el «Boletín Oficial del Estado» de España correspondiente al 31 de mayo de 1962 publica el instrumento de adhesión de nuestra Patria a la N.A.T.O., en la que desde ahora va a formar parte como miembro de pleno derecho. Asimismo, su texto puede cotejarse en GARCÍA ARIAS, op. cit., págs. 227 a 229.

El área del Tratado, como su mismo nombre indica, al ser del Atlántico Norte, no parece pueda ser de aplicación en el caso que nos ocupa: las islas Malvinas, situadas en el Sur de dicho océano; pero si hemos traído a colación su referencia es por el hecho contradictorio de que los Estados Unidos, como en el T.I.A.R. anterior, es parte (mejor diríamos inspirador) en el Tratado de la O.T.A.N. y fiel aliado del Reino Unido, así como en teoría, por el Tratado de Río de Janeiro, debería ser aliado de Argentina, amén de ser ambos miembros de la O.E.A.

Queda, por último, hacer una alusión, aunque sea, como es lógico, muy breve, a la III Conferencia del Derecho del Mar, celebrada durante los últimos diez años bajo los auspicios de las Naciones Unidas y en la que, por consenso, se ha llegado al acuerdo de establecer una zona económica exclusiva de 200 millas, pero sólo a efectos económicos; pero vemos, con sorpresa, que el Reino Unido ha fijado también esas mismas 200 millas con efectos bélicos...

Y no quisiéramos dar por terminado este apartado de nuestro modesto estudio sin añadir alguna consideración más en torno a la llamada «Doctrina de Monroe», contenida en el famoso «mensaje» dirigido al Congreso del Presidente de los Estados Unidos, James Monroe, formulado el 2 de diciembre de 1823 y al que hemos hecho antes una ligera alusión (30).

Es muy curioso, por no emplear otro calificativo más concluyente, que en el célebre Mensaje de Monroe destacasen los principios de no colonización, de no intervención y, como contrapartida, el de aislamiento, que se condensa en la frase «América para los americanos», que, aunque no se cite una sola vez en dicho Mensaje, es una formidable síntesis reveladora de la doctrina monroviiana. No obstante, a lo largo de los años, tales principios han evolucionado, sobre todo los dos últimos, y ya la raíz aislacionista estadounidense no es tan rotunda.

Confiamos, finalmente, que el «conflicto», mejor dicho, la «guerra» de las Malvinas, termine con la paz y el triunfo de la justicia en ese helado archipiélago, cúspide de la Argentina, plataforma sumergida de los antárticos, que acaso atesore en sus entrañas múltiples recursos mineralógicos que muchos Estados ambicionan...

Madrid, julio de 1982.

(30) La doctrina monroviiana ha sido objeto de multitud de monografías debidas a la pluma de numerosos autores, y no sólo norteamericanos, sino europeos. Sin embargo, yo quisiera referirme a una obra de mi Maestro el Dr. Camilo BARCIA TRELLES: «Doctrina de Monroe y Cooperación Internacional», Madrid, 1939.

La Razón y la Guerra

José Luis Fernández-Flores

General Auditor del Ejército

Catedrático de Derecho Internacional

A Eduardo de No y a José María Rodríguez Devesa, con la vieja y honda amistad del autor.

I

I. La guerra es un producto de la irracionalidad del hombre, una consecuencia del instinto humano, escasamente controlado por la razón.

II. El hombre —en abstracto— es un ser fundamentalmente egoísta, relativamente social y escasamente racional. Por naturaleza, busca en todo su provecho. Por necesidad y conveniencia, se junta con sus semejantes. Ontológicamente, deja frecuentemente prevalecer su instinto sobre su razón.

Lo único que distingue al hombre de las otras especies animales es la posibilidad de razonar, aunque, en la mayoría de los casos, esta posibilidad se quede en eso, en posibilidad, escasamente ejercitada. Lo que el hombre tiene es una potencial racionalidad que, salvo excepciones, se ejercita en un grado mínimo. No de otra forma se pueden interpretar las actitudes humanas, en múltiples campos y particularmente en el de la política, en su más amplio sentido.

No es cuestión de entrar en el porqué de esta realidad humana. Solamente se trata de constatar que ésta es así. No es necesario recurrir a largas especulaciones para demostrar esta afirmación, pues la más superficial observación así lo demuestra.

Del egoísmo y de la sociabilidad, que, como he dicho, son instintivos en el hombre, procede su «natural instinto de agresividad» contra sus semejantes, puesto que con ellos convive y ellos son los que se oponen a la satisfacción de su egoísmo. Por otra parte, el hombre, en cuanto ser potencialmente racional y que, aunque no demasiado, utiliza una parte de su razón —hablando en términos generales—, trata de controlar su agresividad y así, de la lucha entre el instinto y la razón y de la

proporción en que uno u otra prevalezcan, depende el «grado de lucha» en que se encuentran los humanos.

En modo alguno pretende este planteamiento ser cínico ni original; sólo realista. El hombre es un «ser malo» que necesita constantemente de las normas e instituciones que la razón le ha obligado a crear, no importa por qué circunstancia, para «ser bueno» (1). Se olvida con frecuencia, porque la realidad es que la cita pasa de mano en mano, aislada de su general contexto (que casi ninguno de los que la utilizan ha leído), que cuando ARISTOTELES dice que «el hombre es por naturaleza un animal político o social» (2), antes ha dicho que «todas las acciones de la especie humana en su totalidad se hacen con la vista puesta en algo que los hombres creen ser un bien» (3); es decir, que antes que social, si se me permite esta interpretación de los textos, el hombre es egoísta, puesto que, en todas sus acciones busca su bien o lo que cree ser su bien.

Este control que, aunque sea relativo, ejerce la razón sobre el instinto, permite la vida de sociedad del hombre, evitando esa constante «guerra de cada hombre contra cada hombre», a que aludiera HOBBS (4) y que, en términos estrictos, no nos parece tampoco una correcta visión del mundo en que vivimos.

La tentación de recurrir a una interpretación biológica para explicar esta agresividad del hombre, es demasiado fuerte como para que no podamos pasarla por alto. Se ha dicho de muchas maneras y por más de un autor. Así LORENZ (5), partiendo de la previamente constantada agresividad animal, llega a la agresividad del hombre, aunque la considera como un género específico con características peculiares. Por nuestra parte pensamos que, si ciertamente hay posiblemente un origen común en la agresividad del animal y en la del hombre, la equiparación no pasa de aquí, porque la agresividad humana tiene motivaciones diferentes que no permiten una analogía cómoda, al menos. Lo que el hombre estima como «su bien», y que es la raíz de su egoísmo, está, en la mayor parte de los casos, centrado en motivaciones psicológicas —como, por ejemplo, el poder—, que, en sentido estricto no existen en los animales (6).

(1) No es cuestión de entrar aquí en el problema de cómo han llegado a «crearse» y a «formarse» y a «desarrollarse» los valores éticos y, concretamente, el sentido de lo «bueno». Frente a la interpretación trascendente, cristiana, tradicional, está la interpretación immanente y socio-histórica, de la cual en gran parte se ha apoderado el marxismo.

(2) Política, Libro Primero, capítulo 1.

(3) *Ibidem*.

(4) «Leviathan», XIII: «To this war of every man against every man, nothing can be unjust. The notions of right and wrong, of justice and injustice have there no place». Pensamos que esta «pintura» es excesivamente negra, pues los conceptos de justo e injusto no desaparecen en el hombre como tales conceptos, sino que, más simplemente, los interpreta a su conveniencia o prescinde de ellos en determinados momentos para conseguir su conveniencia.

(5) El planteamiento de Konrad LORENZ es muy extenso, en su obra «Das sogenannte Böse, zur Naturgeschichte der Aggression», publicada en 1963.

(6) Según una interpretación corriente, el animal, lo que defiende es «su territorio» con todas sus consecuencias. Este motivo, aunque se da también en el hombre, no es el único ni, actualmente, el habitual. Este problema nos llevaría demasiado lejos, fuera de nuestro intento.

La agresividad específica del hombre, pues, pensamos, le viene de su instinto, pero no de un instinto puramente «animal», sino de un instinto de «animal humano». Si el hombre fuese un ser «absolutamente» racional, es decir, si, teniendo razón, la utilizase totalmente o, al menos, en mayor grado de lo que lo hace, la lucha desaparecería. Lo que ocurre es que la razón, escasamente utilizada, no controla al instinto humano nada más que en una mínima parte, y por eso la lucha entre los hombres se perpetúa a través de los siglos. Esta es, así, a nuestro modo de ver, la naturaleza humana y ésta es la razón de la lucha. ¿Cambiará el hombre en el futuro y llegará a ser más racional?...

III. Si damos un paso más, buscando la relación entre la razón y la guerra, nos encontramos con el mismo problema del hombre, trasladado al grupo social de que forma parte.

La naturaleza del hombre le impele, necesariamente, a la formación del grupo social (7), grupo social que no puede existir sin unas instituciones, producto de la razón, que contengan dentro de ciertos límites su instinto de lucha (8). De este modo, el grupo social, a través de diversos mecanismos, consigue una cierta «unidad» que lo diferencia de los otros grupos sociales y, en cierto modo, lo opone a ellos.

Lo que pasa es que, el grupo social formado por los hombres recibe de éstos sus propias características de instinto y de razón, de agresividad y de control, y en análogas medidas a como se manifiestan en cada hombre. Así, el grupo social recoge una dosis, mayor o menor, pero cierta, de agresividad y también, al propio tiempo, una dosis, mayor o menor, pero también evidente, de razón. Es decir, el grupo social nace con la misma ambivalencia de agresividad y racionalidad de los hombres que lo componen (9).

A nuestro modo de ver, y tenemos que tratarlo porque está en la raíz última del fenómeno de la guerra, la agresividad, el antagonismo entre los grupos sociales humanos, se produce porque son grupos humanos «distintos». Y esto necesita ser matizado. Necesitamos volver nuevamente a la relativa extrapolación biológica para entender el problema según nosotros lo pensamos.

En la agresividad del animal no racional —según creemos—, ésta nace por el hecho de que el animal ve en su congénere simplemente

(7) Volviendo a ARISTOTELES («Política», Libro Primero, Capítulo 1), hallamos dos frases reveladoras a este respecto: por una parte, dice que «toda ciudad-estado existe por naturaleza en la misma medida en que existe naturalmente la primera de las comunidades» y, por otra, añade que «el impulso a formar una comunidad de esta especie está presente en todos los hombres por naturaleza».

(8) La idea se ha expresado por muchos autores y muy distintas formas, aunque todas coincidentes en el fondo: La violencia es una parte de las relaciones humanas y lo que importa es controlarla. FRIEDRICH («Quelques réflexions sur la guerre comme problème de gouvernement», en «La guerre et ses théories», París 1870, p. 113) la recoge, diciendo que: «La force et la violence sont des parties intégrales des relations humaines. Nul ordre politique ne peut exister sans elles; le problème a donc toujours été de les maintenir dans des limites acceptables».

(9) El problema de si la agresividad es una consecuencia de la comunidad o al contrario, también ha suscitado discusiones. Se trata, en definitiva, de saber si la comunidad produce una agresividad respecto a las otras comunidades o si, porque los hombres son agresivos, necesitan reunirse en comunidad para limitar tal agresividad.

al «otro», al otro que le discute o le puede discutir su territorio y lo que esto lleva consigo. Le basta con que sea «otro» (10). En cambio, en la agresividad humana, excepto en casos elementales y extremos, la raíz está en que el «otro» tiene otra «etiqueta», es decir, que el otro es de otra manera, humanamente hablando (11).

Traducida la cuestión al orden de los grupos sociales, la verdad es que los mismos se enfrentan porque son «diferentes» en términos humanos. Cualquiera que sean las consecuencias que pueda producir la victoria de un grupo sobre otro, cualesquiera que sean las «razones» que puedan alegarse para la lucha, lo cierto es que la raíz última de las contiendas entre los grupos humanos está en el «instinto humano del grupo», catalizado en la «diferencia». Y no se podría decir que estas diferencias se han creado artificialmente, porque lo cierto es que surgen «naturalmente» en el plano, justo es matizarlo, de lo humano. En términos muy amplios se puede decir que toda lucha entre grupos humanos es «ideológica», aunque este vocablo, en nuestro tiempo, tenga una connotación mucho más estrecha.

En definitiva, es el instinto humano del grupo el que impulsa a la lucha. Si la razón del grupo lograra imponerse, todas las contiendas podrían ser resueltas sin lucha, en el sentido último de la palabra. Lo que ocurre es que, así como la razón es utilizada sólo en muy escasa medida en el hombre, así es utilizada muy escasamente en el grupo. ¿Llegará algún día en que los grupos humanos puedan ser más razonables?...

IV. En conclusión, según el planteamiento que venimos haciendo, la guerra, en el sentido más lato de la palabra y en su raíz última, es una consecuencia de que el hombre, en particular, y el grupo social, en general, hacen muy escaso uso de la razón.

El fenómeno de la guerra no es, como dice la más célebre de sus definiciones, «la simple continuación de la política con otros medios» (12), sino el desencadenamiento del instinto, encarnado en la fuerza, por la absoluta o irrazonable postura de alguno o de todos los contendientes. La guerra es la fuerza por la falta de razón.

No es el momento de entrar a dilucidar cuál es la dosis de razón que falta ni tampoco si esta dosis falta en uno solo de los contendien-

(10) Como dice POLIN («De l'animalité des guerres idéologiques», en «La guerre et ses théories», París 190, p. 110): «Chez les animaux il faut et il suffit que l'ennemi soit-même et autre, c'est-à-dire de la même race, mais simplement autre que soi. Chez l'homme l'étiquette, le concept abstrait (juif, conservateur, bourgeois...) permet simultanément de considérer l'ennemi quelconque comme précisément ce congénère spécifique, et comme cet ennemi de part en part haïssable».

(11) En esta «etiqueta» se fundamenta la lucha de clases marxista. La etiqueta de «proletario» y la de «burgués» son las bases. En el «Manifiesto del Partido Comunista», MARX y ENGELS dicen que «en ningún momento se olvida este partido de inculcar a los obreros la más clara conciencia del antagonismo hostil que existe entre la burguesía y el proletariado» (Carlos MARX, Federico ENGELS: «Obras escogidas», Instituto de Marxismo-Leninismo, Moscú 1955, tomo I, p. 50).

(12) Me refiero a la definición, más conocida, de K. VON CLAUSEWITZ en su obra «De la guerra» (Título del punto XXIV del Capítulo Primero, Madrid 1978, p. 43). Digo la más conocida porque en la misma obra, también da otras definiciones, como la de que «La guerra es, pues, un acto de fuerza para obligar al contrario al cumplimiento de nuestra voluntad» (Cap. Primero, punto II).

tes o falta en todos —lo que suele ser lo más frecuente—. Simplemente basta constatar el hecho.

I I

I. El desencadenamiento de la guerra es una consecuencia directa de la irracionalidad del hombre, entendida esta irracionalidad en el sentido del escaso uso que el hombre hace de su potencial racionalidad. De la parte de razón que el hombre no utiliza viene la guerra. Y de la parte que utiliza, sus crueldades y su mitigación.

II. La guerra es un fenómeno que siempre ha acompañado a la Humanidad en su ya larga historia, relativamente, sobre este planeta en que vivimos (13). Esto ha permitido a NICHOLSON decir que «la guerra es una de las ocupaciones favoritas de la Humanidad» y añadir que, «a pesar de su frecuencia, la guerra es una actividad que está en desacuerdo con la mayor parte de las restantes actividades humanas, tales como la búsqueda de la salud, del conocimiento, de una vida familiar feliz, etc., que se desarrollan mucho mejor todas ellas en condiciones de paz. La paradoja es evidente» (14).

En realidad, esta paradoja es una consecuencia evidente de que el hombre no utiliza siempre y toda su razón. La utiliza para el desarrollo de su salud y no la utiliza para evitar la guerra. Tal vez la causa de este distinto comportamiento humano reside en que, en el primer caso, la razón y el instinto coinciden en un mismo fin, en tanto que en el segundo están en desacuerdo. De donde resulta que la razón del hombre no encuentra resistencia para su ejercicio en un sentido, mientras que sí la encuentra en otro. Y así se comporta de manera distinta. En la búsqueda de la salud, el hombre persigue intereses comunes, en los que normalmente necesita de la ayuda de sus semejantes. La guerra, en cambio, se produce porque hay pretensiones distintas y opuestas que no pueden satisfacerse al mismo tiempo, al menos de forma absoluta (15).

Centrándonos en el problema de la guerra, y más concretamente en las «razones» que han dado lugar a los conflictos armados, podremos constatar nuestra afirmación de que en el desencadenamiento de todos ellos ha habido una falta de «razón», es decir, una actitud más o menos irracional o irrazonable por parte de alguno de los contendientes o por parte de ambos, o de todos, cuando los conflictos han sido más amplos.

(13) M. BASTID, en su «Droit des gens». Le droit des crises Internationales» (París 1959-60, pp. 3-4), alude a esta realidad, recordando que Atenas, en ciento sesenta y dos años, estuvo ciento veinte en guerra y situación parecida se produce en todos los pueblos y naciones.

(14) NICHOLSON, M.: «Análisis del conflicto». Madrid 1974, p. 13. Esta obra va dirigida más al análisis concreto del conflicto que a la pregunta última de «¿por qué se producen las guerras?».

(15) Valdría recordar aquí la «willensinhelt» de TRIEPEL (expuesta en su «Völkerrecht und Landesrecht», publicada en 1899), frente a un «desacuerdo» de voluntades que no llega a ser una «Willenseinigung» y da lugar a la guerra.

Y esta irracionalidad se muestra tanto en el origen último del conflicto que da lugar a la guerra como, y aún más acusadamente, en la posible solución del mismo. Porque si es cierto que, a veces, los conflictos surgen espontáneamente, no lo es que no puedan resolverse pacíficamente utilizando la razón por ambas partes.

Descartando los estudios más abstrusos sobre el origen de las guerras (16), que no son aptos para nuestro propósito, la realidad es que la mayor parte de los autores coinciden aproximadamente en el señalamiento de causas semejantes. En un sentido muy amplio y poco comprometido, dice OPPENHEIM que «las causas de la guerra residen en el hecho de que el desarrollo de la Humanidad está íntimamente ligado con el desarrollo nacional de los Estados» (17), de modo que, todos las guerras son de unidad e independencia o de engrandecimiento y rivalidad entre las naciones. Y añade, más adelante, que «los políticos y gobiernos no están aún preparados para proceder con objeto de que, igual que dentro de un Estado, existan medios de cambio efectivos... por medio no de la fuerza... Ni están dispuestos a actuar...» de otra forma. Es decir, a lo que no están dispuestos los políticos y los gobiernos, y podríamos decir también que los pueblos, es a actuar razonablemente para resolver los problemas por medios diferentes de la fuerza, al menos en ocasiones extremas.

REUTER, por su parte, después de distinguir entre causas lejanas del conflicto (que solamente pueden ser corregidas por acciones de conjunto y progresivas), causas próximas (que permiten acciones racionales) y causas inmediatas (que pueden ser fortuitas), acaba por reconocer que, «en cierto sentido, hay conflicto porque se desea que lo haya» (18). Apreciación ésta en la que nosotros coincidimos plenamente: el conflicto armado surge porque se desea que lo haya, por una o por ambas partes. Porque, en definitiva, no se desea utilizar la razón para llegar a soluciones razonables, puesto que procedimientos pacíficos de solución existen, incluso en el inorgánico mundo internacional.

La verdad es que si se examinan las razones reales (no las de carácter circunstancial, ni las alegadas formalmente) que han dado lugar a las guerras, fácilmente se percibe que todas ellas habrían podido evitarse, utilizando la razón en vez del instinto.

III. El fenómeno de la guerra, por otra parte, ha sido visto de forma muy distinta en relación con la cuestión de su permanencia en la vida de la humanidad. En otros términos, y en relación con nuestro particular

(16) En este sentido se puede acudir a la obra de RICHARDSON («Arms and Insecurity», London, 190) o a la de MIDLARSKY («On war», London, 1975), por ejemplo. Actualmente, el estudio de los conflictos armados internacionales ha adquirido una enorme proporción en relación a la situación precedente. Son estudios afrontados, no desde el plano histórico, sino desde el científico de las relaciones internacionales.

(17) OPPENHEIM, L.: «Tratado de Derecho internacional público», T. II, V. I, pp. 227-228.

(18) REUTER, P.: «Droit international public», Paris, 1968, pp. 280-281, matiza el párrafo transcrito diciendo que, «une prise de conscience finit par échapper à tout contrôle à partir du moment où elle s'opère par l'intermédiaire d'un phénomène de psychologie collective».

plano, podemos decir que ha sido visto de forma muy diferente en relación con la actuación de la razón del hombre al respecto. Para unos, el fenómeno de la guerra es connatural con la humanidad, de manera que ha existido siempre, existe en la actualidad y existirá mientras vivan los hombres. Para otros, es una cuestión de progreso de la humanidad; en definitiva, una cuestión de progresiva imposición de la razón del hombre sobre su instinto.

Con ocasión del Congreso de 1874, DUNANT (19), ya planteó la cuestión en términos muy claros, como una disyunción entre quienes querían regular la guerra como un fenómeno natural y perpetuo de la humanidad y los que, como él, pensaban que se trataba de disminuir sus horrores, los horrores de un fenómeno que las generaciones venideras verían como una perturbación insensata.

La mayor parte de los autores no se plantean el problema. Y en realidad, cuando son internacionalistas, no tienen por qué planteárselo. Les basta con estudiar el fenómeno y considerarlo, jurídicamente, como una parte de la normativa jurídica internacional. Algunos, sin embargo, muestran un implícito optimismo al respecto (20). Otros, tal vez más realistas, opinan que la guerra, como la violencia, acompañarán siempre al hombre (21).

Lo cierto es que cualquier afirmación, en un sentido o en otro, no pasa de ser una simple hipótesis. La tesis teilhardiana de la evolución del espíritu no es otra cosa que eso, una tesis, sin confirmación posible. (22). Pensar que el hombre evolucione hacia un mayor predominio de la razón, en su «naturaleza humana», es posible, pero hasta aquí los hechos no lo confirman. El hombre continúa siendo ese animal semi-racional que a veces usa su inteligencia y otras —desgraciadamente las más— se deja llevar de su instinto.

El que el hombre intente evitar la guerra es una consecuencia de su razón. El que no lo haya conseguido es una consecuencia de que la parte de su razón que sabe usar es ésa y no más y nunca va a saber utilizarla por entero, o es una consecuencia de que, hasta ahora, no ha sabido utilizarla toda, independientemente de que lo consiga en el futuro.

(19) H. DUNANT, en carta dirigida a su hermana María, el 27 de julio de 1874 (reproducida por Y. de Pourtales y R. H. Dunant en la «Revista Internacional de la Cruz Roja», febrero, 1975, núm. 674), dice textualmente: «Le Congrès va finir cette semaine. J'ai tout le temps combattu la Russie, parce que la Russie veut régler la guerre en laissant croire que c'est l'état normal de l'humanité à perpétuité, tandis que moi et la Société des Prisonniers de Guerre (comme celle des Blessés) nous voulons diminuer les horreurs inévitables de la guerre, ce fléau terrible que les générations futures regarderont, peut-être, comme une perturbation insensée».

(20) Es el caso de FVRE («Principes du Droit des Gens», Fribourg, 1974, p. 687), que dice que «dans une stade peu avancé de la civilisation, la solution des conflits entre individus ou entre collectivités, s'opère par l'emploi de la force. La guerre était aux siècles passés...».

(21) La relación de los autores, internacionalistas o no, que consideran que la violencia, el uso de la fuerza, la guerra, es algo connatural al hombre y, por tanto, perpetuo es muy larga. Resulta innecesario dar nombres.

(22) La tesis de TEILHAR DE CHARDIN («Phénomène Humain») no es, a nuestro juicio, una tesis científica, sino una elucubración «evolucionista», sin sólidos apoyos.

La historia de los intentos del hombre para evitar la guerra, es larga y presenta múltiples direcciones que van desde la organización de la paz hasta la prohibición de la guerra, pasando por la consideración de una serie de procedimientos pacíficos para resolver los conflictos que pueden degenerar en una guerra. Pero la historia de los fracasos, en este sentido, también es larga, tan larga como la Humanidad misma, hasta el momento en que vivimos, en que la guerra está prohibida pero continua existiendo. Lo único que todavía no se ha producido es una contienda mundial, pero en ello juega fundamentalmente el instinto y no la razón.

La razón del hombre no es bastante para llevarle a evitar la guerra «convencional», pero sí suficiente para que, hasta el momento, al menos, haya evitado la contienda «nuclear». Lo que ocurre, a nuestro modo de ver, es que aquí, lo que juega propiamente no es la razón, sino el «instinto del miedo». La razón es suficiente para mostrarle el peligro y a partir de ese momento lo que entra en acción es el miedo, como instinto, o la otra cara del mismo, que es el instinto de conservación. De una forma o de otra, en definitiva, se trata de instinto y no de razón.

Para lo único que ha servido la razón del hombre en las guerras convencionales, que se producen cada día, es para aumentar sus crueldades, desde el punto de vista que en este momento adoptamos. Los sufrimientos y los daños de las guerras actuales han aumentado enormemente, porque las nuevas armas permiten acciones que anteriormente eran impensables. No hace falta señalar casos concretos para convencerse de esta realidad que está en el ánimo de todos.

En el prólogo optimista de la Carta de las Naciones Unidas la expresión más optimista es la de «preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra» y en su articulado, no tan optimista, la más razonable de sus disposiciones —con haber muchas—, es el artículo 2.4, donde se establece la prohibición de la guerra en los términos más drásticos que ha conocido la historia de la Humanidad. Lo mismo en uno que en otro caso, lo que ha jugado es la razón del hombre. Pero desgraciadamente, la razón del hombre no ha dado para más y ni la intención ni el precepto se han cumplido: la guerra es una constante de nuestros días.

IV. La conclusión a que podemos llegar, después de cuanto llevamos expuesto, es que las guerras surgen porque el hombre o, mejor dicho, el grupo humano, se dejan llevar, al menos en un momento determinado, por su instinto y no por su razón. Razonablemente se puede decir que las guerras se podrían haber evitado y podrían evitarse, razonablemente, es decir, utilizando la razón y no el instinto que, tanto las élites como los pueblos, dejan actuar irracionalmente.

Aunque resulte difícil, las «razones» de todas las guerras se pueden clasificar en varios grupos, no demasiado numerosos (23) y esto nos permite llegar a la conclusión de que, en ningún caso, ha habido una «razón» que hiciera inevitable el conflicto armado. Claro está que hablamos de una razón válida para todos los contendientes. No nos referimos, naturalmente, a la razón que, en algunos casos, haya servido a un pueblo para ir a la guerra, lo cual sí es perfectamente posible. Pero, en este caso, el otro contendiente se quedaría sin argumento válido y tendría, razonablemente, que desistir de la contienda.

Otra cuestión distinta es si este estado de la razón humana va a continuar siempre así o, por el contrario, va a ir evolucionando hacia un desarrollo de su razón o, menos ambiciosamente, hacia un desarrollo de la utilización de su razón. Permítasenos el realismo, que no el pesimismo, de pensar que esto último resulta, cuando menos, dudoso. Son ya milenios de historia del hombre para creer en la posibilidad del cambio futuro. La naturaleza humana es así.

Una última reflexión en este punto: ¿Podría pensarse que el hombre llegará a la eliminación, de facto, de la guerra a través de la creación de un Gobierno universal? La cuestión, por más sugerente que sea, no pasa de ser una hipótesis. Evidentemente, si se llegara en un futuro, que no veremos, a ese hipotético Gobierno universal, parece que las guerras, al menos en el sentido clásico en que las conocemos, quedarían descartadas. Pero a lo más a que se ha llegado es a la Organización de las Naciones Unidas y como dice Cornelia MEIGS (24), «ella representa la suma exacta de lo que pudo acordarse en esa etapa de nuestra civilización, ni más ni menos. Cuando los hombres puedan aprender a llegar a un mejor acuerdo, habrá un mejor instrumento». ¿Llegará a existir ese instrumento?

III

I. La regulación de la guerra es una consecuencia indirecta de la irracionalidad del hombre o, más exactamente, de la pseudo-racionalidad humana. Incapaz de evitar el mal, lo regula. De la parte de razón que el hombre utiliza, viene la regulación de la guerra. Esta parte de razón, por un lado, hace más cruel la guerra y por otro trata de mitigarla. No se puede, con una visión elemental —que muchas veces es la más cierta— encontrar mayor contrasentido, es decir, mayor irracionalidad (25).

(23) Como dice NICHOLSON (ob. cit., p. 75), se ha argüido, para llevar a efecto este análisis y esta clasificación, que «todas las guerras son diferentes». La argumentación carece de base, porque las Ciencias sociales operan con fenómenos que siempre son diferentes y que, sin embargo, pueden reducirse a ciertos denominadores comunes.

(24) C. MEIGS: «Las Naciones Unidas. Personajes y acontecimientos», México, 1966, p. 29.

(25) En cierta ocasión, y con motivo de un curso, oí dos conferencias seguidas, de un Ingeniero militar de Armamento y de un Médico militar. El primero nos explicó una nueva arma muy sofisticada inventada para hacer la mayor mortandad entre el enemigo. El segundo nos habló de los medios para curar y salvar el mayor número de hombres. Ambos se refirieron a las últimas técnicas, a los más modernos procedimientos de la ciencia y de la técnica, en sus respectivas especialidades...

II. En el problema de la guerra, como en tantos otros, se ha producido una disyunción entre la realidad existente «de facto» y la realidad querida «de iure». Y así, en el aspecto que estudiamos, y no es el único, se vive una ficción fecunda en consecuencias, entre las cuales no es la de menor importancia, la del abandono del problema de la regulación de la guerra, pues de abandono hay que calificar y no de otra cosa, la supervivencia formal de algunas disposiciones convencionales, elaboradas para un mundo totalmente superado.

Como venimos diciendo, el hombre, en el problema de la guerra, sólo a medias obra razonablemente. La razón que no usa, le impide llegar a una situación en que no se produzcan las guerras, una situación en que los conflictos inevitables se solucionen siempre por medios pacíficos. Y la razón que usa, le advierte que esto es imposible, en su actual estado de civilización al menos, y le impulsa a regular la guerra. Las paradojas de la razón humana, en este plano, son muchas.

Una paradoja, pero que tiene su explicación, es que la guerra se prohíba y, al propio tiempo, se regule. Esto, en principio, es igual que considerar delito el homicidio y, al propio tiempo, regular la forma en que, en el caso de cometerse, ha de cometerse. La explicación de este aparente contrasentido es doble. Por una parte, no todas las guerras están prohibidas, como ocurre, por lo pronto, con las guerras de legítima defensa. Por otra, la guerra, pese a las prohibiciones, es una realidad evidente, una realidad que se produce cada día. Así pues, pese a la prohibición general de la guerra, hay guerras que se producen contra esta prohibición y otras que surgen sin contravenir a la misma. La sin razón de la guerra existe.

En realidad, nos encontramos en una situación de principio, muy semejante a la que ha existido casi siempre. Frente a la tesis de que todas las guerras son buenas —el orillamiento de la razón— y a la de que todas las guerras son malas —la absoluta razonabilidad—, sigue subsistiendo la tesis de que hay guerras buenas y guerras malas, guerras legítimas y guerras ilegítimas (26), guerras lícitas y guerras ilícitas (27). Entonces resulta que, aunque sólo sea para evitar que estas situaciones bélicas queden relegadas al empleo incontrolado de la fuerza, la regulación de la guerra es necesaria. Podríamos decir que aquí, la razón del hombre actúa razonablemente al intentar paliar los efectos de su falta de razonabilidad.

Otra paradoja y ésta de muy graves consecuencias prácticas, es que la razón del hombre no actúa con el paralelismo que sería de desear, o

(26) El problema de las guerras, legítimas e ilegítimas, fue planteado en la época medieval y particularmente en la Escuela clásica española, posteriormente, a base de la «justa causa», resultando así guerras justas y guerras injustas, con una relativa razonabilidad. El Concilio Vaticano II ha abandonado prácticamente esta teoría (V. BOSC: «Le problème de la guerre au Concile de Vatican II», París, 1970).

(27) El planteamiento de las guerras lícitas e ilícitas, en términos que, para nuestros efectos, son similares, también supone una cierta razonabilidad, en consideración al estado presente de la Comunidad internacional, carente prácticamente de un sistema eficiente de seguridad colectiva.

dicho en otras palabras, con la razonabilidad suficiente. Mientras avanza a pasos de gigante en la construcción de nuevas armas y técnicas, cada vez más mortíferas, se retrasa cada vez más en la regulación del empleo de las mismas. Como dice PICTET, «en tanto que la técnica de la guerra ha dado pasos de gigante en el curso del último medio siglo y de las dos guerras mundiales, las reglas escritas que se pueden invocar a este respecto, datan de 1907...» (27).

Con ello, el peligro aumenta de día en día, puesto que, por comparación, el Derecho de la guerra está en vías de franco retroceso. Como explica KUNZ, en párrafo que no tiene desperdicio: «Si este retroceso continúa, no se detiene sin retardo o, mejor dicho, no se inicia el progreso, hay gran peligro de que lleguemos a tiempos de barbarie, mucho más peligrosos que los tiempos más atrasados de antaño porque en el porvenir tales bárbaros serán al mismo tiempo hombre eficientes, armados con los maravillosos progresos de las ciencias naturales y de la técnica, serán bárbaros que se han apoderado de poderes cósmicos» (28).

En definitiva, si la sin razón del hombre no puede evitar la guerra o incluso la legítima en algunos casos, de lo que se trata es de que la razón la regule convenientemente en su desarrollo (29). Y sin embargo, el hombre, desconociendo la inevitabilidad de la guerra, irrazonablemente, dedica casi todo su esfuerzo a mantener la paz (30), lo que no es criticable ni irrazonable, aunque sí lo sea el que lo haga con descuido de la regulación de la guerra, que se le aparece como un dato evidente.

Otras paradojas hay en el aspecto que comentamos. Por ejemplo, la de que el raquítico desarrollo de la normativa internacional de la guerra se haga de forma desigual y con perjuicio para lo que, tal vez, constituiría la base de todo su crecimiento. Nos referimos a que, de las dos ramas en que podría dividirse el Derecho de la guerra en sentido amplio, el Derecho de la guerra en sentido estricto y el Derecho humanitario bélico (31), la primera se ha quedado muy retrasada respecto a la

(27) PICTET, J.: «Le droit humanitaire et la protection de victimes de guerre», Leliden, 1973, p. 18.

(28) KUNZ, J. L.: «La problemática actual de las leyes de la guerra», Valladolid, 1955, pp. 13-14.

(29) Como dice BOBBIO («Esquisse d'une théorie sur les rapports entre guerre et droit, en «La guerre et ses théories». París, 1970, p. 57), para que una guerra pueda ser considerada como hecho jurídico total, «il faut que le droit paralaise en même temps comme but y comme forme des opérations», es decir, que si se regulan los casos en que se puede producir una guerra, lícitamente, no puede dejarse de lado la forma de conducirse en las operaciones bélicas. En otras palabras, estamos ante el doble problema que preocupó a los clásicos, el del «ius ad bellum» y el del «ius belli», entre el derecho a hacer la guerra y el modo de conducción de las operaciones militares en la misma. Actualmente, casi todo el esfuerzo se ha centrado en la limitación del «ius ad bellum» a los términos más estrictos, en tanto que se ha descuidado la enorme problemática del «ius belli», tal vez porque resultan más fáciles las declaraciones de principio que las regulaciones concretas, aunque la efectividad de unas y otras, por término medio, corra pareja.

(30) La bibliografía sobre el mantenimiento de la paz, y consecuentemente sobre la prohibición de la guerra, es impresionante. Por contraste, la que existe sobre los múltiples problemas concretos que plantea la regulación de la guerra es tan pobre que resulta miserable. Y es que, como dice PECOURT («Ius ad bellum, ius contra bellum y legítima defensa en el Derecho internacional actual». Estudios en honor del Prof. Corta Grau, Facultad de Derecho de Valencia, 1977, p. 128): «La domesticación de la fuerza y del poder, aceptados resignadamente durante siglos..., apunta a uno de los objetivos más anhelados por la comunidad mundial».

(31) Actualmente es habitual esta distinción. Frecuentemente se habla del Derecho de La Haya y del Derecho de Ginebra como dos ramas de un mismo tronco, olvidando, también con frecuencia, que la distinción resulta, cuando menos, difícil.

segunda. Para nosotros, la primera es, metafóricamente, la regulación de la espada, en tanto que la segunda, es la regulación del escudo. Si se regulase convenientemente el uso de la espada, tal vez resultasen innecesarias ciertas regulaciones del uso del escudo. Pero también aquí las posibilidades de la razón del hombre aparecen limitadas.

III. Otro campo en el que actúa el instinto del hombre y sólo muy relativamente, la razón, es el de la obstaculización de la guerra a través del desarme.

Parece razonable pensar que un medio de evitar la guerra es limitar, al menos, los medios para llevarla a cabo. Pero aquí termina la razón del hombre y empieza el absurdo o la utopía, que son dos maneras de no ser razonable. La mayor parte de los planes al respecto gozan de ambas calidades. La verdad es que son absurdos porque son utópicos (32). Apuntemos simplemente el tema.

IV. Finalmente, hagamos una mención de otro punto en el que la razón del hombre tampoco se distingue por su presencia: el del castigo de los crímenes de guerra. ¡Ay de los vencidos!, que si vigas tenían en sus razones, tampoco faltaban palitroques en las razones de los vencedores...

IV

I. A título de apunte y más como un conjunto de sugerencias, hemos querido destacar, en las páginas precedentes, lo que podría denominarse el plano psico-sociológico de la guerra. El fenómeno bélico, como la mayor parte de los fenómenos humanos, es un poliedro susceptible de ser considerado desde diversos ángulos.

II. Ya de entrada, hemos planteado el pensamiento fundamental del trabajo: la guerra se produce porque el hombre se deja llevar de su irracionalidad, al menos en un momento o unos momentos determinados.

Para nuestro particular punto de vista, el hombre es un ser en el que el egoísmo prevalece sobre la sociabilidad y en que ambos, al menos potencialmente, están controlados por la razón. En otros términos, de la oposición entre egoísmo y sociabilidad viene la agresividad humana que debe controlar la razón. Lo que ocurre es que, en muchos casos, este control es insuficiente.

El grupo social que forman los hombres recibe de éstos análogas características de agresividad y de escaso control racional. La escasez de este control, precisamente, es lo que permite que las guerras exis-

(32) V. GARCIA ARIAS, L.: «Problemas del desarme», en *La guerra moderna y la Organización Internacional*, Madrid, 1962. pp. 383 y 387.

tan. En otros términos, en la base de las guerras, está la irracionalidad humana.

III. Las guerras, pues, surgen porque el hombre solo utiliza, si es que lo hace, una parte de su potencial racionalidad. Si se examinan, aunque sea en términos muy amplios, las causas de las guerras, resulta evidente que, si se hubiese utilizado la razón, las mismas podrían haber sido evitadas.

La cuestión de si la violencia y aún más exactamente, la guerra, es connatural al hombre y va a existir siempre o es un fenómeno que desaparecerá con el tiempo, no admite otra cosa que soluciones hipotéticas. Nosotros pensamos que la capa de civilización del hombre es tan somera y pobre que, basta que algunos de los mecanismos psicológicos y sociales se aflojen para que vuelva a aparecer el «mono desnudo», es decir, el hombre con su agresividad escasamente controlada por la razón. Planteada así la cuestión, resulta evidente nuestra idea de que, desgraciadamente, es difícil que el hombre, que no ha sido muy razonable en miles de años, sea más razonable en el futuro y pueda eliminar la violencia y la guerra.

IV. La regulación de la guerra es una consecuencia indirecta de la irracionalidad humana y procede de la parte de su razón que el hombre utiliza. No llegando a evitar la guerra, sí llega al menos a regularla para hacerla menos cruel.

Pero, lo que ocurre, es que al prohibirse la guerra, la regulación de la misma ha quedado en gran parte abandonada y como tal prohibición no se cumple, llegamos a la situación presente en que las guerras se producen con más frecuencia de la que sería de desear y su regulación, proporcionalmente, es tan pobre como vieja.

Tampoco parece que la razón del hombre esté muy presente en el problema del desarme o en el de la punición de los crimenes de guerra.

El sobrevuelo de Estados Neutrales por Aeronaves Sanitarias Beligerantes

Juan Gonzalo Martínez Micó

Comandante Auditor. Prof. de Derecho Internacional
de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército

1. Gracias a la rapidez de los servicios que prestan, las aeronaves sanitarias pueden liberar rápidamente a las unidades combatientes o de apoyo logístico de sus heridos y enfermos y rescatar víctimas de enclaves cercados o aislados; su gran libertad de maniobra les permite sobrevolar tierra y mar y aterrizar o amarar fácilmente.

Sin embargo, a pesar de las circunstancias favorables en las que habitualmente desarrollan su actividad, no hay que excluir la posibilidad de que en alguna ocasión tengan que aterrizar o amarar en un punto neutral para ahorrar a sus heridos y enfermos graves los riesgos y sufrimientos que podría depararles un transporte largo y difícil hasta sus propias bases; ello puede ocurrir especialmente cuando los combates aéreos tienen lugar muy lejos del territorio propio o aliado. Las malas condiciones atmosféricas o las dificultades técnicas del aparato pueden hacer necesario un aterrizaje o amaraje en un país neutral y, eventualmente, un desembarco de heridos y enfermos.

Es por todo ello que la prohibición general de paso de las aeronaves militares beligerantes por territorio neutral tiene una excepción a favor de las ambulancias aéreas (art. 8 de las Reglas escandinavas de la neu-

tralidad (1). Las aeronaves sanitarias militares beligerantes pueden, en principio, entrar y salir libremente de la jurisdicción neutral.

Una razón superior de humanidad explica semejante derogación a la regla general. La ausencia de peligro en este tipo de aeronaves y las misiones humanitarias que son capaces de prestar en la evacuación de heridos y enfermos hacen que nada se oponga a que su tránsito aéreo por el espacio neutral sea tolerado por parte de los Estados neutrales.

Pero si las aeronaves sanitarias son autorizadas a entrar en jurisdicción neutral y a efectuar escalas, bien por razones técnicas o para repostar suministros, se ha sostenido tradicionalmente en este punto que si los heridos y enfermos que transportan son desembarcados en territorio neutral para tratamiento y cuidados, quedarán sujetos a internamiento (2).

2. Fueron ya la Declaración de Bruselas de 1874, el Manual de Oxford de 1880 y el V Convenio de La Haya de 1907 los que declararon que las Potencias neutrales podrían autorizar el paso por su territorio de heridos y enfermos pertenecientes a los ejércitos beligerantes, a condición de que los convoyes que los transportasen no llevasen ni personal ni material de guerra. Los Estados neutrales conservaban el derecho de oponerse a este paso. Esta solución podía, evidentemente, aplicarse al transporte aéreo de heridos y enfermos por encima de territorios neutrales. LEBON y DESPAGNET eran de la opinión de que ese paso debería ser autorizado no sólo con el consentimiento del neutral, sino incluso con el del otro beligerante al cual pudiera causar indirectamente perjuicio (3).

El beligerante o los beligerantes podían incluso, previo acuerdo, pedir a un Estado neutral que recibiese en su territorio a sus heridos y enfermos.

En el Proyecto de Madrid de 1911, presentado por FAUCHILLE, los heridos y enfermos depositados por un aerostato en el territorio de un

(1) OPPENHEIM-LAUTERPACHT: «Tratado de Derecho Internacional Público», tomo II, vol. II, Barcelona, 1967, p. 283.

En el mismo sentido, la Ley Italiana de la neutralidad (art. 29). Bélgica, Holanda y Venezuela exceptúan también a las ambulancias aéreas y a las aeronaves con fines religiosos, científicos y filantrópicos de las restricciones impuestas a las aeronaves militares. El Law of Land Warfare (1958; 189-190) y el Law of Naval Warfare (1958; secc. 444-a) estadounidenses establecen la regla general de que queda prohibido a toda aeronave militar beligerante entrar en el espacio aéreo de un Estado neutral, con la excepción de las aeronaves sanitarias beligerantes y de las aeronaves militares beligerantes desarmadas a las que el Estado neutral permita la entrada con las condiciones que juzgue oportuno establecer (U.S. Department of the Army Field Manual, FM 27-10, y U.S. Department of the Navy, Chief of Naval Operations, N.W.I. P 10-2).

(2) En aplicación de la doctrina contenida en el artículo 14, párrafo 2.º, del V Convenio de La Haya de 1907, conforme a la cual los heridos y enfermos conducidos a territorio neutral por uno de los beligerantes y que pertenezcan a la parte adversa deberán ser guardados por la Potencia neutral de manera que no puedan tomar parte nuevamente en las operaciones de la guerra, se ha entendido (SPAIGHT: «Air Power and War Rights», 3.ª ed., 1947, p. 358) que los heridos y enfermos de uno de los contendientes transportados a territorio neutral en aeronaves sanitarias del adversario serán también internados.

(3) LEBON, Emile: La guerre aérienne dans ses rapports avec le Droit International. These pour le doctorat. Université de Nancy, 1923, p. 217.

Estado neutral, con el consentimiento de la autoridad local, recibían el mismo trato que el previsto en el V Convenio de La Haya de 1907 (artículo 14): debían, a menos de un arreglo distinto entre el Estado neutral y los beligerantes, ser guardados por la Potencia neutral de manera que no pudiesen tomar parte nuevamente en las operaciones de la guerra. Los gastos de hospitalización y de internamiento serían sufragados por el Estado al cual perteneciesen los heridos y enfermos (4).

El Proyecto de Reglas de la guerra aérea de La Haya de 1923 (5) contiene una norma que fue pensada para producir el efecto de situar a las aeronaves sanitarias en el mismo plano que los «buques hospitales». La norma dice así: «Art. 17. Los principios contenidos en el Convenio de Ginebra de 1906 y en el Convenio para la adaptación de aquél a la guerra marítima (Convenio X de La Haya de 1907), se aplicarán a la guerra aérea y a las aeronaves sanitarias, así como al control ejercido sobre tales aeronaves sanitarias por el Mando beligerante. Para disfrutar de la protección y de los privilegios concedidos a las unidades sanitarias móviles por el Convenio de Ginebra de 1906, las aeronaves sanitarias deberán ostentar el emblema característico de la Cruz Roja, además de sus marcas distintivas habituales».

Las aeronaves sanitarias pueden ser, y probablemente lo serán normalmente, aeronaves militares. Ni el artículo 39 ni el 40 de las Reglas formulan ninguna excepción a su favor en la regla que prohíbe a las aeronaves militares beligerantes entrar en jurisdicción neutral, debiendo, en consecuencia, si entran, ser internadas por el Estado neutral. La razón para SPAIGHT (6) de la omisión de tal excepción está aparentemente en que el Convenio de La Haya para la adaptación a la guerra marítima del Convenio de Ginebra de 1906, cuyos principios son también aplicables a las aeronaves sanitarias (7), no concede ningún derecho a un beligerante para desembarcar a sus heridos y enfermos en puerto neutral y en que ninguna de las normas de los artículos 39 y 40 de las Reglas parecen contener un reconocimiento del derecho de entrada de las aeronaves sanitarias. Hay que reconocer, sin embargo, que el supuesto no es muy parecido al que se plantea en la guerra marítima. En ésta, los heridos y enfermos son depositados, con el consentimiento de la autoridad neutral, por barcos a los que no les está prohibido, bajo ningún concepto, entrar en jurisdicción neutral; a las aeronaves militares beligerantes, en cambio, sí les está prohibido entrar. Si lo que se pretendía en el artículo 17 de las Reglas era que un Estado

(4) PERUCCHI, Héctor Arnaldo: «Hacia una convención Internacional sobre guerra aérea». Revista del Instituto de Derecho Aeronáutico. Universidad Nacional de Córdoba. Año VI. Primer semestre de 1957, número 8, p. 24.

(5) «American Journal of International Law», 17 (1923), supl. págs. 245 a 260 y 32 (1938), supl. páginas 1 a 58 (comentario de las Reglas).

(6) SPAIGHT: opus cit., p. 443.

(7) Artículo 17 de las Reglas de la Guerra aérea. El Convenio de Ginebra de 1906, aludido también en este artículo, no trata del depósito de heridos y enfermos de las fuerzas terrestres en territorio neutral; la cuestión está tratada en el Convenio sobre la neutralidad en la guerra terrestre.

neutral fuese libre de permitir a las aeronaves sanitarias que depositasen heridos y enfermos beligerantes en su territorio, hubiera sido mejor expresar esta intención a las claras por medio de una ligera modificación de los artículos 39 y 40.

Con respecto a los heridos y enfermos transportados en las aeronaves sanitarias, éstos, al igual que la tripulación, no están sujetos a internamiento si la aeronave solamente toca aeropuerto neutral, por ejemplo para avituallarse, pero si son desembarcados allí, con el consentimiento del Estado neutral incluso, deben ser internados; y la misma regla se aplica a cualquier combatiente enemigo, herido o enfermo, desembarcado en iguales circunstancias por una aeronave sanitaria beligerante, a menos que haya un acuerdo especial en contrario entre el Estado neutral y ambos beligerantes. Las normas aplicables sobre este particular a las aeronaves sanitarias tenían que ser las mismas que las aplicables a los marineros heridos, enfermos o náufragos, desembarcados por sus propios buques de guerra o por los del enemigo en puerto neutral.

3. Los Convenios I y II de Ginebra de 12 de agosto de 1949, dedicados el primero a mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas armadas en campaña y el segundo a mejorar la suerte de los heridos y náufragos de las Fuerzas armadas en el mar, contienen normas positivas relativas al vuelo de las aeronaves sanitarias de Estados beligerantes por países neutrales y desembarco de heridos. En sus artículos 37 y 40, respectivamente, se recogen las disposiciones concernientes a esta materia; a tenor del artículo 37 del I Convenio, «las aeronaves sanitarias de las Partes contendientes podrán volar sobre el territorio de las Potencias neutrales y aterrizar o amarar en él en caso de necesidad o para hacer escala en el mismo. Deberán notificar previamente a las Potencias neutrales el paso sobre sus territorios y obedecer toda intimación de aterrizar o amarar. No estarán a cubierto de ataques más que durante el vuelo a alturas, horas y siguiendo un itinerario específicamente convenido entre las Partes contendientes y las Potencias neutrales interesadas. Sin embargo, las Potencias neutrales podrán establecer condiciones o restricciones en cuanto al vuelo sobre sus territorios por las aeronaves sanitarias o respecto a su aterrizaje. Tales condiciones o restricciones eventuales habrán de ser aplicadas por igual a todas las Partes contendientes (8).

Los heridos o enfermos desembarcados, con el consentimiento de la Autoridad local, en territorio neutral por una aeronave sanitaria, deberán, a menos de arreglo en contrario del Estado neutral con las Partes contendientes, quedar retenidos en el Estado neutral, cuando el Derecho Internacional lo exija, de modo que ya no pueden tomar parte de nuevo

(8) Basado en los Convenios I y II de Ginebra de 1949, el «Manual del Ejército de los Estados Unidos. «Derecho de la Guerra Terrestre», establece una norma en términos casi idénticos a los utilizados por los Convenios de Ginebra en los artículos 37 y 40, respectivamente, excepto el párrafo 3.º, que desaparece. Ver también «Law of Naval Warfare», septiembre 1955, reformada en julio de 1959, secc. 444-a.

en las operaciones de la guerra. Los gastos de hospitalización e internamiento serán sufragados por la Potencia de que dependan los heridos y enfermos».

El artículo 37 es nuevo. Es una conquista humanitaria de 1949 (9). El artículo 40 contiene el mismo esquema normativo para su aplicación a la guerra marítima, con las necesarias adaptaciones terminológicas.

El Comité Internacional de la Cruz Roja había sentido, varios años antes de 1949, y a la vista de ciertos casos concretos, la necesidad de adoptar soluciones. Para ello convenía conciliar dos exigencias: por una parte, los intereses humanitarios y, por otra, los derechos de los Estados neutrales. Esta doble preocupación había ya flotado en el ambiente de los debates de la Conferencia de La Paz de La Haya de 1907, a propósito de la redacción del artículo 14 del V Convenio y del artículo 15 del X.

La parte primera de los preceptos que consideramos está destinada a establecer los requisitos para el sobrevuelo y aterrizaje. A los Estados reunidos en Ginebra en 1949 no les pareció posible imponer a un Estado neutral la obligación de dejar entrar sin reservas a los aviones beligerantes en su espacio aéreo. Pero no pareció posible tampoco dejar a las Potencias neutrales la libertad de conceder o denegar a las aeronaves sanitarias el acceso a su territorio. Se llegó así a la solución de que las aeronaves sanitarias de los beligerantes podrían sobrevolar el territorio de los países neutrales y aterrizar en ellos en caso de necesidad o para hacer escala, reservando al mismo tiempo a los Estados neutrales el derecho a establecer condiciones o restricciones en cuanto al vuelo sobre sus territorios o respecto a su aterrizaje, obligándoles a aplicarlas de una manera igual a todos los beligerantes.

Tres condiciones o restricciones se desprenden expresamente del mismo Convenio o Convenios, que se inspiran en el artículo precedente, relativo a los derechos de los Estados beligerantes:

a) Las aeronaves sanitarias deberán notificar previamente a las Potencias neutrales el paso sobre sus territorios.

b) Deberán obedecer toda intimación de aterrizar o amarrar.

c) No estarán a cubierto de «ataques» más que durante el vuelo a alturas, horas y siguiendo un itinerario específicamente convenidos entre las Partes contendientes y las Potencias neutrales interesadas (10). Esta última regla está copiada de la que figura en el artículo precedente y evidencia la contradicción que encierra este primer párrafo de los

(9) I Convention de Genève: «Commentaire publié sous la direction de Jean S. PICTET». Genève. Comité International de la Croix-Rouge, 1953, p. 328.

Los artículos 37 y 40 habían sido preparados por el C.I.C.R. con la colaboración del Profesor Alex MEYER, experto en Derecho aéreo, y presentados a la Conferencia Internacional de la Cruz Roja de 1948.

(10) La opinión de CASTREN sobre estas normas es: «Since these requirements are so stringent, it seems that medical aircraft do not have much benefit from their right to fly over neutral territory...». «The Present Law of War and Neutrality», Helsinki, p. 590.

artículos estudiados por cuanto comienza por autorizar, en general, a las aeronaves sanitarias a volar sobre los territorios de los Estados neutrales y sin embargo, según su tercera frase, estos Estados parecen estar autorizados a atacarlas si su vuelo no ha sido objeto de previo acuerdo. De otra parte, esta última frase sorprende por su brutalidad y parece estar fuera de lugar en un convenio de Derecho humanitario bélico. El vocablo «ataques» reviste, sin duda, una dureza inusitada. Estos ataques no pueden proceder más que de las Fuerzas armadas pertenecientes al país neutral. Los beligerantes no tienen, evidentemente, ningún derecho de persecución ni de ataque sobre suelo neutral

EVRARD (11), siguiendo a DE CILLEULS, considera abusiva la autorización de sobrevuelo que el artículo 37 concede a las aeronaves sanitarias beligerantes sobre los espacios de soberanía de los países neutrales, basándose en que este espacio es, desde el punto de vista del Derecho Internacional, competencia exclusiva de un tercer Estado. Ciertamente, los Convenios internacionales establecen este dominio exclusivo de los Estados sobre su espacio aéreo, de tal suerte que aunque concedan la libertad de sobrevuelo de aeronaves civiles extranjeras, niegan esta libertad a las aeronaves militares para las que se hace necesario un permiso expreso en cada caso del país afectado; pero, en cualquier caso, no es menos cierto, como subraya BRAVO NAVARRO (12), que por convenirse la autorización del artículo 37 en un Acuerdo internacional especial, de Derecho humanitario bélico, supone, en este punto, una derogación parcial de lo dispuesto sobre el mismo caso en aquellos Convenios y que debe vincular obligatoriamente, en consecuencia, a todos los Estados neutrales que lo hayan firmado, a los que, no obstante, según el repetido artículo 37, se les reservan facultades para «establecer condiciones o restricciones», tanto para el vuelo como para el aterrizaje.

Se ha discutido la aplicabilidad a las aeronaves sanitarias del derecho de visita que puede ejercerse sobre los buques hospitales.

El criterio de PICTET (13) de que el derecho de visita, tal como lo ejercen los navíos en el mar sobre los buques hospitales, no existe cuando se trata de aeronaves sanitarias, ha sido criticado por OZERDEN (14) por entender que: a) el II Convenio de 1949 no contiene ninguna disposición que prohíba a las partes contendientes el ejercicio del dere-

(11) E. EVRARD: «La protection juridique des transports aériens sanitaires en temps de guerre». Revue Internationale de la Croix-Rouge, Julio 1966.

(12) Martín BRAVO NAVARRO: «Estatuto Internacional de la aeronave militar sanitaria y necesidad de su reforma». Comunicación al IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra. Madrid, 9-12 de mayo de 1967. Recueil de la Société de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre.

(13) Commentaire, vol. II: «La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer». Genève, 1969, p. 227.

(14) Kemal OZERDEN: «Le sort des militaires belligérants, victimes de la guerre, débarqués dans un port neutre, d'après la Convention de Genève». Paris, Editions A. Pedone, 1971, p. 200.

cho de visita sobre las aeronaves sanitarias; b) el artículo 39 admite, por el contrario, un control general de estas aeronaves en su párrafo 4.º: «Las aeronaves sanitarias deberán acatar toda intimación de aterrizar o amarar. En caso de aterrizaje o amaraje así impuestos, la aeronave, con sus ocupantes, podrá reanudar su vuelo después del control eventual»; y c) el primer párrafo del artículo 40 confirma esa obligación de obedecer toda intimación de aterrizar o amarar, de manera que puede hablarse de un derecho de control absoluto por parte del Estado neutral.

Estas disposiciones hay que entender que permiten también a los beligerantes ejercitar el derecho de visita sobre las aeronaves sanitarias, enemigas o neutrales. En el mismo sentido se pronuncia KROELL (15). Si la visita de aeronaves sanitarias es, pues, posible, habrá que admitir también la posibilidad de que toda aeronave militar beligerante de uno de los contendientes reclame la entrega de los heridos, enfermos y náufragos, aplicando por analogía el artículo 14 del IV Convenio de Ginebra, siempre que su estado de salud permita la entrega y las aeronaves dispongan de los equipos necesarios para garantizarles una atención y tratamiento adecuados.

La parte segunda de los artículos estudiados se dedica al desembarco de heridos. Cuando una aeronave sanitaria aterriza en país neutral, ya sea por su propio impulso u obedeciendo a una intimación, podrá reemprender el vuelo con sus ocupantes, tras el eventual control practicado por la Potencia neutral. Sólo podrá ser retenida si se comprobare la comisión de actos incompatibles con el carácter o misión humanitaria del aparato. Si estas consideraciones no han sido formalmente expresadas en el Convenio, se desprenden, en todo caso, de la redacción de los artículos y de los principios generales del Derecho de Gentes.

Puede suceder que el Comandante de la aeronave desee desembarcar en territorio neutral los enfermos o heridos que transporta, o a los náufragos, en atención, por ejemplo, a su estado de salud, no ya simplemente mientras dure la escala, sino para dejarlos allí. Esta operación puede llevarse a cabo si la Autoridad local del territorio neutral lo consiente. En este caso, los heridos y enfermos deberán, a menos de arreglo en contrario del Estado neutral con las Partes contendientes, quedar retenidos en el Estado neutral, de modo que ya no puedan tomar parte de nuevo en las operaciones de la guerra. Los gastos de hospitalización e internamiento serán sufragados por la Potencia de quien dependan heridos y enfermos.

La obligación impuesta al Estado neutral de internar los heridos y enfermos desembarcados por una aeronave sanitaria beligerante va acompañada, en el texto de los artículos que comentamos, de la frase

(15) «Tous les aéronefs, privés et publics, des belligérants et des neutres, sont soumis au droit de visite, au même titre que les navires de commerce» (Traité de Droit International Public Aérien. Paris, 1936, tomo II, p. 404).

«cuando el Derecho Internacional lo exija». Con estas palabras se ha querido poner en armonía los Convenios de Ginebra con el V Convenio de La Haya de 1907, donde esta materia ya había sido objeto de una reglamentación general (16).

Recordemos, finalmente, en este punto que, en virtud del artículo 4 del Convenio I de Ginebra de 1949, las Potencias neutrales aplicarán por analogía las disposiciones del citado Convenio a los heridos y enfermos, así como a los miembros del personal sanitario y religioso perteneciente a las Fuerzas Armadas de las Partes contendientes que sean recibidos o internados en su territorio, lo mismo que a los muertos recogidos. Además, el III Convenio de Ginebra de 1949, en su artículo 4, letra B, apartado 2.º, establece que las personas que pertenezcan a las Fuerzas Armadas beligerantes internadas en un país neutral se beneficiarán del trato al menos tan favorable como el que el Convenio reserva a los prisioneros de guerra.

4. El Comité Médico-Jurídico de Mónaco, durante la reunión celebrada en el Palacio de Mónaco los días 2, 3 y 4 de junio de 1966, elaboró un «Proyecto de reglas relativo a los transportes sanitarios por vía aérea en tiempo de conflicto armado» (17), atendiendo con ello la sugerencia que le había sido hecha por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Se pretendía incitar a los Gobiernos a una revisión de los Convenios de Ginebra de 1949 o bien, sin esperar a esta revisión, a complementarlos por medio de un Acuerdo concluido en forma de Protocolo Anexo.

La Comisión estaba persuadida de la necesidad de liberar el empleo de las aeronaves en misión sanitaria de la obligación prevista en los Convenios de establecer previamente un plan de vuelo aceptado por los beligerantes interesados, y ello en razón de las dificultades inherentes a las circunstancias propias de las hostilidades (18).

(16) Ver el cap. II del V Convenio de 1907, titulado «De los beligerantes internados y de los heridos cuidados por los neutrales».

Kemal OZERDEN sostiene que este párrafo 3.º, relativo al desembarco de heridos, no introduce una excepción al principio general enunciado en el artículo 17 del II Convenio de Ginebra, excluyendo de éste el supuesto de las aeronaves sanitarias beligerantes. El artículo 17 se ocupa de la suerte de las víctimas de la guerra desembarcadas en un puerto neutral, pero refiriéndose a todos los medios de transporte, mientras que el artículo 40 se refiere a la suerte de las víctimas desembarcadas en todo el país neutral, pero sólo por aeronaves sanitarias beligerantes. Por tanto, el artículo 40 prevé también la suerte de las víctimas de la guerra desembarcadas en un puerto neutral por aeronaves sanitarias de los beligerantes. Si en este punto no hace más que confirmar el tenor del artículo 17, no cabe pensar que el artículo 17 no pueda ser aplicado a las aeronaves sanitarias beligerantes (opus cit., pp. 199-200).

(17) De la «Revista Española de Derecho Militar», núm. 23, Madrid, enero-junio 1967, p. 101.

(18) LA PRADELLE, en una conferencia pronunciada el 24 de noviembre de 1954, ya había dicho: «Le statut élaboré par la Conférence diplomatique de Genève présente le défaut de soumettre l'aéronef sanitaire à des servitudes d'emploi rigoureuses qui, dans le cas des hélicoptères, prohibent en fait son utilisation. Les Conventions subordonnent l'utilisation, dans tous les cas, des aéronefs sanitaires à une autorisation préalable fixant, d'un commun accord entre tous les belligérants intéressés, l'altitude, l'heure et l'itinéraire du vol. Une sorte de plan de vol militaire est ainsi requis du commandant de bord, dont l'établissement nécessitera des pour-parlers, sinon des négociations préjudiciables à la rapidité indispensable des secours à fournir» («Le Droit aérien humanitaire». Annales de la Faculté de Droit de l'Université d'Istanbul, núm. 5, 1954, p. 319).

La Comisión, por ello, propuso, en la materia que nos atañe, la puesta en vigor de las siguientes reglas: las aeronaves sanitarias, civiles y militares, de las Partes en conflicto podrán sobrevolar, en caso de necesidad, el territorio de las Potencias neutrales y hacer escala en ellos. Deberán señalar a la Potencia neutral su paso y obedecer cualquier requerimiento. Sin embargo, la Potencia neutral podrá fijar las condiciones o restricciones de sobrevuelo de su territorio y de aterrizaje en él. Estas condiciones o restricciones serán aplicadas de forma general a todas las Partes en conflicto (art. 7).

En caso de aterrizaje en país neutral por necesidad o requerimiento, podrá la aeronave reemprender el vuelo con sus ocupantes después del eventual control llevado a cabo por la Autoridad militar neutral. No podrá ser detenida más que en el caso de que este control permita constatar actos incompatibles con la misión humanitaria del aparato.

Los heridos y enfermos desembarcados con el consentimiento de la Autoridad local deberán, salvo arreglo en contrario del Estado neutral con las Partes en conflicto, ser guardados por el Estado neutral en los casos en que así lo requiera el Derecho Internacional, de tal forma que no les sea posible tomar de nuevo parte en las operaciones de guerra. Los gastos de hospitalización e internamiento serán a cargo de la Potencia de la que los heridos y enfermos dependan.

Si el aparato que haya aterrizado en territorio neutral no se encuentra en condiciones de volver a partir, serán restituidos la tripulación y el personal sanitario.

En cuanto a los aparatos, tripulaciones y personal sanitario pertenecientes a un país neutral (19), serán aplicables las reglas generales del Convenio relativo a los derechos y deberes de las Potencias y personas neutrales en tiempo de guerra (art. 8).

5. En septiembre de 1969, la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Estambul, aprobó por unanimidad la resolución XIII, que solicitaba al CICR la prosecución activa de sus esfuerzos tendentes a elaborar, lo antes posible, propuestas concretas de reglas que completasen el Derecho Internacional Humanitario vigente, y le instaba a que invitase a expertos gubernamentales para que se reuniesen con él y les consultase acerca de tales propuestas.

Fundándose en esta resolución, el CICR convocó, para el 24 de mayo de 1971, la «Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados»; había solicitado a unos cuarenta gobiernos que enviasen expertos a la misma. Dado que no pudo tratar todos los temas inscritos en su orden del día, esta asamblea expresó el deseo de

(19) Con arreglo al artículo 2, párrafo 3.º, del Proyecto, las Potencias neutrales podrán poner aeronaves sanitarias a disposición de las Partes en conflicto o de una de ellas.

que tuviera lugar una segunda reunión en la que se congregase, esta vez, a representantes de todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra de 1949. Esta reunión se celebró en Ginebra, del 3 de mayo al 3 de junio de 1972, y participaron más de cuatrocientos expertos, enviados por setenta y siete gobiernos.

En las dos sesiones se trabajó a través de cuatro Comisiones. La Comisión I tuvo a su cargo los temas referentes a la protección de heridos, enfermos y náufragos en los conflictos internacionales y no internacionales. El sobrevuelo de los países neutrales por las aeronaves sanitarias beligerantes fue objeto de especial estudio.

Hemos visto cómo, en arreglo a los artículos 37 y 40 de los Convenios I y II de 1949, las aeronaves sanitarias beligerantes pueden, como regla general, sobrevolar el territorio de los países neutrales y hacer escala en ellos, a reserva de las condiciones y restricciones que las Potencias neutrales estimen oportuno establecer.

En esta materia, dos fueron los puntos objeto de consideración especial por la Conferencia de Expertos Gubernamentales (20):

a) La regla del párrafo 1.º, «in finis», de los artículos 37 y 40, antes citados, introducida por los legisladores de 1949, según la cual las aeronaves sanitarias de las Partes contendientes «no estarán a cubierto de ataques más que durante el vuelo a alturas, horas y siguiendo un itinerario específicamente convenidos entre las Partes contendientes y las Potencias neutrales interesadas», está copiada, como se dijo, de la que figura en los artículos precedentes, en donde se aplica a los beligerantes, y reviste un rigor excesivo al aplicarla a los países neutrales. Cabe preguntarse si, en otras palabras, de lo que se trata es de imponer un plan de vuelo para poder sobrevolar un país neutral.

Teniendo en cuenta el carácter, a menudo, improvisado de la entrada en el espacio aéreo neutral, habría que pensar en la conveniencia de suavizar el rigor de la norma expuesta, contando, sobre todo, con que, en base a lo dispuesto en el párrafo 2.º de las disposiciones comentadas, las Potencias neutrales pueden establecer condiciones o restricciones en cuanto al vuelo sobre sus territorios de las aeronaves sanitarias.

b) De la redacción toda de los artículos y de los principios generales del Derecho de Gentes se desprende, como antes veíamos, que cuando una aeronave sanitaria aterriza en país neutral, bien por decisión propia o bien obedeciendo a una intimación al efecto, podrá reemprender el vuelo con sus ocupantes, tras la eventual inspección llevada a cabo por la Potencia neutral. La pregunta que flotó en el ambiente de la

(20) Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du Droit International Humanitaire. Protection des blessés et des malades. Genève, Janvier 1971. Rapport sur les travaux de la Conférence, Genève 1972, volume 5. Rapport de la Commission I, pp. 33-42.

Conferencia de Expertos era: ¿Haría falta o sería conveniente, en todo caso, formular expresamente esta idea?

6. Las soluciones a que, en este aspecto, ha llegado la Conferencia Diplomática de Ginebra, que finalizó el 10 de junio de 1977, las sesiones que se inauguraron en febrero de 1974, han quedado plasmadas en el artículo 31 de su Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, donde se regula extensamente el sobrevuelo de las aeronaves sanitarias beligerantes por los Estados neutrales u otros Estados que no sean Partes en conflicto.

En el seno de la Comisión I de la Conferencia de Expertos Gubernamentales ya se planteó la cuestión de saber si este artículo era realmente necesario, debido a que los vuelos sobre el territorio de Estados neutrales se regían por el artículo 37 del I Convenio de Ginebra y por el artículo 40 del II Convenio. Se llegó al acuerdo de que este artículo era necesario porque regulaba situaciones que no estaban previstas por los Convenios de Ginebra, especialmente los casos de vuelos sin acuerdo previo, y porque prescribía además ciertos detalles y procedimientos que no aparecen en los Convenios de Ginebra, con el fin de establecer reglas precisas y detalladas para cualquier situación que pudiera surgir. La disposición referida tiene también la finalidad de extender a la aviación sanitaria civil las disposiciones de los artículos 37 y 40 de los Convenios I y II de Ginebra de 1949 relativas al vuelo sobre «países neutrales» (21). Se había observado, en efecto, que en el IV Convenio no existían tampoco disposiciones equivalentes a las de los artículos citados relativas al problema que plantean los vuelos de las aeronaves sanitarias civiles de las Partes contendientes sobre los territorios de Estados neutrales. El presente artículo del Protocolo I pretende, pues, cubrir esta laguna. Por otra parte, se ha simplificado la redacción de estas normas.

Se ha preferido, como título, la expresión «Estados neutrales u otros Estados que no sean partes en conflicto», por ser más amplia que la de «Potencias neutrales», que figura en los artículos mencionados anteriormente de los Convenios (22).

Con arreglo a su párrafo 1.º, «las aeronaves sanitarias no podrán sobrevolar el territorio de un Estado neutral o de otro Estado que no sea Parte en el conflicto, ni aterrizar o amarrar en él, salvo en virtud de acuerdo previo. Sin embargo, de mediar tal acuerdo, esas aeronaves

[21] «Proyectos de Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comentarios Comité Internacional de la Cruz Roja». C.D.D. H/3 Ginebra, octubre 1973, p. 41.

[22] La enmienda C.D.D.H/45, presentada el 18 de marzo de 1974 por Austria, Finlandia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia y Suiza, solicitó la sustitución, en los párrafos 1 a 4, de la expresión «de un Estado que no sea Parte en conflicto» por «de un Estado neutral o de otro Estado que no sea Parte en conflicto»; en el párrafo 5.º solicitó la sustitución de la expresión «los Estados que no sean Partes en conflicto» por «Los Estados neutrales y los demás Estados que no sean Partes en conflicto». «Actas de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional humanitario aplicable en los conflictos armados». Dist. general. C.D.D.H/56, p. 163.

serán respetadas mientras dure el vuelo y durante las eventuales escalas en tal territorio. No obstante, deberán obedecer toda intimación de aterrizar o, en su caso, amarrar» (23).

Según los Convenios, las aeronaves sanitarias militares pueden, en principio, sobrevolar el territorio de las «Potencias neutrales», sin necesidad de obtener su acuerdo previo, pero éstas pueden imponer condiciones o restricciones a tales vuelos. Ahora bien, las condiciones de la guerra moderna no siempre permiten a los Estados neutrales notificar a tiempo esas condiciones a las Partes contendientes. Las aeronaves sanitarias de las Partes en conflicto podrían encontrarse así en una situación incierta y, por lo mismo, peligrosa cuando las circunstancias les obligasen a volar sobre el territorio de un Estado neutral.

En interés de la aviación sanitaria era menester que las disposiciones relativas a sus posibilidades de acción fueran claras. Por ello, para favorecer la inmunidad de las aeronaves sanitarias, se consideró preferible establecer, como regla general, el principio según el cual las aeronaves sanitarias de las Partes contendientes no pueden sobrevolar el territorio de un Estado que no sea parte en conflicto, a no ser que hayan obtenido, previamente, un acuerdo. El acuerdo debería tratar, entre sus puntos fundamentales, del itinerario, horario y altura de los vuelos, así como de las maneras de identificar las aeronaves (24).

Esta disposición, que puede parecer rigurosa, queda atenuada por la del párrafo 2, en el que se prevé el vuelo de aeronaves sanitarias de las Partes contendientes sobre el territorio de un Estado neutral cuando no hubiera sido posible concertar un acuerdo previo entre la Parte contendiente y el Estado neutral por motivos ajenos a la voluntad de ambos: «la aeronave sanitaria que, sin acuerdo previo o apartándose de lo estipulado en un acuerdo, sobrevuela el territorio de un Estado neutral o de otro Estado que no sea Parte en conflicto, por error de navegación o a causa de una situación de emergencia que afecte a la seguridad del vuelo, hará todo lo posible para notificar su vuelo y hacerse identificar. Tan pronto como dicho Estado haya reconocido tal aeronave sanitaria, hará todo lo razonable posible para dar la orden de aterrizar o amarrar o para adoptar otras disposiciones con objeto de salvaguardar los intereses de ese Estado y, en ambos casos, dar a la aeronave tiempo para obedecer, antes de recurrir a un ataque».

El caso previsto en el presente párrafo es el de una aeronave sanitaria que, en caso de peligro, malas condiciones atmosféricas, avería o cualquier otra causa independiente de la voluntad del piloto o de la Par-

(23) La transmisión del plan de vuelo es, pues, en este caso una obligación. Vid. E. EVRARD: «Le nouveau statut des transports sanitaires aériens». *Revue Générale de Droit International Public*, t. LXXXII, 1978, p. 230.

(24) En este sentido el artículo 29.2 del Proyecto del CICR presentado a la Conferencia de expertos gubernamentales, recogido en el mismo artículo del Proyecto de la Comisión. «Informe sobre los trabajos de la Conferencia». Vol. I, Ginebra, julio 1972, págs. 53 y 54.

te en conflicto de la cual dependa, se vea obligada a sobrevolar el territorio de un Estado que no sea parte en conflicto, sin haber obtenido previamente su acuerdo. Sin embargo, no por ello tal situación confiere a ese Estado el derecho de atacar a esa aeronave sanitaria. En este caso, la aeronave sanitaria de la Parte en conflicto, al igual que el Estado neutral, tienen una obligación mutua. La aeronave sanitaria hará todo lo posible para hacerse identificar mientras que el Estado que no sea parte en conflicto hará lo posible por respetarla. En efecto, un Estado que no sea parte en conflicto está obligado a hacer respetar su dominio aéreo y a oponerse a que lo utilicen adversarios presentes. En consecuencia, lo que se plantea aquí es ante todo un problema de identificación.

De acuerdo con lo previsto en el párrafo 3.º, «si una aeronave sanitaria, con acuerdo previo o en las circunstancias mencionadas en el párrafo 2.º, aterriza o amara en el territorio de un Estado neutral o de otro Estado que no sea Parte en el conflicto, obedeciendo a una intimación o por cualquier otra circunstancia, quedará sujeta a inspección para determinar si se trata de una aeronave sanitaria. La inspección será iniciada sin demora y efectuada rápidamente. La Parte que proceda a la inspección no exigirá que sean desembarcados de la aeronave los heridos y enfermos que dependen de la Parte que utilice la aeronave a menos que ello sea indispensable para la inspección. En todo caso, esta Parte cuidará de que tal inspección o desembarque no agrave el estado de los heridos y enfermos. Si la inspección revela que la aeronave es efectivamente una aeronave sanitaria, esa aeronave con sus ocupantes, salvo los que deban ser retenidos de conformidad con las normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, será autorizada a proseguir su vuelo, y recibirá las facilidades apropiadas para ello. Si la inspección revela que esa aeronave no es una aeronave sanitaria, la aeronave será apresada y sus ocupantes serán tratados conforme a lo dispuesto en el párrafo 4.º».

Este párrafo también salva una omisión de los artículos 37 y 40 citados. En efecto, al contrario de lo que sucede en las disposiciones relativas al vuelo de una aeronave sanitaria sobre el territorio de una Parte contendiente, en los artículos mencionados anteriormente no existe una disposición para reglamentar el caso de los ocupantes de una aeronave sanitaria obligada a aterrizar o a amerizar, por necesidad o por haber sido conminada a hacerlo, en el territorio de un Estado neutral.

Preciso es admitir que en el sobrevuelo de las aeronaves sanitarias de las partes contendientes sobre territorio de un Estado neutral se sobreentendía aplicable la disposición del párrafo 4 de los artículos 36 del I Convenio y 39 del II Convenio. Pero era preferible que esa disposición figurase expresamente en el cuerpo de un artículo.

El presente párrafo pretende, pues, fijar la suerte de todas las aeronaves sanitarias, cualesquiera que sean las circunstancias en las que hayan sobrevolado el territorio del Estado que no sea parte en conflicto:

con acuerdo previo o sin él, e incluso por necesidad. También se aplica independientemente de las circunstancias de aterrizaje: por orden o por necesidad.

En base a lo dispuesto en el párrafo 4.º, «con excepción de los que sean desembarcados temporalmente, los heridos, enfermos y náufragos desembarcados de una aeronave sanitaria con el asentimiento de la autoridad local en el territorio de un Estado neutral o de otro Estado que no sea Parte en conflicto deberán, salvo que este Estado y las Partes en conflicto acuerden otra cosa, quedar bajo la custodia de dicha autoridad cuando las normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados así lo exijan, de forma que no puedan volver a participar en las hostilidades. Los gastos de hospitalización y de internamiento correrán a cargo del Estado a que pertenezcan tales personas».

El presente párrafo, que reproduce con ligeras variantes el texto del tercer párrafo de los artículos 37 y 40 de los Convenios, fija la suerte de los heridos y de los enfermos confiados a un Estado que no sea parte en conflicto cuando no se haya concertado acuerdo alguno derogatorio de esta norma entre las Partes en conflicto y dicho Estado que no sea parte en conflicto. La alusión al Derecho Internacional era necesaria, sobre todo para tener en cuenta la existencia del V Convenio de La Haya de 1907, donde esa materia es objeto de una reglamentación general. A fin de tener en cuenta la evolución de la terminología jurídica, se ha considerado conveniente emplear la expresión «hostilidades» en vez de «operaciones de guerra» que figura en el tercer párrafo de los artículos 37 y 40.

Finalmente, el artículo 31, recogiendo el principio de la Imparcialidad, establece en el párrafo 5.º que «los Estados neutrales u otros Estados que no sean Partes en conflicto aplicarán por igual a todas las Partes en conflicto las condiciones y restricciones eventuales respecto al sobrevuelo de su territorio por aeronaves sanitarias o al aterrizaje de ellas en el mismo».

Se trata de una disposición general del Derecho de la neutralidad que no cumple función alguna en una disposición de carácter especial (25). Ya figuraba incluida en el párrafo 2.º de los artículos 37 y 40.

(25) Por eso, sin duda, no fue incluida por el CICR en el artículo 29 del Proyecto que presentó a la Conferencia de Expertos Gubernamentales. Sin embargo, la Comisión la volvió a hacer figurar en el párrafo 6 del artículo 29 de su Proyecto: «Los Estados no beligerantes aplicarán sobre una base de igualdad a todas las Partes contendientes las condiciones y restricciones a que esté sujeto el vuelo o el aterrizaje de aeronaves sanitarias en su territorio» (Conferencia de Expertos Gubernamentales. Informe sobre los trabajos de la Conferencia. Vol. I. Ginebra, julio de 1972, pág. 54).

El Derecho Penal Marítimo en la reforma de la Justicia Militar (x)

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
Teniente Coronel Auditor de la Armada
Fiscal de la Flota

SUMARIO: 1. Determinaciones previas. 2. El Derecho Penal Marítimo. 3. Principios generales de la reforma del Código de Justicia Militar. 4. Bases para una regulación de los delitos de la navegación en el futuro Código Penal Militar.

1. DETERMINACIONES PREVIAS

Es necesario precisar, ante todo y en el mismo inicio del presente trabajo, que cuando hablamos de DERECHO PENAL MARITIMO e incluso de DERECHO PENAL MILITAR MARITIMO (1) no pretendemos, en absoluto, sostener la autonomía normativa ni siquiera científica de tal parte del Derecho. Adoptamos, pues, una posición crítica ante todo lo que se ha venido llamando el «minifundismo jurídico», culpable muchas veces de auténticos atentados al principio básico del Derecho constituido por la unidad del Ordenamiento jurídico (2), y dejamos claro —antes

(X) Al recibir la amable invitación del General Jiménez para colaborar en este número de homenaje, no puedo menos que recordar la visita de don José María Rodríguez Devesa a la Escuela Naval de Marín, en el verano de 1972. A bordo, durante una corta navegación por la incomparable ría gallega, pudimos admirar el ejemplar magisterio de don José María y su personalidad profundamente humana, llena de cordialidad hacia quienes entonces iniciábamos las tareas de investigación, precisamente con el estudio del Derecho Penal Marítimo.

(1) Vid. GAETANO SUCATO: «Istituzioni di Diritto Penale Militare Marittimo» (Manuale particularmente curato ad uso del Comandi navali, per l'amministrazione della giustizia a bordo), Livorno 1929. Vid. también SCHIAFFINO en Enciclopedia de Pessina, p. 641, voz Jurisdicción Penal Marítima. DE BONIS, voz: «Diritto penale militare e marittimo», en Digesto Italiano, EUGENIO SPASIANO: «Oggetto, limiti ed integrazione del diritto della navigazione», en Revista Diritto della Navigazione, 1961, p. 43. DINO VIDALI: «Diritto penale marittimo», en Nuovo Digesto Italiano, vol. IV, y, más recientemente, VIDALE: «Diritto penale della navigazione», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. V, p. 986 y ss. AUGUSTE-REYNALD WERNER: «Traité de Droit Maritime general», Geneve 1964. ABRAHAM: «Das Seerecht», Berlin 1956. GAMECHOGOICOECHA, voz Derecho Marítimo, en Nueva Enciclopedia Jurídica Saix, p. 617. VICENTE SANTOS: «En torno a la delimitación del Derecho Marítimo», en Estudios de Derecho Público y Privado, ofrecidos al Profesor Dr. Ignacio Serrano y Serrano, tomo II, Valladolid 1965. JIMENEZ DE ASUA, Luis: «Tratado de Derecho Penal», tomo II, Buenos Aires 1964. VIGIER DE TORRES, Agustín: «Curso de Derecho Marítimo», Madrid 1977. AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, José Luis: «Derecho Internacional Marítimo», Barcelona 1970.

(2) Es indudable que el estudio del Derecho Penal, y muy concretamente el del Derecho Penal marítimo, no puede abordarse desde posiciones tan peculiares que nos sitúen al margen del ordenamiento jurídico. En este sentido es particularmente válida la crítica de CARNELUTTI cuando afirma que el jurista ha abusado de imitar al médico, partiendo el Derecho en trozos como el galeno parte el cuerpo humano, y, concluye, hay que compadecer al jurista que, teniendo sobre su mesa una parte del cadáver del Derecho para su análisis, se ilusiona creyendo que aquel trozo es un Derecho entero.

incluso de abordar su estudio— que aquellas denominaciones no tratan sino de agrupar terminológicamente una serie de principios, instituciones o familias de delitos susceptibles de un tratamiento peculiar o especial respecto a los géneros DERECHO PENAL, DERECHO MARITIMO o DERECHO MILITAR (3). En efecto, cuando nos enfrentamos con el estudio de una institución de DERECHO PENAL MILITAR MARITIMO, para tomar el ejemplo de las tipicidades más especializadas objeto de nuestro estudio, observamos el entrecruzamiento de tres disciplinas jurídicas que inciden sobre el problema, con sus principios propios y una autonomía que, cuanto menos desde el punto de vista científico, es indiscutible. Se trata de la pertenencia al DERECHO PENAL (4), al DERECHO MILITAR o, finalmente, al ámbito del DERECHO MARITIMO. Ciertamente, esta enumeración señala la mayor o menor influencia o pertenencia a estos órdenes científicos y aun normativos. Es decir, se tratará primero y ante todo de una institución penal, su consideración castrense la incluirá en una serie de principios especiales del Derecho Militar y, por último, su relación con el mar matiza determinadas peculiaridades que no se pueden olvidar sin caer en un absurdo uniformismo.

Tomemos un ejemplo bien expresivo: el abordaje culposo causado por un buque de guerra. No cabe duda de que se trata de un tipo imprudente con resultado de muerte, lesiones o daños, producidos por una conducta que podría calificarse de imprudencia temeraria, profesional o simple y, por tanto, es de aplicación la doctrina sobre delitos culposos y los principios de Derecho penal que los informan. Sin embargo, conviene señalar, en orden a las responsabilidades que pudieran derivarse del hecho criminal, que se trata de un delito típicamente militar, de un delito incluso que sólo puede ser cometido por un militar, delito propio o de propia mano, puesto que, según el Código de Justicia Militar, el sujeto activo del delito tiene que ser un militar. Todo ello significa que su consideración penal está también afectada por determinados principios propios del Derecho Militar como Derecho especial: EL DERECHO PENAL MILITAR. Así, la «cuantía» o entidad de la imprudencia necesaria para convertirlo en delito (basta la imprudencia no calificada), la cualificación del resultado de averías, la responsabilidad muy estricta del mando del buque, la consideración de la embriaguez, no sólo excluyente de una influencia atenuatoria (prohibida para los militares en los delitos castrenses por el propio Código de Justicia Militar), sino constitutiva en sí misma de otro delito y las consecuencias jurídicas del

(3) El Derecho Militar rebasa con mucho, en opinión de RODRIGUEZ DEVESA, la minúscula problemática de la competencia de los Tribunales Militares, porque abarca, además, el Derecho penal material, la organización de los Tribunales Militares, el procedimiento militar, el Derecho administrativo militar, el Derecho penitenciario militar, el Derecho disciplinario y específicas normas civiles, como las concernientes al testamento militar. El Derecho Penal Militar comprende el Derecho penal material, Derecho procesal penal y el Derecho penitenciario y disciplinario militar. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La reforma del Derecho Penal Militar», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 3, Madrid 1980.

(4) Afirma CLAUS ROXIN que, «el Derecho penal no es, como se ha creído durante mucho tiempo, un producto del sentimiento jurídico, sino el resultado de la reflexión científica sobre los presupuestos de la coexistencia social». ROXIN, Claus: «Iniciación al Derecho penal de hoy», Sevilla, 1981, p. 29.

delito, configuran un tipo penal militar característico. Pero no debemos olvidar, finalmente, que se trata de un delito militar marítimo, es decir, cometido en la mar como un acacimiento de la navegación. Así también el mismo concepto de abordaje es creación específica del Derecho del Mar, no sólo aplicable a la esfera penal, sino al Derecho Mercantil Marítimo; la responsabilidad del mando del buque, del práctico a bordo en el ejercicio de su función asesora, del oficial de guardia o del serviola, la interpretación del Reglamento Internacional para prevenir los abordajes en la mar, el Convenio para la Seguridad de la Vida Humana en la Mar o incluso el procedimiento —también especial— para enjuiciar el delito son algunas de las peculiaridades que es preciso tener en cuenta, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el propiamente normativo o «de lege ferenda».

Debemos ahora repetir nuestra convicción de la unidad conceptual, doctrinal, científica y normativa de una de las grandes divisiones del derecho como es la materia penal. Salvando, volvemos a insistir, el principio intocable de la unidad del ordenamiento jurídico, el Derecho penal proyecta una serie de principios generales que son de inexcusable aplicación a toda la materia punitiva, con mayor fuerza —si cabe— que en otras disciplinas jurídicas. Se trata de las garantías penales recogidas por la Constitución española de 1978 y que constituyen pilares indiscutibles de nuestro Estado de Derecho (5). En efecto, por muchas especialidades que existan en todo el DERECHO PENAL ESPECIAL deben respetarse siempre las garantías penales (principio de legalidad de los delitos y penas, principio de culpabilidad, irretroactividad de la ley penal no favorable, prohibición de la analogía, igualdad ante la Ley y demás recogidos en el vigente Código Penal y, con mayor precisión, en el Proyecto de Código Penal), que constituyen derechos de todos los españoles garantizados entre los fundamentales en el texto constitucional. E incluso, por encima de todo sistema político y de las contingencias de lo histórico, «hay una unidad teórica, un universal en cuanto a la necesidad de una estructura de garantías» (6).

Así, si es posible y hasta necesario hablar de un DERECHO PENAL MARÍTIMO, como conjunto de normas y principios penales que regulan los delitos y las penas en la mar, protegiendo los bienes jurídicos de ese mundo peculiar que es la navegación y el medio marino, esta dis-

(5) Escribe OSCAR ALZAGA que este apartado —artículo 25, primero, de la Constitución Española de 1978— «no sólo se encuentra inspirado en las exigencias de la seguridad jurídica, que debe inspirar todo el ordenamiento positivo, sino también en la justicia, que, como dijo RADBRUCH, es la parte axiológica del Derecho y, por ende, el valor absoluto que da sentido a los textos legales de carácter sancionador». Vid. ALZAGA, Oscar: «La Constitución española de 1978», Madrid 1978, p. 243. Vid. también GARRIDO FALLA, Fernando, SERRANO ALBERCA, José, y otros: «Comentarios a la Constitución». Madrid 1980. El comentario al artículo 25 es de SERRANO ALBERCA.

(6) Vid. LOPEZ HENARES, Vicente: «Problemas jurídico-políticos del poder militar», en Revista Española de Derecho Militar, núms. 31-32, enero-diciembre 1976, p. 80. MERLE-VITU: «Traité de Droit criminel», Cuyás, París, 1973, p. 126. CASADO BURBANO, Pablo: «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española», en Revista Española de Derecho Militar, núm. 36, julio-diciembre 1978, p. 36 y ss. TRILLO-FIGUEROA y MARTINEZ-CONDE: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», en Revista de Estudios Políticos, núm. 12, noviembre-diciembre de 1979. GARCÍA ARIAS, Luis: «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», en Revista de Estudios Políticos, núm. 152, Madrid 1967. TRUYOL SERRA, A.: «Los derechos humanos», Madrid 1977.

ciplina no podrá poseer nunca autonomía fuera del campo del Derecho punitivo. En este sentido, Jiménez de Asúa (7) escribe: «Por el señalado mal camino de fraccionar el territorio del Derecho Punitivo, se ha subrayado la especialidad de otros varios "Derechos" penales, aunque justo es decir que la mayoría de los autores no llegan a postular su autonomía». Añadiendo: «Rechazamos, pues, de plano todas estas especialidades jurídico-punitivas. Si el afán de atomizar lograrse sus designios, se crearía un derecho penal comercial, un derecho penal electoral, un derecho penal patrimonial y hasta un derecho penal sexual. La unidad del derecho sancionador y represivo impide estas dispersiones. El hecho de que puedan y hasta deban existir leyes especiales nada significa. Que las fuentes de conocimiento y producción del Derecho penal no estén unificadas, en nada afecta a la unidad de objeto». Concluyendo que, cosa diferente, por motivos de ordenamiento práctico, aunque no por motivos gnoseológicos, acontece con otros aspectos del Derecho penal especializados por el territorio o por el espacio, por la materia y las personas, entre los que incluye al Derecho Penal Militar (8).

2. EL DERECHO PENAL MARITIMO

En todos los tiempos, las legislaciones que se han ocupado de la navegación han cuidado de sustraer al ordenamiento penal común al tratamiento de los delitos característicamente náuticos o marítimos (9).

Normas represivas especiales se han arbitrado desde siempre para sancionar los delitos que, teniendo una estricta relación con el buque y con su navegación, revisten determinadas peculiaridades, bien por los intereses —públicos o privados, políticos o económicos— lesionados, por la cualificación de su autores (delitos propios o de propia mano) o por el lugar y tiempo de su comisión.

Ciertamente, tales normas tienen un contenido común que afecta al Derecho Penal y al Derecho Marítimo, pero su colocación exacta —dentro de la mejor sistemática de las partes del derecho— debe ser un Código Marítimo por los fines que se persiguen en toda Codificación (fijación, clarificación y sistematización de una parte del derecho) y porque estas infracciones están circunscritas a un determinado ambiente: son delitos que tienen por teatro la mar y la vida a bordo de

(7) JIMENEZ DE ASUA, Luis: «Tratado de Derecho Penal», Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, pp. 64, 65 y 66.

(8) Para un estudio reciente del Derecho Penal Militar, vid. la Comunicación presentada a las Jornadas de estudio sobre el Derecho Penal Militar de Caracas (marzo 1980) por el General Consejero Togado JIMENEZ JIMENEZ, Francisco: «Limiti e Caratteri delle leggi penali militari», *Rassegna della Giustizia Militare*, enero-abril 1982.

(9) VELLA, Mario: «Reati Marittimi», en *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1939, tomo X, págs. 1187 y ss. BERLINGIERI, F.: «Diritto Marittimo», 1930, págs. 249 y ss.

El trabajo se denomina: «Note di Diritto Penale Marittimo con particolare riguardo della riforma della vigente legislazione».

SOLVENI: «Spunti sulle disposizioni penali e disciplinari del progetto del Codice marittimo», en *Diritto Marittimo*, 1932, pág. 245.

un buque y no son concebibles en otro lugar (10). En definitiva se trata de que los riesgos y peligros que son inherentes a la navegación no se agraven por las conductas antijurídicas de quienes viven a bordo, por lo que se explica la exigencia de una disciplina más rígida, la obligación de subordinarlo todo a la seguridad de la navegación y la tipificación como delito de conductas que en tierra serían simples incumplimientos de contratos.

El principio general de tutela de la navegación marítima se ha decantado, desde los más antiguos ordenamientos de Derecho Marítimo, en una serie de delitos náuticos que constituyen el sustrato y el fundamento de las normas penales de la navegación.

Pero existe otro elemento normativo (11) de integración del equipo humano en el funcionamiento del buque: la jerarquía a bordo, doblemente caracterizada por su estilo disciplinario muy acusado y por la extensión generalizada en el conjunto de la marina militar y civil. Esta jerarquía significa un relevante automatismo en la subordinación y obediencia a las órdenes del mando, imprescindible para el ejercicio de la autoridad a bordo, y relaciones de dependencia estructuradas jerárquicamente hasta llegar a la unidad de mando de la nave: su comandante o capitán.

La organización de a bordo comporta también, al lado de la jerarquía y para servirle de apoyo, un régimen disciplinario y penal «sui generis», puesto que en buque —como en ninguno otro lugar— este régimen participa unitariamente de las fases penal y disciplinaria unidas en la figura del mando de donde emanan las decisiones: el ejercicio de la autoridad a bordo comienza por las medidas disciplinarias inmediatas adoptadas por el capitán o comandante y continúa en la iniciación de medidas procesales y penales, reservadas naturalmente al enjuiciamiento de los Tribunales de Justicia, pero cuya denuncia, comienzo de la instrucción y medidas cautelares pertenecen al mando de un buque en navegación. El régimen disciplinario y penal en vigor en la marina, en todas las legislaciones, es objeto de minuciosas disposiciones que le confieren el carácter de un verdadero derecho penal «sui generis» (12), no sin analogía por su fin, por sus criterios y por su rigor con el derecho penal militar; este derecho se llama el Derecho Penal Marítimo.

(10) En un principio, DINO VIDALI, «Diritto Penale Marittimo», en Nuovo Digesto Italiano, vol. IV, al referirse a la legalidad anterior al Código de la Navegación Italiano, llegó a sostener que los delitos náuticos podían formar un capítulo en el Código Penal común. En contra, Mario VELLA (ob. cit., «Reati Marittimi») entiende que los delitos verdaderamente marítimos son infracciones especiales cuya sede está propiamente en un Código Marítimo, con exclusión de aquellos delitos comunes que —aun cometidos a bordo— puedan ser llevados al Código Penal. Más recientemente, VIDALI («Diritto penale della navigazione», en Nuovesimo Digesto Italiano, vol. V, págs. 985 y ss.) opina que parece preferible localizar las normas penales marítimas en el ámbito del Derecho de la Navegación.

(11) Auguste-Reynald WERNER: «Traité de Droit Maritime General». Genève 1964, pág. 123.

(12) WERNER: «Traité...», ob. cit., pág. 127.

Afirma Vidali, en su importante estudio (13), que con la expresión Derecho Penal de la Navegación se diferencian aquellas normas del Derecho de la Navegación que tienen contenido penal. Así las normas penales entran en el Derecho Público de la Navegación como las normas penales de cualquier especialidad entran en el Derecho Penal General. El Derecho Penal de la Navegación es considerado como Parte Especial y su Parte General es el Derecho de la Navegación Público. En el mismo sentido afirma Manca que la meta de los mentores y compiladores del Código italiano fue la reglamentación integral y completa de la materia de la navegación. Tal meta no habría sido realizada si el Código no hubiese regulado el importante sector del derecho penal relativo a la navegación y, por ello, una rama particular y vital del derecho de la navegación (14). Esta colocación del derecho penal marítimo no es la única posible en el ámbito de la sistemática jurídica. No cabe duda que un grupo de normas penales encuentra siempre lugar en el sistema del derecho penal en sentido amplio (15), aun cuando sea evidente —como dice Gamechogicochea (16)— que los actos delictivos que se cometan en el ejercicio de la navegación y el carácter profesionales de las personas que a ella se dedican exigen un código penal acomodado a estas circunstancias.

En realidad, como dice Vidali (17), el derecho penal de la navegación encuentra una doble ubicación porque participa del derecho penal y del derecho de la navegación a un tiempo, como claramente se deduce de su misma denominación. Esta doble dependencia o colocación no depende únicamente de criterios formales o didácticos, sino de elementos sustanciales, ya que el contenido sustancial de una norma es el que debe decidir su ubicación y no al revés, puesto que el hecho formal del lugar atribuido por el legislador puede derivarse de criterios contingentes. Por razón de su contenido sustancial, por el hecho de que regulan un aspecto de la navegación y de la vida a bordo, estas normas de carácter penal son normas marítimo-penales. Pero con no menor

(13) Para el estudio de este tema son de gran importancia la consulta de notables monografías dedicadas a particulares instituciones del Derecho penal de la navegación italiano publicadas en el «Nuovo Digesto Italiano», «Enciclopedia del diritto» y «Nuovissimo Digesto Italiano». Entre estos trabajos destacamos: VIDALI: «Diritto penale della navigazione», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. V, p. 986 y ss.; VELLA, Merlo: «Reati Marittimi», en Nuovo Digesto Italiano, tomo X, p. 1187 y ss.; GABRIELI, Francesco P. e MAZZA, Marcellino: «Codice penale», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. III & 5, p. 392. DANTE GAETA: «Diritto della Navigazione», en Enciclopedia del Diritto, vol. XI, p. 1078; Cesidio DE VICENTIS: «Reati marittimi ed aeronautici», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. XIV, p. 839.

(14) MANCA, Plinio: «Studi di Diritto della navigazione», vol. IV, Milano, Giuffrè, 1963, p. 119. Añade que tal laguna habría acabado con la fusión armónica de la disciplina pública con la privada en materia de la navegación, fusión que constituye una importante finalidad del Código. No cabe tampoco duda a este autor que las normas penales de cualquier índole, y por tanto las marítimas, deben encuadrarse en el ámbito del Derecho Público, en este caso de la Navegación.

(15) «Por leyes penales se deben tener no sólo el Código Penal o una ley particular que tenga por exclusiva y principal función la represión de los delitos, sino las disposiciones de otras leyes que tipifican un delito y cominan con una pena, y por eso son leyes penales si bien cada parte de cualquier cuerpo de leyes, especial o general, tenga otro principal cometido que no sea el magisterio punitivo» [Relazione ministeriale sul progetto del Codice Penale del 1887, núm. XIV]. Sentencia de Casación de 16 de marzo de 1917, en «Giustizia penale», 1918, p. 545, y MANZINI: «Trattato di diritto penale italiano», 2.ª ed. Torino 1920, vol. I, p. 152 y ss.

(16) GAMECHOGOICOCHEA: «Derecho Marítimo», en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, vol. I, p. 617.

(17) VIDALI: «Diritto penale della Navigazione», ob. cit., p. 986.

exactitud, desde el punto de vista de la sistematización, puede decirse que son normas penales con carácter marítimo (18) y que, si en Italia forman un capítulo del Código de la Navegación y en España se encuentran en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, podrían incluirse en un título del Código Penal común, donde aparecen algunos delitos náuticos. Con esto no debe entenderse disminuida la autonomía del Derecho Marítimo como un sistema particular de normas sistematizadas dotadas de una intensa especialidad y debemos aceptar como evidente el hecho de que una norma presente más de un aspecto (el penal y el marítimo) y esté sujeta para su interpretación a algunos principios de otra rama del derecho (el Derecho Penal), puesto que el concepto de autonomía no excluye el principio de unidad del ordenamiento jurídico y el parentesco de las varias ramas del derecho entre sí. La doctrina (19) es prácticamente unánime en que el Derecho Penal Marítimo tiene, respecto al Derecho Penal, un carácter de complementariedad y que sus normas y principios están ligados con un vínculo indisoluble con el Derecho Penal General, cuyas normas son aplicables —salvo escasas especialidades— a la materia penal contenida en los Códigos especiales marítimos.

Afirma MANCA (20) que el derecho penal de la navegación es especial respecto al derecho penal común, bien por la diferencia de sus instituciones, bien por la diversidad de las categorías o clases que son aplicables a los dos derechos. El derecho penal de la navegación, no obstante esta particularidad y peculiaridad, entra en el amplio marco del derecho penal que, según la clásica definición de PETROCELLI, es «el conjunto de normas jurídicas que prohíben alguna acción u omisión, típicamente determinada, con la amenaza y con la imposición, en caso de transgresión, de un mal que se llama pena (21).

(18) VIDALI: Ob. cit., «Diritto Penale della Navigazione-Nuovissimo Digesto Italiano».

(19) GABRIELI, Francesco P. e MAZZA, Marcellino: «Codice Penale», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. III, & 5, p. 382. Las normas penales de la navegación están sistematizadas según el criterio de la objetividad jurídica y de la complementariedad de las disposiciones penales de la navegación en comparación con el Código penal. MANCA, Pinio: «Studi di Diritto della Navigazione», vol. IV, Milano, Giuffrè, 1963, p. 120. CESIDIO DE VICENTIS: «Reati marittimi ed aeronautici», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. XIV, p. 839. Eugenio SPASIANO: «Oggetto, limiti ed integrazione del diritto della navigazione», en Revista del Diritto della Navigazione, I, 1961, vol. XXII, p. 43 y ss. Antonio LEFEBURE D'OVIDIO e GABRIELE PESCATORE: «Manuale di Diritto della Navigazione», Milano 1969, p. 629: «Las normas penales del Código de la Navegación se encuentran en posición de complementariedad respecto a aquella de los Códigos Penales y de procedimiento penal». DOMINEDO, F.: «Introduzione al diritto di navigazione», Roma 1945, p. 41. Señala que las normas penales de la navegación no constituyen sistemáticamente más que un capítulo del Derecho Penal cualificado por la especialidad de la materia: «ratione subjecti o ratione obiecti». LEONE, Giovanni: «Studii per la Codificazione del diritto della navigazione», vol. I, 1940, p. 114 y ss.; vol. II, 1940, p. 446 y ss., y vol. III, 1941, p. 750 y ss.

(20) MANCA: «Studi di diritto...», ob. cit., p. 123.

(21) PETROCELLI: «Principi di diritto penale», Nápoles 1955, vol. I, p. 3. Para Jiménez de Asúa, el Derecho Penal es: «Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora» (Tratado de Derecho Penal, tomo I, p. 33, Buenos Aires 1964).

VIDALI (22) estima que, si bien desde un punto de vista general la colocación de estas normas en el ámbito del derecho penal sería sin duda exacta, parece, en cambio, preferible su localización en el ámbito del Derecho de la Navegación, y ello por variadas razones que han dado a esta ubicación un carácter ya tradicional en la ciencia del derecho. Las razones van a incidir, ante todo, en su contenido y en los fines que persiguen. Se trata de delitos (deserción de la nave, motín a bordo, piratería, atribución abusiva del mando) que tienen por teatro el mar y la vida a bordo. Pueden denominarse delitos de ambiente, y las sanciones penales existen en tanto exista la actividad navegante y su particularismo. Determinadas normas privadas, las de policía de la navegación y de los puertos, así como las normas del Derecho Público de la Navegación, son garantizadas con una protección penal, con sanciones primitivas que tienen un fin único: la garantía de la navegación, entendida como garantía del orden, seguridad, tranquilidad a bordo y, en definitiva, la prosperidad de la actividad náutica. Si esta unidad de propósitos y medios cimienta las ramas del Derecho de la Navegación entre sí, es exacto afirmar que las normas primitivas que miran a la navegación forman un brazo del Derecho de la navegación, es decir, una rama particular: el Derecho Penal Marítimo o de la Navegación, que tiene la consideración de parte especial como parte penal del derecho de la navegación pública.

En la conocida (23) «Relazione al Codice della Navigazione italiana», después de exponer el fundamento de la disciplina autónoma legislativa de la navegación, se justifica la necesidad de establecer algunas reglas particulares divergentes del Código Penal común, sin perjuicio de observar una atenta y rigurosa coordinación con el Código punitivo ordinario. Buscando el criterio de la objetividad jurídica de los delitos náuticos en las particulares exigencias de la disciplina de la navegación que no encuentren perfecta correspondencia en las infracciones tipificadas en el Código Penal.

(22) VIDALI: Ob. cit. en Nuovissimo Digesto Italiano. D. MAIORANA: «Navigazione», en Diritto amministrativo italiano de Orlando, vol. VII, Milano 1914, p. 233, enseña que todo sistema de normas de Derecho público (aquí Derecho Público de la Navegación) da fácilmente lugar a un sistema de delitos especiales relativos a las infracciones de aquél y esto ocurre con las sanciones penales marítimas.

ANTOLISEI hace referencia, en su «Manuale del diritto penale», Parte Generale, pp. 9-10, al Derecho penal especial, donde se encuentran los Códigos Penales Militares y el de la Navegación, observando que muchas normas penales se encuentran diseminadas en otras numerosas leyes, entre las que señala el Código de la Navegación», de 31 de enero de 1941 (p. 54).

(23) «Relazione al Codice della Navigazione di Grandi. Relazione al Re.», Milano 1942. En el mismo sentido, Gabriele PESCATORE: «Oggetto e limiti del diritto della navigazione», en Scritti giuridici in onore di Antonio SCIALOJA y también en Revista Trimestrale di Diritto e procedura civile, 1951, p. 407 y ss., presupone la plena aplicabilidad de las normas generales del Derecho penal por la posición de complementariedad del Derecho Penal de la Navegación, cuyo fundamento como Derecho penal especial es la salvaguarda de intereses peculiares deducibles de la objetividad jurídica de cada delito. Paolo DI RONZA, en «La fattispecie reato di naufragio colposo» (Rivista del Diritto della Navigazione, 1971, p. 58), entiende que el intérprete debe encuadrar las normas penales del Código de la Navegación en el Código Penal General, pues el Derecho especial —cual es el de la Navegación—, aunque se considera autónomo, se debe integrar en el Derecho general, siempre presente en la interpretación de las normas especiales. En contra, Cesidio DE VICENTIS, en «Sicurezza della Navigazione», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. XVII, p. 279 y ss., considera más adecuado regular toda la materia inherente a la navegación en el adecuado Código, de modo que las normas fueren redactadas e interpretadas por especialistas en la materia y no por estudiosos del Derecho Penal, que fatalmente las habrían formulado siguiendo el criterio interpretativo de los delitos comunes.

Leone entiende que se debe evitar el exceso de las normas penales de la navegación, en cuanto que puede conducir a una especie de segundo código, con la consecuente desvalorización del derecho penal común, que en todo caso debe quedar como matiz de los derechos penales especiales (24).

Según LEFEBURE D'OVIDIO Y PESCATORE (25), la línea de la disciplina del Derecho Penal de la Navegación —integrada por los delitos cuya comisión está condicionada por la navegación marítima y aérea— se articula según los criterios siguientes:

1. Determinación de la esfera de la aplicabilidad de la disciplina fijada por el Código y encuadramiento de la misma en el derecho penal general.
2. Sistematización de los delitos según el principio de su objetividad jurídica.
3. Fusión de los delitos marítimos y aeronáuticos.

En los ordenamientos marítimos antiguos y en muchas de las normas y legislaciones modernas se mantiene el defecto de ocuparse de todos los delitos cometidos en la navegación, sin tener en cuenta la importante distinción entre delitos exclusivamente marítimos o propios, delitos marítimos impropios (26) y delitos comunes. Desde el punto de vista de la relación entre Derecho Penal de la Navegación y Derecho Penal común, son delitos propios o exclusivamente marítimos aquellos a los que no corresponde ninguna figura de delito común y están caracterizados por la calidad del sujeto activo del delito (delitos propios o de propia mano), por la condición del sujeto pasivo o por el objeto, tiempo o lugar de comisión del hecho criminal, que configuran un tipo criminal específicamente marítimo. Delitos marítimos impropios (27) son aquellos que, correspondiendo a figuras previstas en el Código Penal u otras leyes penales, adquieren una fisonomía peculiar y especial

(24) LEONE, G.: «Studi per la codificazione del diritto della navigazione», vol. I, 1940, p. 225. CARNELUTTI, en Riv. dir. proc. Civ., 1942, I, p. 78, hace un encendido elogio de estos estudios para la codificación marítima en Italia: «Dan un bello ejemplo este grupo de jóvenes que trabaja en torno al maestro, y el maestro que muestra cómo se debe trabajar en torno a un Código. Será un Código de escuela».

(25) Antonio LEFEBRE D'OVIDIO e Gabriele PESCATORE: «Manuale di Diritto della Navigazione», Milano 1969, p. 627.

(26) VELLA, Mario: «Reati Marittimi», en Nuovo Digesto Italiano, p. 1188. Fortunato LAZZARO afirma, con referencia al Derecho Italiano, que el Código de la Navegación disciplina hechos criminosos que inciden sensiblemente en la vida de la navegación, turbando su ordinario desenvolvimiento y organización. De tales normas, algunas reproducen —con algunos elementos nuevos— delitos ya previstos en el Derecho Penal Común; otras sancionan agravaciones especiales para delitos comunes cometidos en el ámbito de la navegación; otras, finalmente, prevén delitos típicos de la navegación («I delitti contro la persona nel diritto penale della navigazione», en Rivista del Diritto della Navigazione, 1965, I.º, p. 108). En este sentido, también Paolo DI RONZA, en «La fattispecie reato di naufragio colposo», cit., hace idéntica distinción.

(27) Dino VIDALI, en «Diritto penal Marittimo», en Nuovo Digesto Italiano, vol. IV, considera como ejemplo de estos delitos marítimos impropios el homicidio de un superior a bordo.

En el mismo sentido, VELLA Mario: «Reati marittimi», también en Nuovo Digesto Italiano. Existe una clara distinción entre delitos propios e impropios en la «Relazione al Codice della Navigazione», citada, donde se advierte que, si bien para los delitos propios de la navegación se ha podido establecer una disciplina del todo autónoma, para los delitos impropios es preciso una coordinación rigurosa con el Código Penal Común.

por exigencia de la navegación, que los diferencian de los delitos comunes. En ellos, el hecho de la navegación añade al tipo una particular configuración, una pena diversa o la previsión de una circunstancia que lo cualifica como delito marítimo y hace necesaria una especial normativa por insuficiencia de los preceptos comunes.

Afirma MANCA (28) que esta distinción entre delitos propios e impropios es original del Derecho de la Navegación y que su fundamento es de índole predominantemente subjetiva. En efecto, muchos delitos náuticos no pueden ser cometidos por cualquier persona, quedando reducido el sujeto activo a un grupo de individuos que ostentan una determinada cualidad o se encuentran en una situación jurídica concreta. En este sentido, la doctrina italiana (29) pone de manifiesto cómo el incumplimiento contractual hace surgir algunos delitos náuticos; así el contrato de embarco o enrolamiento delimita hipótesis delictivas, tales como la desertión, sedición o desobediencia. El motivo no es otro que el legislador valora la exigencia y complejidad de la vida a bordo para imprimir carácter de antijuridicidad penal a un hecho ilícito, pero no delictivo en circunstancias normales, pero que por razón del sujeto y la situación a bordo debe ser castigado como delito.

Fuera de los delitos propios y de aquellos que Leone (30) ha calificado con feliz terminología de delitos marítimos impropios, quedan los delitos comunes que deben tipificarse en el Código Penal, aun cuando los Códigos Marítimos establezcan como agravantes o atenuantes aquellas circunstancias que —sin influir en la naturaleza de la infracción— legitimen un especial aumento o disminución de la pena o se aparten de las reglas comunes (ejemplo, la embriaguez en determinados delitos a bordo de un buque). En efecto, el marino puede —como individuo— cometer un delito común y en tal caso debe ser castigado por el Código Penal con la pena allí prevista, salvo que su propia cualidad de marino no constituya una circunstancia de mayor o menor responsabilidad (31). Pero si el hecho, aunque sea de naturaleza común, comporta la violación de una norma marítima o la cualidad de marino constituye un elemento objetivo del hecho, entonces se altera la esencia de la infracción y le imprime tal carácter que es necesario excluir estos delitos del catálogo

[28] MANCA, Plinio: «Diritto penale della Navigazione», cit., p. 125. VIDALI, después de haber enumerado los delitos propios de desertión, desobediencia, motín (sedición), piratería, abuso de bandera o usurpación de mando, escribe acertada e incidentalmente que son todos delitos que tienen por teatro el mar y la vida a bordo; por teatro exclusivo, es preciso destacarlo, y que no serían concebibles en otro lugar; son delitos circunscritos de forma fija a un ambiente y pueden por ello llamarse delitos de ambiente (Dino VIDALI: «Diritto penale della Navigazione», cit., p. 966).

[29] MANCA: «Diritto penale...», cit., p. 126.

[30] Giovanni LEONE: «Considerazioni sulla sistemazione del diritto penale della navigazione», vol. I, 1940, pp. 116 y 117. La misma terminología se refleja en la «Realazione el Codice della Navigazione», citada. Ver también el Manuale de LEFEBRE D'OVIDIO y PESCATORE, p. 547.

VIDALI hace referencia a los artículos 1.084 y 1.085 del Código de la Navegación Italiano, que establecen circunstancias agravantes por la cualidad de las personas (delitos cometidos por el Comandante y los Oficiales, delitos comunes perpetrados por la tripulación o pasajeros), que suponen la elevación de la pena prevista en un tercio (Dino VIDALI: «Diritto penale della Navigazione», ya citado).

[31] Mario VELLA: «Reatti marittimi», en Nuovo Digesto Italiano, p. 1188.

de los crímenes comunes y llevarlos a los marítimos, como delitos propios o impropios de la navegación.

De Vicentis (32), que ha escrito las más relevantes monografías sobre esta materia, advierte que la expresión delitos marítimos o aeronáuticos puede entenderse en dos sentidos: 1) «Ratione obiecti», y tendremos los delitos objetivamente náuticos, en el sentido de que su objetividad jurídica encuentra su lugar apropiado en el hecho mismo de la navegación y en la tutela de bienes peculiares jurídico-marítimos. 2) «Ratione subiecti», con referencia a los sujetos activos de estos delitos: la gente de mar o los que navegan. En este caso se trataría de delitos propios o de sujeto activo exclusivo.

Precisado así el doble sentido de los delitos náuticos, surge el problema de su colocación sistemática, partiendo de la existencia de los Códigos Penales Marítimos. En España, delitos militares marítimos en el Código de Justicia Militar y delitos náuticos de la Ley Penal y Disciplina de la Marina Mercante.

Hay que preguntarse si debe existir una vía intermedia entre la formación de un Derecho Penal de la Navegación, tipificando en los Códigos Marítimos todos los delitos de la Navegación (tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo) o la simple colocación de toda la materia penal marítima en el ámbito del Código Penal Común.

Entendemos que hay que llegar a la solución de este problema mediante la formulación del principio de la *complementariedad* del Derecho Penal Marítimo o de la Navegación. Esta parte del Derecho Penal Especial tiene por objeto tutelar un grupo de particulares bienes jurídicos o intereses vitales para la navegación que, por su peculiaridad, aspiran a una categoría autónoma respecto a la categoría de bienes e intereses tutelados por el Derecho Penal Común (33). El Derecho Penal Marítimo debe presentarse, pues, como un derecho complementario del derecho penal común, debiendo concretarse a los delitos típicamente náuticos o propios de la navegación por su objetividad jurídica, con amplias remisiones al Código Penal tanto en su parte general —donde son bien escasas las peculiaridades marítimas— como en la parte especial.

Es básico el principio de la eficacia de las normas generales penales en el ámbito de la navegación, y a la luz de tal postulado deben resol-

(32) CESIDIO DE VICENTIS: «Problemi attuali del diritto penale della navigazione», en Atti del VI Congresso Nazionale Giuridico Forense, Milano 1963. Del mismo autor: «Reati Marittimi ed aeronautici», en Nuovissimo Digesto Italiano, vol. XIV, p. 939.

(33) Crítica DE VICENTIS el mal criterio metodológico seguido por el Derecho Italiano en la Codificación penal y marítima, que ha dado lugar a la dispersión en varios cuerpos de normas de los delitos —objetivos y subjetivos— de la navegación. Así el naufragio, en su hipótesis básica, está regulado en el Código Penal común, mientras hipótesis particulares de este delito están insertas en el Código de la Navegación (arts. 1.119, 1.121 y 123), creando graves problemas de coordinación y de interpretación. Sería deseable, según este autor, que todos los delitos típicos de la navegación encontraran su sede en la parte penal del Código de la Navegación (CESIDIO DE VICENTIS: «Reati Marittimi ed aeronautici», cit., p. 939).

verse los problemas que puedan surgir entre el Código Penal y las normas penales marítimas. Así planteado el problema se reduce a fijar los límites del Derecho Penal Marítimo, haciéndolos coincidir con los delitos típicos o propios de la navegación, es decir, a la determinación de cuáles son estos delitos náuticos. En este sentido, la peculiar naturaleza de estas infracciones se basa en su objetividad jurídica, puesto que no basta que el sujeto activo del delito sea un miembro de la dotación o tripulación (34), sino que lo determinante es la configuración de un tipo criminal específicamente marítimo que no tiene ninguna correspondencia con las figuras de delitos comunes previstas en el Código Penal.

No es viable, en efecto, la pretensión de construir lo que tendríamos que denominar un DERECHO MARITIMO PENAL, que entrañaría dificultades que no resisten el más elemental examen doctrinal. En primer lugar, esta pretendida disciplina supondría una amputación del campo del Derecho Penal, rompiendo una coherencia entre su Parte General, elaborada cuidadosamente y con legítimas pretensiones de validez para todo el campo punitivo, ya la Parte Especial, de la que el DERECHO PENAL ESPECIAL MARITIMO no es más que un apéndice.

Vendría a ser tanto como hacer a la Parte del Derecho Penal que castiga los delitos relacionados con la mar tributaria de un DERECHO MARITIMO, cuya pedida «autonomía» nunca podría extenderse hasta suplantarse con sus someros principios penales peculiares aquellos principios penales que, acuñados por el paso de los tiempos y perfeccionados por una dogmática particularmente elaborada en el campo de los Principios Generales, constituyen ya parte de las normas fundamentales o constitucionales recogidas por la mayor parte de los países del mundo como indiscutibles garantías de todo ciudadano. Pero no solamente son de aplicación inexcusable al Derecho Penal Marítimo los postulados de la Parte General del Derecho Penal, sino también, y en segundo lugar, múltiples preceptos de la Parte Especial del Derecho Penal. Determinados conceptos penales, descuidados durante mucho tiempo por una dogmática sólo preocupada por la Teoría del delito constituyen la auténtica Parte Especial del Derecho Penal, lejos de esa pretendida Parte General de la Parte Especial del Derecho Penal, rechazada hoy por la mejor doctrina. Tales conceptos, propio y auténtico contenido de la Parte Especial, son de aplicación también al DERECHO PENAL MARITIMO, que así se nutre de todos los principios penales y presupone en sus tipos elementos ya elaborados por el Derecho Penal

(34) Sobre la participación de extraños en los delitos marítimos propios o de sujeto activo exclusivo, en relación con los artículos 1.081 del Código de la Navegación Italiano y el 117 del Código Penal, son particularmente valiosos los trabajos de Cesidio DE VICENTIS: «Reati Marittimi...», ob. cit., y Plinio MANCA: «Studi...», ob. cit., vol. IV, p. 135 y ss.

Común, General y Especial (35). Si esto es cierto, si efectivamente son escasísimos los preceptos penales especiales que se refieren a la Parte General y aun los tipos penales especiales, objeto y razón de ser de su existencia, viven como apoyados en la Parte Especial del Derecho Penal, debemos concluir que nuestra disciplina —el Derecho Penal— está dotada de una coherencia que es imposible desconocer sin negar su propia esencia, degradando los tipos penales especiales a un mero Derecho Disciplinario (36).

Finalmente, es preciso recoger la acertada crítica de DE VICENTIS (37) cuando se duele de la situación lamentable y al propio tiempo paradójica de los estudios doctrinales de derecho penal de la navegación. En efecto, el Derecho Penal Marítimo es desdeñado por los maritimistas, que le dedican una parte mínima e insignificante de sus tratados; pero —a la vez— es desdeñado también por los penalistas porque —al tratarse de una materia especial que generalmente desconocen— la excluyen del gran tronco del derecho penal.

El principio de la complementariedad del Derecho Penal Marítimo,

(35) MALVAGNI, al presentar su Proyecto de Ley General de la Navegación en la República Argentina, opina certamente: «Debo destacar que cada una de las ramas del Derecho de la Navegación, que están reguladas en estos seis libros, no pierden su vinculación con la respectiva rama del Derecho general a que pertenezcan. Este detalle tiene mucha importancia, porque olvidando este principio se han hecho algunas críticas al proyecto, relacionado con el contenido del artículo 1.º, que, en su párrafo segundo, autoriza, a falta de disposiciones del Derecho de la Navegación, a recurrir a la analogía, lo que constituiría una grave infracción a los principios fundamentales del Derecho Penal, si se pretendiera aplicar tal regla de Interpretación al contenido del Libro V, que contiene el régimen represivo de la Marina mercante». Añadiendo más adelante: «Como cada una de estas subramas del Derecho de la Navegación mantiene su vinculación con la rama general del Derecho a la cual pertenece, nunca se podrá aplicar por incongruente el principio de analogía en la interpretación de las normas represivas del Libro V». Y finalmente, decidiendo que también las normas de Derecho administrativo siguen vinculadas a los principios que rigen esta rama del Derecho, la navegación comercial debe ser interpretada como conjunto de normas de Derecho comercial y las del Libro III como Derecho laboral (Atilio MALVAGNI: «Lineamientos generales del proyecto de Ley General de la Navegación», p. 213 y ss.). De acuerdo con el ilustre profesor argentino de la escuela napolitana de Scialoja en lo referente a que cada una de las ramas del Derecho Marítimo no deja de pertenecer ni de nutrirse, en definitiva, de los grandes principios de las disciplinas jurídicas a que pertenece. Pero precisamente por ello es digno de crítica el que, a la cabeza de una Ley General de la Navegación que incluye en su Libro V el Derecho Penal Marítimo, figure con carácter general la legitimidad de recurrir a la interpretación analógica, que el propio autor «desecha» para el Derecho Penal. Su solución de rechazar la analogía en el campo represivo es válida a la luz de los principios generales del Derecho, pero muestra un grave defecto de técnica en la elaboración del proyecto, razonablemente destacado por la doctrina de su país.

(36) A este último sentido parece referirse el profesor José Luis DE AZCARRAGA Y BUSTAMANTE cuando, después de destacar que «el Derecho Marítimo, siendo el Derecho de un medio común —los mares—, no podrá ser dividido en compartimientos estancos», señala que, «cuando Colbert redactó su famosa Ordenanza de Marina en 1681, colocó juntas todas las disposiciones relativas a las materias marítimas, tanto si se trataban de Derecho privado y de procedimiento como de Derecho penal, administrativo o público en general». Terminando por encuadrar el Derecho Penal Marítimo bajo el apartado B) y como una parte del Derecho administrativo marítimo («Derecho Internacional Marítimo», ed. Ariel, Barcelona 1970, p. 20). Ver también VIGIER: «Curso de Derecho Marítimo», para una acertada división del Derecho Marítimo, 1963, p. 128.

(37) Cesidio DE VICENTIS: «Problemi attuali del diritto penale della navigazione», en Atti del VI Congresso Nazionale Giuridico Forense, Milano 1963, p. 99. En el mismo sentido se pronuncia FERRARINI, en la misma publicación (p. 127). Ver también BRUNETTI: «Manuale di diritto della navigazione marittima ed interna»; PINO MANCA: «Studi di Diritto della Navigazione», vol. IV, Milano, Giuffrè,

derecho especial (38) frente al Derecho Penal General, hace preciso que el estudio de la «delincuencia marítima» —aquella que no encuentra tipo correspondiente en el derecho penal común— sea abordado por penalistas dotados, además, de la formación jurídico-marítima imprescindible para profundizar en investigación de esta peculiar rama del derecho. Los conocimientos de Derecho Penal son necesarios, puesto que se trata de delitos contenidos en leyes especiales que describen tipos peculiares, mientras que para todas las reglas generales valen los principios del Código Penal. El principio de la eficacia de las normas generales punitivas no basta, sin embargo, para resolver todos los eventuales problemas que pueden presentarse en el campo del Derecho Penal Marítimo. Esta disciplina, acatando los grandes principios penales —legalidad, culpabilidad, igualdad, irretroactividad—, deberá elaborar algunos principios propios y peculiares, que surgirán al aplicar y desarrollar las normas penales a los hechos de la navegación y al reunir las normas penales marítimas en un Código complementario. En esta labor se funden los quehaceres del penalista y del maritimista, puesto que el Derecho Penal Marítimo no es un derecho excepcional o temporal, cuya misión es ser pionero del Derecho Penal y su último destino la integración de sus normas en el Código Penal, sino un cuerpo legal duradero —aun cuando complementario— que responde a la necesidad de regular de modo especial los delitos y faltas náuticos, contemplando una realidad social —el fenómeno de la navegación— que es objeto de estudio por una disciplina autónoma: el Derecho Marítimo.

3. PRINCIPIOS GENERALES DE LA REFORMA DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

3.1. *Los Pactos de la Moncloa.*

Con independencia de antecedentes más lejanos, la idea de reforma del Código de Justicia Militar aparece —ante la transición política— en el Texto del Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política aprobado en Madrid el 27 de octubre de 1977, más conocido con el nombre de Pactos de la Moncloa. En efecto, el apartado VII de los Indicados acuerdos lleva por título «CODIGO DE JUSTICIA MILITAR» y se refiere a las siguientes cuestiones:

(38) Afirma RODRIGUEZ DEVESA que el contraste entre Derecho Penal común y Derecho Penal especial es ante todo topográfico. Legislación penal especial es la que se encuentra extramuros del Código Penal, lo que no quiere decir que sea independiente de los principios establecidos por el propio Código Penal, pues éste constituye la ley penal fundamental. Esa diversidad puede obedecer a la existencia de delitos que protegen bienes jurídicos no atendidos por el Derecho Penal común o de la contemplación de una lesión conjunta de otro bien jurídico al lado de los que se encuentran protegidos en el Código. La exclusión del Derecho Penal en común y especial es de tipo formal y no afecta al carácter criminal del contenido de las leyes especiales. En la mayoría de los casos hay un origen histórico y no cuenta en su abono con argumentos técnicos decisivos (RODRIGUEZ DEVESA, José M.: «Derecho Penal español. Parte General», Madrid 1979, pp. 33, 34 y 35).

Reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar:

1.º Por razón del delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares.

2.º Por razón del lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares.

3.º Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyen delito militar.

4.º Sometimiento a los tribunales ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo.

5.º Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar.

3.2. La Reforma del Código de Justicia Militar (39).

«Por imperativos derivados del cumplimiento del punto VII del programa de actuación jurídica y política de los Pactos de la Moncloa, se acomete la tarea de modificar aspectos concretos de la normativa del sistema procesal y sustantivo del Código de Justicia Militar, dejando la revisión general del mismo para fecha posterior», como se dice en el Proyecto de Ley de Reforma del Código de Justicia Militar publicado el día 15 de noviembre de 1978 (Boletín Oficial de las Cortes). Los principios que inspiran este Proyecto, aprobado como Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, son los ya señalados en los Pactos de la Moncloa y además los siguientes:

a) Reconocimiento de la especial naturaleza de las infracciones militares que «comprenden generalmente un tipo de antijuricidad y culpabilidad compleja, en las que el hecho no es susceptible de juicio ajeno a los profesionales de las armas».

b) Existencia de un poder punitivo interno y propio de la Institución militar.

c) Previsión de un sistema modernizado de justicia militar; resultará más eficiente en su día con una revisión general de Código cuando los cambios legales de la organización militar, la penal y la general del Estado obliguen a emprender la tarea de estudio y preparación de la obra que al Gobierno y a las Cámaras legislativas concierne. A tales

(39) Vid. VALENCIANO ALMOINA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80». Madrid 1980.

efectos se dispone la elaboración de un plan de informes y anteproyectos relativos a la Reforma Legislativa de la Justicia Militar.

d) Se configura la posibilidad de una nueva ordenación general disciplinaria que sirva de prerrogativa sancionadora puramente interna de los Ejércitos, descargándose la judicialidad de todo proceder que anticipadamente pueda corregirse. Se separan, pues, los campos de lo judicial y disciplinario, autorizando al Gobierno para dictar un Reglamento General de Disciplina Militar de acuerdo con las bases que se establecen.

e) Quiebra de los principios de autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar al establecer un acuerdo de casación, contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

f) Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos que se sigan en la jurisdicción militar.

g) Eliminación de la dualidad de algunas tipificaciones superpuestas en el Código Penal y Código de Justicia Militar.

h) Modificación muy restrictiva de la competencia de la Jurisdicción Militar por razón de delito, lugar, persona, causas de desafuero, conexión y codelincuencia de personas sujetas a distinto fuero.

3.3. *La Constitución española de 1978* (40).

La promulgación o sanción de la Constitución Española el 27 de diciembre de 1978 significó la consagración, al máximo nivel normativo, de los siguientes principios constitucionales:

1.º La Justicia Militar forma parte del Poder Judicial (Título VI, artículo 117, núm. 1).

2.º El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales (art. 117, núm. 5).

3.º Se reduce el ejercicio de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución (art. 117, núm. 5).

(40) Vid. CASADO BURBANO, Pablo: «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 36, julio-diciembre 1978, p. 7 y ss. TRILLO-FIGUEROA M.-CONDE, Federico: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una constitución institucional)», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12 (nueva época), noviembre-diciembre 1978, p. 105 y ss. LOPEZ HENARES, Vicente: «Problemas jurídico-políticos del poder militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 31-32, enero-diciembre 1976, p. 11 y ss. H. OEHLING: «La función política del Ejército», Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1967. GARCIA ARIAS, Luis: «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, Madrid 1987. DIEZ ALEGRIA, Manuel: «Ejército y Sociedad», Alianza Editorial, 2.ª edición, Madrid 1973. ALZAGA, Oscar: «La Constitución española de 1978», Madrid 1978. GONZALEZ NAVARRO, Francisco: «La nueva Ley fundamental para la Reforma Política», Madrid 1977, p. 21.

4.º Se suprime la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra (art. 15).

5.º Se garantizan una serie de derechos fundamentales y libertades públicas que pueden tener importante incidencia en las normas penales y procesales militares.

6.º Se consagran los principios de autonomía, especialidad e integración en el poder judicial de la Jurisdicción Militar.

3.4. *El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.*

Una ponencia especial, constituida en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación, elaboró un anteproyecto de Código Penal que el Gobierno remite al Congreso de los Diputados y publica el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 17 de enero de 1980. Este proyecto supone una renovación completa de nuestro derecho punitivo. Se inspira —según su exposición de motivos— en los postulados de la moderna Política criminal, en la moderación de las penas y la eliminación de ciertos delitos formales. Los delitos se sistematizan en atención a la jerarquía y complejidad del bien que lesionan, se adopta el sistema dualista de sanciones penales (penas y medidas de seguridad) y se consagra el principio de culpabilidad. Las reformas introducidas en los libros II y III responden:

- a) A necesidades técnicas sentidas desde hace tiempo.
- b) A la evolución o cambio social.
- c) A la nueva organización política.
- d) A imperativos de la propia Constitución.
- e) A la conveniencia de incorporar al Código preceptos de la legislación especial.

Es evidente la influencia que este Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal tiene en la redacción de un nuevo Código de Justicia Militar. Podemos concretar este ámbito en los órdenes de cuestiones siguientes:

1.º Título Preliminar: De las garantías penales y de la norma penal. Constituye un conjunto de normas y principios penales y aun procesales de indudable importancia en nuestro derecho punitivo y con vocación de generalidad y supletoriedad, expresamente establecida en el artículo 16 del Proyecto.

2.º Libro I: Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal. Se piensa en una remisión en bloque —conservando las necesarias peculiaridades— al Código Penal o la elaboración de una

Parte General propia del Derecho Penal Militar; en todo caso hay que tener en cuenta la innovación y avance que supone el texto de este Proyecto del Código Penal Común.

3.º El libro II, «Delitos y sus penas», ofrece para la Jurisdicción Militar el interés de que, conductas que actualmente se incriminan en el Código Castrense aparecen ahora tipificadas en el Proyecto de Código Penal y, en otros casos, pueden existir problemas de delimitación de los tipos penales.

3.5. *El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial.*

El día 16 de abril de 1980 se publica este Proyecto de Ley Orgánica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados). En su Título Preliminar regula el Poder Judicial, declarando —en su artículo 1.º— que la Justicia emana del pueblo y se administra, en nombre del Rey, por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles y responsables, sometidos únicamente al imperio de la Ley. El artículo 3.º es particularmente importante al disponer que: «La Jurisdicción es única y se ejerce por los Jueces y Tribunales de los órdenes civil, penal, administrativo y social, a salvo de la competencia del Tribunal de Cuentas y las atribuciones de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

3.6. *Principios generales de la Reforma de la Justicia Militar.*

A la vista del Ordenamiento Jurídico español (41) podemos enumerar como líneas directrices de la reforma de la Justicia Militar las siguientes:

1.º Toda reforma militar debe tener presente la misión constitucional de las Fuerzas Armadas (art. 8 de la Constitución).

2.º Los derechos y deberes fundamentales de los españoles, recogidos en el Título I de la Constitución, deben ser respetados y tutelados por la Jurisdicción Militar, particularmente aquellos derechos relacionados con las garantías penales.

3.º La Jurisdicción Militar forma parte del Poder Judicial (Título IV de la Constitución) y constituye una jurisdicción especial dentro del principio de unidad jurisdiccional del Estado.

4.º La Jurisdicción Militar se ejercerá en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio.

(41) Se debe tener necesariamente en cuenta el artículo 40 de la Ley Orgánica de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar y la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 9/80 de reforma del Código de Justicia Militar.

5.º El procedimiento penal militar establecerá la garantía de defensa, la apelación, casación o revisión de los fallos, con las restricciones que para el estado de sitio o tiempo de guerra se determinen.

6.º Se establecerá un estatuto de la Autoridad Judicial Militar, sus Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal Jurídico-Militar.

7.º Los principios recogidos en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, regla moral de la institución militar y marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros, presidirán la redacción del futuro Código Castrense.

8.º El futuro Código Militar deberá reflejar debidamente la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar, equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial.

9.º Se deberá tener en cuenta el progreso comparado con los sistemas de la orgánica judicial militar de los ejércitos extranjeros de más asidua relación.

4. BASES PARA UNA REGULACION DE LOS DELITOS DE LA NAVEGACION EN EL FUTURO CODIGO PENAL MILITAR

4.1. Denominación.

Dentro del proyectado Código Penal Militar es necesario incluir un Título, dedicado a los «Delitos contra los deberes del servicio en la navegación», que comprenda los delitos contra los deberes a bordo de buque de guerra o aeronave militar. Es de destacar que la naturaleza de los delitos que deben ser tipificados en este Título no difiere fundamentalmente de los delitos contra los deberes del servicio, existiendo entre ambos una simple relación de generalidad o especialidad, que razones de extensión del articulado y peculiares características aconsejan elaborar en Títulos separados.

Una vez realizados los trabajos de elaboración del articulado del Título, es el momento de plantearse la clasificación en Capítulo Único o si es más adecuada alguna otra en la que —manteniendo la denominación del Título— se proceda a la inclusión de los tipos en capítulos distintos (Capítulo I: delitos contra los deberes del mando; Capítulo II: delitos contra la integridad del buque o aeronave, y Capítulo III: delitos contra los deberes del servicio a bordo), consiguiendo mayor homología entre los delitos de la navegación marítima y aérea. Finalmente, es preciso justificar la denominación del título (delitos contra los deberes del servicio en la navegación). Entre los muchos bienes jurídicos que podrían indicarnos la verdadera naturaleza jurídica de los delitos comprendidos en esta clasificación legal se ha preferido el servicio

por su mayor amplitud, antecedentes en el Derecho Militar español (Código Penal de la Marina de Guerra: Delitos contra los deberes del servicio militar), Derecho comparado (Francia, Portugal, Cuba, Italia), doctrina española (Querol, Valenciano, Montúll, Millán) y coherencia con la terminología del proyectado Código Penal Militar. Se prefiere esta expresión —deberes del servicio— a otras menos comprensivas o poco expresivas que, sin embargo, en algún caso se han utilizado. Así: Delitos contra la eficacia, integridad, disciplina a bordo, seguridad, operatividad, funcionalidad o potencial marítimo o aeronáutico. Debemos destacar que no se trata de introducir en este Título las especialidades de la Armada o Aviación Militar, donde existen numerosas conductas absolutamente homologables en tipos generales aplicables a las Fuerzas Armadas, sino que lo característico de este grupo de delitos viene definido por:

a) Se trata, sólo y exclusivamente, de delitos contra los deberes del servicio, con exclusión de los ataques a otros bienes jurídicos.

b) Los deberes del servicio infringidos deben ser los peculiares del marino o aviador a bordo, no los generales del servicio (comunes a todo militar), ni los delitos cometidos en tierra, fuera de ese ámbito cualificado que se describe como «a bordo de buque de guerra y aeronave militar». Es decir, en la Armada y Ejército de Aire existen cuarteles, arsenales, aeródromos, dependencias o establecimientos militares que no tienen la protección penal específica que aquí se arbitra, contemplando las especiales características del buque de guerra o aeronave militar.

4.2. *Derecho comparado.*

No es infrecuente en el Derecho comparado encontrar numerosos ejemplos de títulos o capítulos específicamente dedicados, en los Códigos de Justicia Militares, Códigos Penales Militares o Códigos Penales (países socialistas), a tipos náuticos y aeronáuticos. El Derecho comparado se puede clasificar a estos efectos en tres tendencias:

a) Códigos que tratan, por todos los medios e incluso de forma harto discutible, de lograr un uniformismo en los tipos penales, homologando las conductas con sentido unitario de las Fuerzas Armadas (Bélgica).

b) Países que, sin agrupar en capítulos específicos y separados los delitos náuticos y aeronáuticos, los tipifican expresamente en artículos o series de artículos separadamente (Italia, Portugal, U.S.A., España, Francia).

c) Aquellos otros, particularmente hispanoamericanos, que dedican Títulos o capítulos especiales a las infracciones náuticas y aeronáuticas. De entre éstos destacamos:

Argentina.—Código de Justicia Militar de 18 de julio de 1951. Título VIII: Infracciones especiales de la Marina y de la Aeronáutica.

Colombia.—Código de Justicia Penal Militar, aprobado por Decreto de 11 de julio de 1958. Título XIII: De los delitos especiales y relativos a la Armada y a la Fuerza Aérea.

Chile.—Código de Justicia Militar de 31 de mayo de 1976. Título I: De los delitos especiales relativos a la Marina de Guerra.

Inglaterra.—Armed Forces Act de 21 de diciembre de 1966, que prorroga y enmienda, entre otras, la Naval Disciplina Act. de 1957.

México.—Código de Justicia Militar de 29 de agosto de 1933. Capítulo III: Infracción de deberes especiales de marinos.

Rumanía.—Código Penal Rumano de 21 de junio de 1968. Título X, Capítulo 1.º, Sección Tercera: Delitos específicos de la Aviación y la Marina de Guerra.

4.3. *Naturaleza jurídica.*

Aunque la mayor parte de los delitos incluidos en este Título son infracciones pluriobjetivas, es decir, que atacan a diversos bienes jurídicos, hay que destacar que son —ante todo— delitos contra los deberes del servicio, constituyendo la violación de los más elementales deberes del mando y dotación de un buque de guerra. Tanto los tipos dolosos como los negligentes atacan contra deberes específicos del personal embarcado, no homologables con los deberes generales del militar.

Pero tampoco hay que olvidar que el buque de guerra en sí mismo (y también la aeronave) merece una protección penal específica, y, como luego desarrollaremos en su lugar (Delitos contra la integridad del buque de guerra), estos delitos atacan también:

a) Contra la Comunidad Social, pues suponen en la mayoría de los casos un peligro próximo o riesgo para la vida o integridad de las personas que se encuentran a bordo.

b) Contra el potencial bélico de la Nación, al ser el buque de guerra parte integrante de la defensa nacional y medio de combate de primera magnitud.

c) Contra el patrimonio militar, objeto material de numerosos delitos incluidos en este Título, bien por suponer la destrucción, naufragio o averías de un buque de guerra o su puesta en peligro. Aunque de todos los intereses afectados, éste es el menos importante, y ello explica tanto su exclusión del Título de Delitos contra la Hacienda Mi-

litar como las graves penalidades que se imponen, inexplicables si no tratarse únicamente de menoscabos patrimoniales.

Desde el punto de vista de la navegación marítima, el gran protagonista de estos delitos es en realidad el buque y de ahí el «nomen iuris» de delitos contra la integridad del buque de guerra. Pero no el buque como bien patrimonial o económico, sino el buque como parte del potencial bélico patrio confiado a su mando y dotación, el buque con todo su significado de riesgo y peligro. Esta circunstancia del buque de guerra podemos examinarla en las siguientes características:

a) Exigencia especial de conducta al Comandante, Oficiales y dotación de un buque de guerra, en relación con los específicos deberes que les impone el servicio militar y su responsabilidad respecto al buque como parte importante del potencial bélico de la nación que se les confía.

b) Peligrosidad del escenario del delito. Si en la mar debe exigirse siempre una exquisita diligencia y la observancia de todas las precauciones reglamentarias, no vamos a insistir en los medios catastróficos utilizados que arriesgan vidas humanas y, muchas veces, la seguridad de otros buques.

c) Gran calidad de los bienes jurídicos expuestos. Empezando por la vida e integridad corporal de toda la dotación, que se arriesga anti-jurídicamente, y finalizando por el propio buque de guerra, como elemento indispensable de la defensa nacional. En época de guerra cobran singular relieve estos ataques a la integridad del buque y su dotación.

Esta panorámica de consecuencias importantes y probables resultados lesivos a bienes jurídicos fundamentales ha llevado al legislador militar y nos conduce a proponer la imposición de graves sanciones que alcancen el techo máximo sancionador de nuestro Derecho Militar, aunque no se produzca ningún resultado lesivo para la integridad corporal como consecuencia de estos eventos.

4.4. Exclusión de determinadas tipicidades náuticas.

Debemos concretar ahora la materia objeto de estudio, en coherencia con los criterios sostenidos, de la forma siguiente:

4.4.1. Se excluyen de este Título todas las infracciones que, aun siendo típicamente náuticas, no atenten contra los deberes del servicio, por violar otros bienes jurídicos prevalentes y que gozan —en otros lugares del Código— de una especial protección. La unidad de estos delitos, caracterizados por un especial «animus», no se puede romper en Títulos o Capítulos separados, como hacen con poca fortuna algunos Códigos consultados, en base únicamente al medio comisivo, sin tener en cuenta la naturaleza jurídica o contenido sustancial de la infracción.

Así, los tipos náuticos de traición militar, delitos contra las leyes y uso de la guerra, sedición militar, desobediencia, cobardía, desertión, abandono de servicio, denegación de auxilio o deslealtad no se incluyen en el presente Título ni Capítulo, pues deben tener su adecuado encaje —como simples formas comisivas— a lo largo del articulado del Código Penal Militar.

4.4.2. Por las mismas razones, se deben excluir de los tipos aquellas conductas que pueden homologarse para todas las Fuerzas Armadas, generalizándose al no precisar de una descripción propia. Huyendo, en todo caso, tanto del excesivo uniformismo —que puede llegar a equiparar totalmente una máquina de guerra, un buque o una aeronave— como del acusado particularismo o minifundismo de tipologías, que conduce a un casuismo que haría demasiado extenso el ya recargado articulado penal. Ejemplos muy claros son los delitos de abandono de mando (art. 347 del Código de Justicia Militar), abandono de puesto (art. 358 del Código de Justicia Militar) o embriaguez en acto de servicio (arts. 362, 363, 399 y 400 del Código de Justicia Militar). Tales delitos, una vez tipificadas las conductas de forma comprensiva, encuentran su más adecuado encuadramiento entre los delitos contra los deberes del servicio.

4.4.3. Consecuencia de lo expuesto es que los delitos incluidos en este Título son, todos ellos, delitos propios o de «propia mano», es decir, que el sujeto activo de los mismos sólo puede ser un militar. En algunos casos se concreta aún más el sujeto activo del delito al Comandante del buque de guerra o Jefe de Escuadra o formación naval. En otros aparecen Oficiales, dotación del buque de guerra (Incluyendo a personas no militares, como a antiguos miembros de la maestranza, personal civil funcionario o no funcionario de la Administración Militar) y restantes militares, que bien pudieran ser tropas transportadas por vía marítima. Incluso son sujetos activos de algunos de estos delitos los Capitanes y miembros de la tripulación de buques no militares convoyados o los prácticos que presten sus servicios a bordo de naves militares, como veremos a continuación.

4.5. *Sujeto activo. Especial referencia a la participación de no militares.*

En principio, los delitos contra los deberes del servicio a bordo sólo pueden ser cometidos por militares, tipificándose como delitos propios o de propia mano con la repetida expresión: «el militar o miembro de la dotación del buque de guerra». Siguiendo la crítica de Querol (42), se ha desechado la limitación del sujeto activo al Comandante, Oficiales o simplemente al «marino» (art. 343 del vigente Código de Justicia Militar). Evidentemente, sólo puede ser sujeto activo de los delitos contra los deberes del servicio a bordo, la persona obligada a cumplir

(42) QUEROL: «Principios de Derecho Militar Español», tomo II, p. 494.

determinados servicios en el buque, que comportan una exigibilidad de conducta determinada. El concepto de militar está definido en la parte general del Código y no ofrece dudas que comprende a los pertenecientes al Ejército del Aire.

El vigente Código de Justicia Militar habla del «marino», en el sentido de militar perteneciente a la Armada española, en los artículos 259-8.º (Traición), 298 (Sedición), 339-7.º (Cobardía), 385 (Denegación de auxilio) y 343 (Delito contra el honor militar). Afirma Querol que, en ocasiones y pese a que el texto del respectivo artículo diga «el militar», ha de entenderse que es precisamente del Ejército de Mar cuando habla del buque; o al del Aire cuando habla de aeronave, a los que pertenezca el culpable.

Entendemos, sin embargo, que en estos delitos —e incluso en general— debe emplearse la palabra «el militar» para designar el sujeto activo de estas infracciones castrenses, y ello tanto por resultar innecesarias mayores precisiones (que, en todo caso, quedan solucionadas por interpretaciones como la apuntada por Querol) como por la existencia de actuaciones conjuntas (en paz y guerra) de militares de los tres Ejércitos. En el ámbito de la Marina de Guerra existe, en efecto, una Aviación naval (Arma Aérea de la Armada) y una Infantería de Marina. Sus miembros no dejan de ser «marinos» en un sentido genérico, es decir, pertenecientes a la Armada, pero son mejor definidos como militares, es decir, pertenecientes a las Fuerzas Armadas en general, puesto que no les son de aplicación todos los deberes específicos de la tripulación de un buque de guerra al encontrarse embarcados. Sin embargo, existen algunos deberes que debe cumplir toda persona embarcada en una nave de guerra y tampoco existe entonces motivo para reducir a los (marinos de la dotación) la exigibilidad de algunas conductas a bordo.

En muchas ocasiones, las tropas transportadas han cometido delitos que afectan al servicio a bordo, máxime en aquellos buques destinados exclusivamente al traslado de efectivos militares (transportes de ataque).

El Código de Justicia Militar francés de 1965, en el párrafo 2.º de su artículo 3 (Título Preliminar), dispone que la expresión «individuo embarcado» designa indistintamente al individuo embarcado en un buque de la Marina o aeronave militar, por cualquier título que sea.

Sin embargo, las expresiones «militar» o «militar embarcado» no agotan las posibilidades del sujeto activo posible de infracciones contra los deberes del servicio a bordo. En efecto, en los buques de la Armada puede navegar personal civil al servicio de la Administración Militar, como personal de la antigua Maestranza, funcionarios civiles de la Administración Militar o personal civil no funcionario. La expresión «miembros de la dotación o tripulación del buque» incluye a este personal que —en principio— no tiene condición militar.

Hay que hacer, finalmente, una referencia a determinado personal no incluido en sujetos activos de los delitos tipificados, pero que debe figurar en una disposición común o general al Título. Se trata de la conducta de «no militares» o de personas «no embarcadas» que pueden participar en estas infracciones. No deja de ofrecer problemas la llamada participación del extraño en los delitos propios, aunque ésta no es la figura exacta que aquí contemplamos, sino la extensión de la condición de militar (sujeto activo del delito), u otras personas, en determinadas circunstancias.

El Código de Justicia Militar Argentino de 18 de julio de 1951 (Infracciones especiales de la Marina y Aeronáutica) tipifica delitos náuticos cometidos por Comandante o piloto de nave o aeronave mercante o miembro de su tripulación que forma parte de un convoy bajo escolta o dirección militares (arts. 812, 813, 815, 816, 817, 818 y 819).

El Código de Justicia Penal Militar de Colombia, en su artículo 283, dispone: «Las disposiciones del presente Título se aplicarán en lo pertinente a los comandantes, pilotos y demás personal civil de buques y aeronaves mercantes o comerciales que hagan parte de un convoy o formación o que estén bajo escolta militar».

El Código de Justicia Militar francés de 1965 castiga en su artículo 454 a: «Todo comandante (capitán) de un buque mercante o de una aeronave convoyado o requisado que, en tiempo de guerra o en el curso de operaciones de guerra, abandone voluntariamente el convoy del que forma parte o desobedezca las órdenes».

En Italia, el Código Penal Militar castiga los delitos del piloto o práctico no militar cuando es llamado a ejercitar su función análoga o propia en buque de guerra (art. 256). Los prácticos tomados en consideración como sujetos activos de las previsiones de la Ley penal militar —advierte Venturo (43)— son aquellos que dirigen una nave militar o un convoy bajo escolta militar (acompañado y protegido por buques militares) o bajo dirección militar (compuesto únicamente de buques mercantes, bajo la autoridad inmediata de los órganos militares). Cuando la norma penal hace referencia a la nave, se entiende el buque dirigido o una nave perteneciente al convoy gobernado. Los delitos propios del práctico están contenidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 256 del Código Penal Militar.

Por otra parte, el mismo Código italiano castiga los delitos propios de los comandantes de los buques o aeronaves no militares.

Así, castiga como sujeto activo al comandante de un buque mercante de una aeronave civil en convoy bajo escolta o dirección militar. El elemento material consisten en ocasionar la pérdida de la nave de su

(43) Vid. LAUDI, VENUTRO, STELLACCI, VERRI: «Manuale di diritto e procedura penale militare», Milano 1978, p. 474.

mando o su separación del convoy (art. 257), previéndose las hipótesis culposas.

Entendemos que se deben castigar como sujetos activos de los delitos tipificados en este Título a:

a) El Capitán o miembros de la tripulación de un buque no militar convoyado bajo escolta o dirección militar. Se trata de la institución marítima del convoy o navegación «en conserva», que representa una fórmula válida en el Derecho de la Guerra Marítima para escapar del ejercicio del derecho de visita y de las hostilidades.

Afirma Azcárraga (44) que se da el nombre de convoy a la agrupación de barcos mercantes que recorren sus rutas habituales bajo la guarda y garantía de un buque de guerra de una flotilla de su mismo pabellón. Es evidente que el hecho de ir «en conserva» bajo pabellón enemigo, les hace correr todos los riesgos de las hostilidades como si fueran un buque de guerra, considerándose todo el convoy o formación como una única unidad combatiente. Todo ello justifica la asimilación militar que reciben Capitanes y tripulaciones, pues su conducta debe estar presidida por el estricto cumplimiento de deberes náuticos análogos a los que el servicio impone a la dotación de un buque de guerra y a su comandante.

b) Personas que presten en tierra servicios de ayuda a la navegación militar. La navegación marítima, tanto de buques de guerra como mercantes, de pesca o de recreo, necesita una serie de instalaciones en tierra de apoyo a los navegantes. Son los puertos, con todos sus servicios directamente relacionados con la ayuda a la navegación marítima, servicios semafóricos oficiales, comunicaciones marítimas, balizamiento, faros y otras instalaciones imprescindibles en tierra.

c) Los prácticos a bordo de los buques de guerra. Define Vigier (45) el practicaje como un servicio público que, en interés de la navegación, presta el Estado a la entrada y salida de los puertos y en determinados parajes de la costa. Según el artículo 1.º del Reglamento General de Practicajes, se entiende por Práctico el Capitán, piloto o patrón facultado por el Ministerio de Marina para pilotar los buques en las entradas y salidas de los puertos, rías o barras, en los movimientos dentro de los mismos y en los amarrajes y desamarrajes. En el ejercicio de sus funciones están subordinados a la Autoridad local de Marina, son funcionarios públicos y pueden ser corregidos disciplinariamente por faltas.

Los buques de guerra nacionales están exceptuados de la obligatoriedad del servicio de practicaje a la entrada de puerto, en las capitales de las Zonas Marítimas, Bases Navales, Estaciones Navales y puertos militares. En los demás puertos, las autoridades de Marina podrán dis-

(44) AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, José Luis: «Derecho Internacional Marítimo», Barcelona, abril 1970.

(45) VIGIER DE TORRES, Agustín: «Derecho Marítimo», Madrid 1977, p. 115.

pensar de la obligación de tomar práctico cuando las circunstancias de base habitual del buque u otras así lo aconsejen.

En nuestro derecho, el práctico no toma el mando o dirección del buque, que continúa bajo las órdenes de su Comandante, pero responde por una mala indicación o consejo imprudente, sin que su culpabilidad excluya en todo caso la que pudiera tener el mando del buque.

4.6. *El problema de las tipicidades negligentes.*

Coincidiendo con el tratamiento general de la imprudencia o negligencia, se debe alterar el sistema del Código Castrense actualmente vigente, que consistía —aunque con numerosas dificultades— en reunir en un solo Capítulo, denominado «Negligencia», las conductas imprudentes, negligentes o debidas a impericia profesional. Dejando aparte las acertadas críticas de Gómez Calero (46), pues no todos los delitos agrupados en el capítulo de «Negligencia» son delitos culposos, parece preferible no agrupar en un capítulo o título las incriminaciones imprudentes. Tampoco es lógico configurar un sistema de incriminación abierta por lo que respecta a la culpa, semejante al conocido artículo 565 del Código Penal vigente, particularmente cuando el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal se aparta decididamente de esta fórmula, acudiendo a la específica tipificación de las figuras culposas. Parece, pues, el sistema más acertado, y en este aspecto coincidimos plenamente con el estudio sobre la «negligencia» de Carlos Rey (47): incluir a lo largo del articulado las incriminaciones culposas, a veces en el párrafo segundo de un artículo. Es de destacar que, tratándose de delitos contra los deberes del servicio a bordo de buques de guerra, cometidos por el mando o su dotación, la conducta culposa será muchas veces una impericia o negligencia profesional, que reviste —a nuestro entender— mayor gravedad y puede equipararse a la imprudencia grave o temeraria.

En este sentido, en el Derecho Militar comparado basta la imprudencia o negligencia —sin que ésta tenga que ser grave para constituir delito—, si se produce la pérdida de un buque de guerra u otro accidente de mar, en las siguientes legislaciones:

Argentina: Artículos 792, 793, 794.

Colombia: Artículos 273 y 274.

Cuba: Artículo 69-c).

Chile: Artículos 383-2.º, 386, 387, 397.

(46) GÓMEZ CALERO, Juan: «La culpabilidad en los delitos de negligencia en el Código de Justicia Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 25-26.

(47) REY GONZÁLEZ, Carlos: «Los delitos de imprudencia en el Código de Justicia Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 38, enero-junio 1980.

Francia: Artículo 409.

Estados Unidos: Artículos 108-núms. 2 y 3 y 110-b).

Italia: Artículos 106 y 108.

México: Artículo 369.

Portugal: Artículos 117, 118 y 129.

Rumanía: Artículo 345.

Turquía: Artículos 137 y 144.

España: Artículo 394.

Bélgica: Artículo 57.

Para que una conducta de impericia profesional en la mar constituya delito, entendemos en definitiva que es suficiente la simple imprudencia, sin exigir la gravedad de la negligencia, pues —con independencia de los argumentos antes expuestos de derecho español y comparado— el propio proyecto de Ley Orgánica del Código Penal equipara la impericia o negligencia profesional a la imprudencia grave (ver arts. 175 y 176), sin dejar impune la llamada imprudencia leve. En estos delitos náuticos, que sólo pueden ser cometidos por militares o miembros de la dotación del buque, la imprudencia que ocasiona el resultado dañoso puede y debe calificarse siempre de profesional o impericia en la mar, donde las conductas culposas revisten especial importancia por la entidad de los bienes jurídicos expuestos. La gran amplitud de la pena debe abarcar suficientemente todas las clases de imprudencia, cuya gravedad graduará el Tribunal al individualizar la pena.

4.7. Penalidad.

Hay que destacar, en primer lugar, la necesaria gran amplitud de límites que debe tener la pena para los delitos dolosos contra la integridad del buque, particularmente cuando se trata de la pérdida intencionada de un buque de guerra. Amplitud que lleva, en su grado máximo, a proponer la pena de muerte en época de guerra para el Comandante u Oficiales que ocasionaren el naufragio o destrucción intencional de su buque en la mar. Pena ya señalada al delito en el artículo 342 del Código de Justicia Militar, que ahora debe limitarse a la pérdida del buque en época de guerra (art. 15 de la Constitución Española). No es preciso destacar la gravedad de esta conducta por lo que supone de quebrantamiento de deberes, peligro para la dotación y privación de medios al potencial bélico de la nación. Lógicamente, debe distinguirse la pena entre el Comandante y Oficiales —con una mayor exigibilidad en sus conductas— y el resto de la dotación y otros militares responsables. Asimismo existe una gradación entre los supuestos más graves.

pérdida de buque, y otras conductas de menor entidad, como los abordajes, varadas, averías o daños, en el caso de delitos dolosos.

En los tipos culposos se abarcan todos estos resultados, pues en ocasiones puede merecer más reproche penal y suponer mayor imprudencia un abordaje en la mar que un naufragio en puerto.

Para estos delitos culposos y para la infracción de medidas de seguridad en la navegación se podría introducir —como principal en el primer caso y como pena alternativa en el segundo— la pena de inhabilitación definitiva para mando de buques.

La justificación de la incorporación de esta sanción al arsenal de las penas militares viene dada por las razones siguientes:

a) Se trata de una pena muy adecuada para las infracciones culposas o delitos de peligro que no suponen una perversidad en la persona responsable que aconseje su ingreso en prisión por largo tiempo y, al mismo tiempo, supone una evidente ejemplaridad.

b) A la vez que una pena es una medida preventiva que trata de evitar futuras acciones imprudentes del condenado al mando de un buque de guerra, cuya responsabilidad ha probado que no puede asumir.

c) Evita las cortas penas carcelarias, en el supuesto de infracción de las medidas de seguridad en la navegación.

d) No es ninguna novedad en nuestro Derecho Militar, ya que los artículos 37, 53 y 66 del Código Penal de la Marina de Guerra establecían la pena de «privación de mando», y existe esta misma sanción en la vigente Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. Antecedente remoto, pero bien claro, de esta pena es la de «privación de mando», contenida en el Título 5 de las Ordenanzas de la Real Armada para castigar al que por mala maniobra abordase bajel de guerra o embarcación particular.

El concepto de «Robo» en la Ley de Contrato de Seguro

Juan Gómez Calero

Teniente Coronel Auditor

Profesor Adjunto de Derecho Mercantil

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Delimitación del concepto de «robo» en la Ley de Contrato de Seguro. 1. Idea general. 2. Delimitación negativa. 3. Delimitación positiva «ex lege». 4. Delimitación positiva «ex voluntate». III. Conclusión.

I

PLANTEAMIENTO

El delito de «robo» que nuestro Código penal contempla en sus artículos 500 a 513 puede ser definido, en presencia del primero de estos preceptos, como el «apoderamiento con ánimo de lucro de cosas muebles ajenas, empleando violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas» (1). La noción se completa con el artículo 501 (que comprende todas las hipótesis de «vis física» o «vis moral») y con el artículo 504 (que relaciona exhaustivamente los supuestos legales de «fuerza en las cosas») (2).

(1) Nuestros penalistas contemporáneos no suelen dar otra definición del delito de robo que la mera transcripción del artículo 500; así, CUELLO CALÓN («Derecho Penal», tomo II, 7.ª edición, Barcelona, 1949, pág. 791), PUIG PERA («Derecho Penal», tomo IV-2, 5.ª edición, Barcelona, 1969, pág. 182), QUINTANO RIPOLLES («Curso de Derecho Penal», tomo II, Madrid, 1963, págs. 208-207), MÚÑOZ CONDE («Derecho Penal», parte especial, 3.ª edición, Sevilla, 1979, págs. 181-183) y RODRÍGUEZ DEVESA («Derecho Penal Español», 8.ª edición, Madrid, 1980, pág. 429). VIADA («Código penal reformado de 1870...», tomo III, 4.ª edición, Madrid, 1890, pág. 339) define el delito de robo, con base en el artículo 515 de aquel Código, como «el apoderamiento de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, verificado con ánimo de lucro».

(2) Con igual técnica se configura el delito de robo en el «Proyecto de Ley Orgánica de Código penal», publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», con fecha 1 de enero de 1980, artículos 241, 242 y 245.

A esta noción se remiten otros textos legales, integrantes del ordenamiento jurídico patrio, cuando hablan de «robo». Así, la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (3), en su artículo 59, o el Código de Justicia Militar (4), en sus artículos 6 y 194.

Ahora bien: regulado por primera vez en España (mediante la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980) el «seguro contra el robo», se plantea la necesidad de decidir si aquel concepto legal es igualmente válido para esta figura asegurativa (lo que implicaría que solamente los «robos» en sentido jurídico-penal constituyen eventos indemnizables), o si, por el contrario, en la nueva ley se utiliza el término «robo» bajo una acepción diversa o con un significado diferente (en cuyo caso estarían incluidos en la cobertura de este seguro otros atentados patrimoniales distintos del robo).

Comenzaremos por decir que el «seguro contra el robo» apenas ha merecido la atención de los legisladores. Como recuerda Garrigues (5), «ni la ley alemana, ni la ley suiza, ni la ley francesa, ni la ley argentina lo regulan, limitándose a aludirlo en algunas de sus disposiciones» (6).

Otro tanto ha venido ocurriendo en España, donde esta modalidad de seguro está ausente del Código de Comercio y del Código civil. Es más: los respectivos artículos 438 y 1.791 de estos Códigos parecen denotar que sólo los riesgos derivados de «caso fortuito» pueden ser objeto de un contrato de seguro; y, si bien es cierto que semejante interpretación debe ser superada y que la «fortuicidad» viene referida en todo caso al asegurado, no cabe desconocer la aparente oposición de aquellos preceptos sustantivos al aseguramiento de un acto, el robo, que es siempre intencional (7).

(3) De 24 de diciembre de 1964.

(4) Redacción de 6 de noviembre de 1980.

(5) GARRIGUES: «Contrato de seguro terrestre». Madrid, 1973, pág. 319.

(6) Estas leyes son, respectivamente, de 30 de mayo de 1908, 2 de abril de 1908, 13 de julio de 1930 (actualmente incorporada al «Code des assurances» de 16 de julio de 1978) y 30 de agosto de 1967; a ellas se podrían añadir la ley belga de 11 de junio de 1874, la ley mejicana de 26 de agosto de 1835, el Código civil italiano de 1942 y el Código de Comercio colombiano de 1971, por sólo citar algunos de los más conocidos ordenamientos.

Es de señalar que la trayectoria de creciente proteccionismo del asegurado frente a la empresa de seguros, iniciada por alguna de estas disposiciones normativas, viene siendo reforzada en la actualidad a través de dos vías: una genérica, consistente en aplicar al contrato de seguro la disciplina de las condiciones generales de la contratación (de la que son ejemplo la ley alemana de 9 de diciembre de 1978, la ley francesa de 10 de enero de 1978 y la ley británica de 1 de febrero de 1978), y otra específica, mediante leyes de control de la actividad aseguradora (cuales son la ley belga de 29 de julio de 1975, la ley argentina de 21 de abril de 1977, la ley italiana de 10 de junio de 1978 y la ley suiza de 23 de junio de 1978). Por lo que respecta a España, el control de la actividad aseguradora se rige todavía por la Ley de Ordenación de los Seguros privados de 16 de diciembre de 1954, si bien existen trabajos prelegislativos en esta materia.

Digamos finalmente que el evento de «robo» es mencionado, entre «otros daños a los bienes», en la primera directriz de la C. E. E., sobre el «seguro directo no vida», de 24 de julio de 1973.

(7) Por la presencia de «elementos subjetivos del injusto», el delito de robo no se puede cometer por culpa; así, QUINTANO («Derecho penal de la culpa», Barcelona, 1958, págs. 491-492) y RODRIGUEZ DEVESEA («Derecho...», cit., págs. 417 y 430).

Sin embargo de ello, el «seguro contra el robo» se ha venido practicando en nuestra patria; y, a falta de disposiciones legales, las pólizas aprobadas por la Dirección General de Seguros del Ministerio de Hacienda (8) han desempeñado plenamente la «función normativa» que les reconoce el artículo 385 del Código de Comercio.

Estas pólizas de «seguro contra el robo» hablaban de «robo» y de «expoliación». Como los riesgos que son objeto de la garantía del seguro deben estar en cada supuesto debidamente determinados, se estaba —por lo que respecta al «robo»— al concepto legal de este delito según el Código penal, quedando excluidas las hipótesis de hurto, pérdida o extravío o sustracción de cualquier clase (9). En cuanto a la palabra «expoliación» —que representa un concepto extrajurídico— venía a resultar en cierto modo superflua, pues con ella se quería significar la «sustracción ilegítima de bienes muebles, contra la voluntad de su poseedor, mediante actos que impliquen violencia o intimidación en las personas que los custodian o transportan» (10); conducta que puede constituir el tipo cualificado de «robo» que se contempla en el último inciso del artículo 506 del Código penal.

Este estado de cosas ha cambiado sustancialmente con la promulgación de la nueva Ley de Contrato de Seguro. Dentro de su título II (regulador de los «seguros contra daños»), la ley dedica al «seguro contra el robo» la sección tercera, comprensiva de los artículos 50 a 53, ambos inclusive; normativa que —como se ha señalado por la doctrina (11)— no hace «más que recoger las prescripciones más importantes que se contenían en el clausulado de las pólizas utilizadas para este seguro en el tráfico español anterior a la ley». Además, el nuevo ordenamiento pasa a disciplinar en solitario el «contrato de seguro terrestre», por cuanto deroga los artículos 380 a 438 del Código de Comercio y 1.791 a 1.797 del Código Civil.

Encabezada la sección con la frase «seguro contra el robo», el artículo 50 de la ley, definidor de esta modalidad asegurativa, declara indemnizables los daños derivados de la «sustracción ilegítima», por parte de terceros, de las cosas aseguradas. Existe, por tanto, como ha observado DUQUE (12), una discordancia entre aquella rúbrica y el contenido del artículo 50, por cuanto la expresión «sustracción ilegítima»

(8) Por dos órdenes de 19 de enero de 1950 fueron aprobados, con carácter de uniformidad, un modelo de póliza para la «cobertura del riesgo combinado de incendio, explosión, robo y expoliación de mobiliarios particulares» y otro modelo para la «cobertura del riesgo combinado de robo y expoliación». Por una orden de 31 de marzo de 1977 se aprobó, con carácter uniforme, un modelo de póliza del «Seguro voluntario de automóviles», entre cuyos riesgos figura el «robo del vehículo».

(9) Cfr. GARRIGUES: «Contrato...», cit., pág. 321, y «Curso de Derecho Mercantil», tomo II, 7.ª edición, revisada por Sánchez Calero, Madrid, 1980, pág. 312. Esta es la tónica propia de los ordenamientos que no regulan el «seguro contra el robo»; así, en expresión de BERR y GROUDEL («Droits des Assurances», deuxième édition, Paris, 1978, pág. 19), el «assurance vol» «couvre le risque de vol stricto sensu, mais non les dommages résultant d'infractions voisines (sacroquerie, abus de confiance)».

(10) Cfr. DUQUE: Ponencia sobre «Seguros de Incendios, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante», en Jornadas sobre la Ley de Contrato de Seguro, Madrid, 27-29 de abril de 1981, inédita, página 44. En igual sentido, URÍA («Derecho Mercantil», 11.ª edición, Madrid, 1978, pág. 581) y BROSETA («Manual de Derecho Mercantil», reimpresión de la 3.ª edición, Madrid, 1978, págs. 502-503).

(11) Cfr. DUQUE: «Seguros de...», cit., pág. 45.

(12) Cfr. DUQUE: «Seguros de...», cit., págs. 43 bis y 44.

es «evidentemente mucho más amplia que la utilizada en la rotulación de la sección».

Por otra parte, la Dirección General de Seguros, en resolución de 17 de marzo de 1981 (por la que se aprueban condiciones generales para diversos tipos de pólizas), retoma al empleo de la voz «expoliación», denominando «póliza de seguros contra robo y expoliación» al modelo que incorpora como «anexo número 2».

Nos encontramos así con tres locuciones —«robo», «sustracción» y «expoliación»— que pretenden designar los eventos o siniestros susceptibles de ser objeto de cobertura por el «seguro contra el robo»; las tres habrán de ser armonizadas —entre sí y con las disposiciones legales pertinentes— para llegar a determinar el concepto de «robo» en la Ley de Contrato de Seguro.

DELIMITACION DEL CONCEPTO DE «ROBO» EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

1. Idea general.

Para conseguir la delimitación conceptual propuesta, debemos partir de una primera afirmación: la palabra «robo», integrante de la expresión legal «seguro contra el robo», no ha sido utilizada por el legislador en su estricta significación técnico-jurídica (13), sino que lo ha sido para designar un género de infracciones, lesivas del patrimonio ajeno, que pueden caer —sin contravención de la ley, como luego se expondrá— dentro de la garantía de este seguro, siendo, por tanto, a cargo del asegurador los daños y perjuicios causados. De modo que, en definitiva, todo atentado de esta índole, que esté legítimamente amparado por el seguro, asume la consideración de «robo» a los efectos de la Ley de Contrato de Seguro.

Siendo esto así, delimitar el concepto del «robo» en la Ley de Contrato de Seguro equivale a determinar cuáles son los eventos que —denomínense «robo», «sustracción» o «expoliación»— caen bajo la cobertura del «seguro contra el robo».

Esta labor nos lleva, en primer término, a establecer los atentados patrimoniales que —en función de los datos y elementos de juicio extraídos de la normativa pertinente— no pueden ser objeto de aquel seguro y, en consecuencia, no deben estimarse comprendidos en el concepto legal de «robo» a que nos venimos refiriendo. Es la que denominamos «delimitación negativa» de dicho concepto.

En segundo lugar, la conceptualización que intentamos comporta una operación inversa y complementaria: determinar qué infracciones patrimoniales están bajo la garantía del «seguro contra el robo» y, consiguientemente, pueden ser calificadas de «robo» en el sentido legal expresado.

¿Cuáles son estas «Infracciones patrimoniales»?

En unos casos, son las propias normas positivas las que determinan la inclusión de una infracción patrimonial en el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro. Es la que llamamos «delimitación positiva» por ministerio de la ley («ex lege»).

(13) Esta fue la pretensión de DIAZ IGLESIAS, que, en enmienda presentada al artículo 48 del proyecto, propugnó la siguiente redacción: «por el seguro contra robo, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar los daños derivados de la sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas, en las condiciones exigidas por el Código penal para tipificar el hecho como delito de robo».

En otros supuestos, son los contratantes (asegurador y tomador del seguro) los que —al amparo de normas dispositivas subsistentes en la Ley de Contrato de Seguro, como en su momento veremos— declaran indemnizables, mediante pacto expreso, determinadas infracciones patrimoniales; lo que significa que la voluntad negocial da lugar a una cierta integración de aquel concepto de «robo». Es la que calificamos de «delimitación positiva» por voluntad de las partes (=ex voluntate).

2. Delimitación negativa.

A) Como es sabido, lo que el Código penal vigente denomina «delitos contra la propiedad» pueden ser clasificados —conforme al conocido criterio de CARRARA (14)— según que mueva al delincuente un afán de lucro o un deseo vindicativo de dañar (15).

Partiendo de esta distinción, nos parece que el «seguro contra el robo» —aunque encuadrado en la sección correspondiente a los «seguros contra daños», según quedó dicho— sólo puede prestar su cobertura a aquellos atentados patrimoniales con los que el autor persiga un enriquecimiento. Siendo esto así, quedarían excluidas del concepto legal de «robo» que venimos investigando las infracciones punibles tipificadas como «incendio y otros estragos» (16) y «daños» (17).

B) Aunque en los artículos 50 a 53 de la Ley de Contrato de Seguro, y también en la resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981, se utiliza alguna vez el término «cosa», es lo cierto que la palabra más frecuentemente empleada para designar el bien sobre el que recae el interés asegurado es la de «objeto». Y si es cierto que en la noción jurídica de «cosa» se comprenden también —excepción hecha de algún ordenamiento foráneo (18)— las «cosas incorporales» (19), no lo es menos que la expresión «objeto» se usa comúnmente como sinónimo de «cosa material».

(14) CARRARA («Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa», 4.ª edizione, tomo IV, Prato, 1882, págs. 16 y 639) distingue entre «delitti contro la proprietà che procedono da avidità di lucro» y «delitti contro la proprietà privata che si commettono per fine di vendetta».

(15) La clasificación, con una u otra terminología, está presente en la generalidad de la doctrina penal española; así, GROIZARD («El Código Penal de 1870, concordado y comentado», tomo VI, Salamanca, 1886, pág. 8), CUELLO («Derecho...», cit., págs. 756-757), PUIG PERA («Derecho...», cit., págs. 181-182), QUINTANO («Curso...», cit., pág. 178), MUÑOZ CONDE («Derecho...», cit., págs. 168-170) y RODRIGUEZ DEVESA («Derecho...», cit., págs. 366-367). La Sentencia del Tribunal Supremo de 29-IX-1980 se expresa a este respecto como sigue: «En los llamados delitos patrimoniales se distinguen, doctrinal y legalmente, dos grupos de infracciones: el integrado por aquellas en las que el agente obra guiado o inspirado por la idea de enriquecimiento, y otro compuesto por infracciones en las que dicho agente actúa impulsado por móviles de odio o venganza o simplemente por un mero afán de destrucción, deterioro o menoscabo del objeto del delito».

(16) Artículos 547-556 del Código penal.

(17) Artículos 557-563 bis a) del Código penal.

(18) Así, el Código civil alemán (párrafo 90).

(19) La generalidad de la doctrina civilística española admite la categoría de las «cosas incorporales»; así, CASTÁN («Derecho civil español, común y foral», tomo I, 7.ª edición, Madrid, 1949, págs. 581-582), DE DIEGO («Instituciones de Derecho civil», tomo I, edición revisada por Cosío y Guillón, Madrid, 1980, página 282), PUIG PERA («Compendio de Derecho civil español», tomo I, Barcelona, 1966, págs. 476-477) y COSSIO («Instituciones de Derecho civil», tomo I, Madrid, 1975, págs. 131-133).

Esto nos lleva a pensar que los bienes incorporeales o inmateriales, aun siendo cosas, no pueden ser asegurados contra el robo, como tampoco pueden ser objeto del delito de robo (20). Conclúyese de ello que el apoderamiento o la sustracción de cualquiera de estos bienes no son integrables en el concepto legal de «robo» a que nos estamos refiriendo.

Por estas razones, han de reputarse excluidos de aquel concepto los actos sancionables que atenten contra «derechos de crédito» (como los delitos de «alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles») (21); que perjudiquen el tráfico mercantil abstractamente considerado (como la figura penal del «cheque en descubierto») (22); que afecten a bienes inmateriales de marcado carácter personal o subjetivo (como las infracciones del «derecho de autor» o de la «propiedad industrial») (23); o que recaigan, finalmente, sobre fluidos o elementos energéticos que no tengan la condición legal de cosas corporales (como las «defraudaciones de fluido eléctrico y análogas») (24).

C) ¿Es posible la inclusión de la «estafa» —en cuanto infracción patrimonial de enriquecimiento— en el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro?

Descrita como «desplazamiento patrimonial causado mediante engaño» (25), la estafa constituye un tipo penal muy controvertido, siendo posible sostener que presenta «una zona limítrofe con los dominios del dolo civil» (26), y que no siempre es suficiente para su delimitación el recurso a la «tipicidad» (27).

(20) Cfr. CUELLO: «Derecho...», cit., pág. 795.

(21) Artículos 519-527 del Código penal. Vid. MUÑOZ CONDE («El delito de alzamiento de bienes», Barcelona, 1971, págs. 27-69) y CORDOBA RODA («Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español», en «III Jornadas de Profesores de Derecho Penal», Madrid, 1978, págs. 95-129). Estando actualmente en trance de reforma nuestro Derecho concursal (vid. OLIVENCIA: «El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma», en «La reforma de la legislación mercantil», Madrid, 1979, págs. 315-352), también lo está la represión «de la insolvencia punible», que el «Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal» incluye entre los «delitos contra el orden socio-económico» (arts. 330-333).

(22) Artículo 963 bis b) del Código penal. Vid. QUINTERO OLIVARES («El nuevo delito de cheque en descubierto», «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1972, págs. 701-739) y Sentencia del Tribunal Supremo de 2-II-1981.

(23) Artículo 534 del Código penal. Vid. QUINTANO («Tratado de la parte especial del Derecho penal», tomo III, 2.ª edición, puesta al día por García Valdés, Madrid, 1978, págs. 576-636), BAJO FERNÁNDEZ («Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial», Madrid, 1978, págs. 241-276) y Sentencia del Tribunal Supremo de 30-IX-1980.

(24) Artículos 536-538 del Código penal. A este respecto, RODRIGUEZ DEVESA sostuvo primeramente que «no son cosas, por falta de corporeidad, las energías y fuerzas naturales, como la electricidad» («El hurto propio», Madrid, 1946, pág. 117); posteriormente se plantea «la conveniencia de ampliar el concepto de cosa a las cosas incorporeales» y expresa que «las energías naturales no pertenecen a la categoría de las cosas corporales» («Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas», «Nueva Enciclopedia Jurídica», tomo VI, Barcelona, 1964, págs. 365-366); de nuevo retoma a la idea inicial de que «no son cosas por falta de corporeidad las energías y fuerzas naturales, como la electricidad» («Hurto», «Nueva Enciclopedia Jurídica», tomo XI, Barcelona, 1962, pág. 190); en la actualidad, finalmente, viene reafirmando el criterio de que «la electricidad, como energía que es, no tiene cabida entre las cosas corporales» («Derecho...», cit., pág. 543).

(25) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA: «Derecho...», cit., pág. 501.

(26) Cfr. PUIG PÉRA: «Derecho...», cit., pág. 249.

(27) A juicio de RODRIGUEZ DEVESA («Derecho...», cit., pág. 507), «lo decisivo es que la conducta esté o no descrita en la Ley penal, y no la índole del engaño o del perjuicio causado»; también la Sentencia del Tribunal Supremo de 9-IV-1980 considera la «tipicidad» como «el módulo más idóneo para

En todo caso, lo que interesa a nuestros fines es que el «engaño» genera el «error», y que, a causa de éste, la víctima de la estafa realiza un «acto de disposición patrimonial» en su propio «perjuicio» y en «provecho» del estafador (28). Es, por tanto, el sujeto pasivo del delito quien «voluntariamente» —bien que su voluntad esté viciada por el error (29)— efectúa el acto consumativo, haciendo entrega de bienes o valores integrantes de su patrimonio a un tercero.

Si los bienes o valores entregados, en vez de consistir en dinero u otra cosa fungibles, son objetos materiales específicos e individualizados, susceptibles de aseguramiento contra el robo, creemos que no se puede hablar de «robo», «sustracción» o «expoliación» de estos objetos, en razón precisamente a haber sido transferidos «de motu proprio» al autor de la infracción; la misma significación usual de aquellos términos está demandando que sea el «ladrón» quien tome por sí la cosa y no su víctima quien se la entregue (30).

Nos parece, por cuanto queda expuesto, que la estafa no debe estimarse comprendida en el concepto legal de «robo» que venimos examinando (31).

Más aún: salvo que medie pacto en contrario (que obligue al asegurador a «reparar los efectos del siniestro» aunque éste se haya producido «por negligencia grave del asegurado») (32), cabe aducir una segunda razón para negar a la estafa la condición de «evento indemnizable» (es decir, de «robo» a efectos del «seguro contra el robo»), por cuanto se puede calificar de imprudente la conducta del estafado que, por error (33), hace dación de elementos patrimoniales al autor del delito.

separar las ilicitudes penales de las de otro orden». Nos parece, sin embargo, que este criterio diferenciador entre «fraude penal» y «fraude civil», plenamente válido en aquellos ordenamientos en que el engaño cualificante de la estafa venga predeterminado en la ley, puede no serlo en nuestro Derecho, donde el legislador ha acudido a fórmulas genéricas, tales como «otros engaños» o «cualquier otro engaño», «ante la imposibilidad material de describir todas las modalidades de conducta engañosa» (cfr. MUÑOZ CONDE: «Derecho...», cit., pág. 222); como ha escrito ANTON ONECA («Estafa»: Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IX, Barcelona, 1958, pág. 82): «El problema de la distinción entre la estafa y lo ilícito civil surge constantemente en la tarea del práctico».

(28) Estos son «los distintos elementos esenciales para la existencia del delito de estafa: engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y provecho» (cfr. MUÑOZ CONDE: «Derecho...», cit., pág. 222).

(29) Así, QUINTANO: «Curso...», cit., págs. 229-230. Sobre la significación del «error» en el delito de estafa, vid. ANTON ONECA: «Estafa», cit., págs. 65-66.

(30) En el «hurto», al decir de PUIG PERA («Derecho...», cit., pág. 253), es el culpable quien «alarga la mano».

(31) En opinión de DUQUE («Seguros de...», cit., pág. 44), el concepto de «sustracción ilegítima» comprende «determinadas formas de estafa».

(32) Artículo 52 de la Ley de Contrato de Seguro.

(33) Si bien es cierto que el «error» no puede identificarse con la «culpa» (cfr. FERRER SAMA: «Error»; Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo VIII, Barcelona, 1956, págs. 647-650; y JIMÉNEZ DE ASUA: «Tratado de Derecho Penal», tomo V, 2.ª edición, Buenos Aires, 1983, págs. 790-796), también lo es que —como dice QUINTANO («Derecho...», cit., pág. 257)— constituye una de las formas de presentarse ésta.

D) Como hemos señalado anteriormente, en la Ley de Contrato de Seguro aparece varias veces (34) la palabra «sustracción»; término de relevancia indudable en esta labor de delimitación del concepto legal de «robo».

La voz «sustracción» (de «sub» y «extraere»: apartar, separar, extraer) denota que sólo pueden ser objeto de cobertura por el «seguro contra el robo» los actos que impliquen una desposesión o desampoderamiento, es decir, una traslación de la cosa, la cual deja de estar en poder y posesión de la víctima para pasar a manos del autor de la sustracción.

Ello quiere decir que deben quedar al margen de dicha cobertura, y por tanto del concepto de «robo» que tratamos de establecer, cualesquiera infracciones patrimoniales que no entrañen este desplazamiento; concretamente, la «apropiación indebida» (35), por cuanto comporta la previa tenencia material de la cosa indebidamente apropiada (36).

E) A nuestro modo de ver, las infracciones previstas en las legislaciones de «caza» (37) y de «pesca» (38) no pueden estimarse comprendidas en el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro.

Habida cuenta de que las piezas de caza y los peces, hasta que se adquiere su propiedad mediante la «ocupación» (39), tienen la consideración legal de «res nullius», llegamos a aquella conclusión a través de una doble vía.

De una parte, falta la condición de «ajenidad», esencial a todas las infracciones patrimoniales (con la excepción del artículo 562 del Código Penal), puesto que la «res nullius» no es una «cosa ajena» (40). A este respecto debemos consignar que el artículo 507 del Código Penal —introducido en el capítulo primero «de los delitos contra la propiedad» con la reforma de 23 de diciembre de 1944— no tipifica, pese a su ubicación y contenido, un verdadero delito de «robo», del que se diferencia —como anota RODRIGUEZ DEVESA (41)— en que «apoderarse de la caza o pesca de un coto no es despojar al propietario de una cosa que le pertenezca» (42).

(34) Artículos 50, 51 y 52.

(35) Artículo 535 del Código Penal. Vid. SAINZ-PARDO: «El delito de apropiación indebida», Barcelona, 1977, págs. 94-124.

(36) Por el contrario, a juicio de DUQUE («Seguros de...», cit., págs. 44-45), la «apropiación indebida» incluye también en la noción legal de «sustracción ilegítima».

(37) Ley de 4 de abril de 1970 y Reglamento de 25 de marzo de 1971. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 12-III-1980.

(38) Ley de 20 de febrero de 1942 y Reglamento de 6 de abril de 1943, por lo que respecta a la pesca fluvial, y Ley de 31 de diciembre de 1946, en cuanto a la pesca marítima.

(39) Artículos 610 y 611 del Código Civil.

(40) Cfr. MUÑOZ CONDE: «Derecho...», cit., pág. 162.

(41) RODRIGUEZ DEVESA: «Derecho...», cit., pág. 467.

(42) Vid. artículo 3-2 de la Ley reguladora de los arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980.

Por otro lado, el artículo 25 de la Ley de Contrato de Seguro consagra la necesidad del «interés» para la validez del «seguro contra daños»; interés que —en expresión de SANCHEZ CALERO (43)— «se define como la relación, que tenga un contenido económico, entre un sujeto y un bien». Siendo esto así, el «seguro contra el robo» —que es un «seguro contra daños»— no puede recaer sobre bienes respecto de los cuales carece el asegurado de este interés; y como las piezas de caza o pesca, en tanto sean «res nullius», se encuentran en este caso, los actos que atenten contra ellas no pueden ser objeto de cobertura por el «seguro contra el robo» ni incluidos en el concepto de «robo» de la ley reguladora (44).

3. Delimitación positiva «ex lege».

A) Aun cuando la denominación legal sea la de «seguro contra el robo», la expresión «sustracción ilegítima», con que el artículo 50 de la Ley de Contrato de Seguro designa el evento indemnizable, autoriza a afirmar que la «violencia» (contra personas o cosas) no constituye requisito esencial del concepto de «robo» contemplado en la ley, y que, por tanto, también el «hurto» (45) debe considerarse incluido en dicho concepto (46).

A las motivaciones, ya expresadas, que pueden justificar este aserto (a saber: que la voz «robo» no viene empleada por la ley en estricto sentido jurídico-penal, y que el «hurto» es incuestionablemente una «sustracción ilegítima») cabría añadir «de lege ferenda» el hecho de que, en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, la separación entre el robo y el hurto es menos tajante, por cuanto se crea —en línea con la mayor parte de los ordenamientos europeos— la figura intermedia del «hurto con fuerza» (47).

B) Los artículos 50 y 51 de la Ley de Contrato de Seguro extienden la cobertura del «seguro contra el robo» al daño causado por la «comisión del delito en cualquiera de sus formas».

Nos interesan dos de las cuestiones que estas normas suscitan, por cuanto atañen a la delimitación positiva del concepto legal de «robo», que es objeto de nuestra atención.

(43) SANCHEZ CALERO: «Instituciones de Derecho Mercantil», 8.ª edición, Valladolid, 1981, páginas 479-480.

(44) BROSETA («Manual...», cit., 4.ª edición, Madrid, 1981, pág. 486) habla de la «inasegurabilidad de la res nullius».

(45) Artículos 514-516, 587 (núms. 1 y 2) y 588 del Código Penal. Sobre las modalidades de «hurto cualificado» del artículo 516-2, véase «Infra», apartado II-4-C.

(46) Así, DUQUE («Seguros de...», cit., pág. 44) y BROSETA («Manual...», cit., 4.ª edición, pág. 510).

(47) Artículo 238 del Proyecto. Vid. QUINTERO OLIVARES («Observaciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código Penal», en «La reforma del Derecho Penal», Barcelona, 1980, págs. 257-258) y DIAZ PALOS («Infracciones contra el patrimonio», en «El proyecto de Código Penal», Barcelona, 1980, páginas 57-58).

Por una parte, nos parece que la palabra «delito» debe ser entendida en su acepción más lata, comprensiva tanto de los «delitos» propiamente dichos como de las simples «faltas». Si la voz «delito», usada en sentido extenso, puede abarcar los «crímenes», los «delitos» y las «contravenciones» o bien los «delitos» y las «faltas» (según se adopte una clasificación tripartita o bipartita en función de la gravedad de la infracción) (48), nos parece que es esta noción amplia del «delito» la que subyace en la norma; pues —aparte de que lo «más» incluye lo «menos»— la calificación de un acto lesivo como «falta» no debe valer por sí sola para excluir una cobertura que no rebase los límites cuantitativos de la «suma asegurada». Constituyendo «riesgos cubiertos», las «faltas» contra el patrimonio pueden tener cabida en el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro.

De otro lado, los preceptos legales aludidos hablan de la comisión del delito en cualquiera de sus «formas». ¿A qué formas se refieren? Entendemos que se trata de formas de «comisión» o de «exteriorización» del acto punible, en las cuales —como escribe JIMENEZ DE ASUA (49)— se pueden incluir no sólo los grados de aparición del mismo a través del «iter criminis», sino también cuanto afecta a la unidad y a la pluralidad de acciones y de infracciones. En contemplación de nuestro ordenamiento positivo penal (50), esto significaría que pueden ser objeto de la cobertura del seguro los daños causados por el «robo», sea en grado de tentativa, frustración o consumación, sea en concurso real o ideal; basta con que el «evento» haya generado un resultado material lesivo para que, acarreado la obligación indemnizatoria del asegurador, pueda ser efectivamente subsumido en el concepto legal de «robo», cuya investigación nos ocupa.

C) Para la Ley de Contrato de Seguro, la consideración de «evento indemnizable» (en definitiva, la condición legal de «robo» a efectos del «seguro contra el robo») que pueda merecer una «sustracción ilegítima» no está supeditada al hecho de que la misma figure en una u otra de las leyes penales sustantivas que integran nuestro ordenamiento jurídico.

Quiere ello decir que cualquier atentado contra el patrimonio ajeno puede resultar incardinable en el concepto legal de «robo» de que se trata, con independencia de que venga tipificado como infracción punible en el Código penal, en el Código de Justicia Militar o en otra disposición sancionadora.

(48) Vid. JIMENEZ DE ASUA («Tratado...», cit., tomo III, 3.ª edición actualizada, Buenos Aires, 1965, páginas 130-163), DEL ROSAL («Tratado de Derecho Penal Español», tomo I, 3.ª edición, revisada por Cobo del Rosal, Madrid, 1978, págs. 549-555) y COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON («Derecho Penal», Valencia, 1981, págs. 51-32).

(49) JIMENEZ DE ASUA: «Tratado...», cit., tomo VII, Buenos Aires, 1970, pág. 208.

(50) Artículos 3 y 60-71 del Código Penal, y artículos 184 y 237-238 del Código de Justicia Militar. En cuanto al grado de ejecución, señala BROSETA («Manual...», cit., 4.ª edición, pág. 510) que la cobertura comprende «tanto el daño causado por el delito consumado como por su mera tentativa».

Esta circunstancia nos permite reputar subsumibles en aquel concepto legal determinadas infracciones contra bienes o intereses que —con el carácter de «delitos militares» o «faltas militares», graves o leves— están incluidas en el Código de Justicia Militar (51); tal es el caso de los delitos de «robo» y «hurto», que se mencionan en el artículo 194-2 (52), y de algunas modalidades del delito de «fraude», previsto en el artículo 403-4 (53); así también las faltas graves de «fraude», a que se refieren los números 3 y 4 del artículo 439 (54), y, finalmente, las faltas leves de «fraude», comprendidas en los artículos 443-1 y 446 (55), y la falta leve de «hurto», que figura en el artículo 443-1 (56).

D) Por el hecho de que el «robo» se inscriba entre los «delitos contra la propiedad», ¿habrá que entender que solamente las infracciones patrimoniales que atenten contra el derecho real de dominio pueden ser objeto del «seguro contra el robo»?

Nos parece que la contestación a esta pregunta debe ser negativa, y que también los atentados contra la «posesión son incardinables en el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro. En primer lugar, la palabra «propiedad», que figura en el título decimotercero del libro segundo del Código Penal, «no ha de interpretarse en el sentido rigurosamente civil asignado a dicho derecho real de dominio, sino que ha de

(51) Este régimen legal va a ser objeto, a corto plazo, de una alteración profunda. De una parte, la disposición final 1.ª-2 de la Ley Orgánica 9/1980 prevé la redacción de un «proyecto articulado de Código o Códigos referentes a la Justicia Militar», fijando para ello el plazo de un año, «como si pudiera modificarse por completo una ley —objeta RODRIGUEZ DEVESA («La reforma del Derecho Penal Militar»; Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980, pág. 11)— a plazo fijo»; en cumplimiento de aquel mandato hay en preparación un proyecto de «Código Penal Militar», en el que se dedica un epígrafe a los «delitos contra la Hacienda Militar». Por otro lado, y en acatamiento a la disposición final 2.ª de la propia Ley Orgánica, se está elaborando una normativa —ley y reglamento— sobre «régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas», y en ella se prevén, como «infracciones disciplinarias», graves o leves, determinadas «faltas» contra la Hacienda castrense y contra la propiedad en general.

(52) Sobre el carácter —común o militar— de los delitos comprendidos en el artículo 194, RODRIGUEZ DEVESA («Delito Militar»; Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo VI, Barcelona, 1954, págs. 587-590) cree que el Código castrense «otorga a estos delitos naturaleza común»; en contra, la Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 12-XI-1980. Para una mayor información sobre esta antigua polémica, véase QUEROL: «Principios de Derecho Militar Español», tomo II, Madrid, s/f., págs. 87-88.

(53) El empleo, por el legislador militar, de las palabras «apoderamiento» y «distracción» nos induce a pensar que el artículo 403-4 incluye el «robo» y el «hurto» del Derecho común. Vid. QUEROL («Principios...», cit., pág. 615), RODRIGUEZ DEVESA («Fraude militar»; Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo X, Barcelona, 1980, págs. 172-173), CANTOS GUERRERO («El delito de fraude»; Revista Española de Derecho Militar, 1964, pág. 58) y QUINTANO («Tratado...», cit., pág. 833).

(54) De «fraude militar» califica estas faltas RODRIGUEZ DEVESA («Faltas militares»; Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IX, Barcelona, 1958, pág. 622). Las cuantías han sido modificadas por el artículo 3 de la Ley Orgánica de 8 de noviembre de 1980; de modo que la falta del número 3 existe «siempre que el valor de lo defraudado exceda de 1.500 pesetas y no pase de 3.500», y la del número 4 cuando se trate de «prendas o efectos militares cuyo valor no exceda de 1.500 pesetas».

(55) En la nueva redacción dada al artículo 443 por la Ley Orgánica de 8 de noviembre de 1980, la falta consiste en «ensañar o distraer prendas o efectos de equipo cuyo valor no exceda de 1.500 pesetas». El artículo 446 no ha sido expresamente modificado por aquella ley; así, pues, aunque resulte una incongruencia, habrá que aceptar que subsiste el límite cuantitativo de 25 pesetas (vid. VALENCIANO ALMOYNA: «La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80», Madrid, 1980, págs. 132-133).

(56) La acción punible es la de realizar hurtos de dinero o efectos en cuantía no superior a 250 pesetas». Sobre la discordancia entre la cuantía de esta falta militar y la señalada en el artículo 587-1 del Código penal, vid. RODRIGUEZ DEVESA («Faltas...», cit., pág. 824, nota 32, y «La reforma...», citado, página 12) y VALENCIANO («La reforma...», cit., pág. 136).

comprender supuestos de posesión y aun de mera tenencia» (57). En segundo término, cuando el titular del «interés» asegurado es «desposeído» de la cosa, suele sufrir un daño o perjuicio, aunque el autor del hecho no haya abrigado la intención de adueñarse de aquélla, y debe ser resarcido por el asegurador.

En base a estas consideraciones, cabe estimar que el denominado «hurto de uso» (58) y, más concretamente, el delito de «utilización indebida de vehículos de motor ajenos» (59) están comprendidos en el expresado concepto legal.

En relación con esta última figura delictiva —algunos de cuyos tipos cualificados se equiparan al «robo»— tenemos que hacer dos indicaciones.

Por una parte, el seguro contra el «robo del vehículo» constituye una de las modalidades de la «póliza de seguro voluntario de automóviles», aprobada por orden de 31 de marzo de 1977; norma que deberá ser revisada para su adaptación a la legalidad vigente (60).

De otro lado, la «restitución» del vehículo ilegítimamente usado —contemplada en el artículo 516 bis del Código Penal— puede dar ocasión a su «abandono»; figura que —oriunda del Derecho Marítimo y con precedente inmediato en el artículo 53 de la orden antes invocada— es objeto de regulación en el artículo 53 de la Ley de Contrato de Seguro.

E) Al hablar de «sustracción» de «objetos», la ley parece denotar que el «seguro contra el robo» se circunscribe a los «bienes muebles»; lo que, por otra parte, resulta congruente con el artículo 500 del Código Penal, del que se infiere que sólo las «cosas muebles» pueden ser robadas.

Es lo cierto, sin embargo, que la «póliza de seguros contra robo y expoliación», aprobada por la resolución de la Dirección General de Seguros anteriormente aludida, menciona en su cláusula 15 —al tratar de la «tasación de los daños»— «los cuadros, estatuas y, en general, toda clase de objetos raros y preciosos, muebles o inmuebles».

En principio, esto parece indicar que determinados bienes inmuebles pueden ser objeto del «seguro contra el robo» (61), y que, por tanto, la

(57) Cfr. QUINTANO: «Curso...», cit., pág. 172.

(58) Vid. RODRIGUEZ DEVESA: «Hurto de uso»; Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XI, Barcelona, 1962, págs. 230-237. La «utilización indebida de elementos oficiales» del artículo 403-2 del Código de Justicia Militar constituye para RODRIGUEZ DEVESA («Derecho...», cit., pág. 427) un supuesto de esta figura penal. Lo propio cabría decir —salvada la diferencia entre «delito» y «falta grave»— respecto de la conducta descrita en el artículo 437-10 del Código castrense.

(59) Artículo 516 bis del Código penal. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 20-11-1981.

(60) Cfr. SANCHEZ CALERO: «Instituciones...», cit., pág. 466.

(61) DUQUE («Seguros de...», cit., pág. 47) afirma que las cosas «muebles por naturaleza, pero inmuebles por destino» pueden ser objeto de este seguro.

«sustracción ilegítima» de uno de estos bienes es susceptible de inclusión en el concepto legal de «robo» a que nos venimos refiriendo.

¿Es realmente así?

Comencemos por señalar que, dentro de la conocida clasificación de los bienes inmuebles —por naturaleza, por analogía, por incorporación o por destino (62)—, la cuestión solamente puede suscitarse con relación a los dos últimos grupos, integrados por cosas que —como el árbol plantado en el fundo (63) o la estatua afirmada sobre el jardín (64)— pueden ser separados del predio de que forman parte, aunque sea con «quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto» (65).

Ciertamente, la sustracción mediante arrancamiento violento de uno de estos bienes civilmente «inmuebles» no constituye «robo con fuerza en las cosas», porque no es subsumible en ninguna de las hipótesis típicas del artículo 504 del Código Penal (66).

Tampoco estamos ante un delito de «usurpación» del artículo 517 del propio Código (67).

Según la opinión dominante (68), el apoderamiento del árbol o de la estatua en las circunstancias expresadas debe ser calificado de «hurto»; porque —se dice—, siendo el concepto de cosa inmueble «más amplio en el campo del Derecho civil que en el del Derecho penal», «hay que excluir del concepto de Inmuebles del artículo 517 todos aquellos objetos enumerados en el artículo 334 del Código Civil que puedan ser transportados» (69).

Partiendo de estas premisas, llegamos a una conclusión: esta clase de «bienes inmuebles» —que lo son «por incorporación» o «por destino»— pueden ser objeto de la garantía del «seguro contra el robo»; y su «sustracción ilegítima», al ser tipificada como «hurto», queda incluida en el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro.

(62) Artículo 334 del Código Civil. Vid. CASTAN («Derecho...», cit., págs. 586-583), DE DIEGO («Instituciones...», cit., págs. 261-262), PUIG PERA («Compendio...», cit., págs. 492-500) y ESPIN CANOVAS («Manual de Derecho civil español», tomo I, 3.ª edición, Madrid, 1908, págs. 330-332).

(63) Artículo 334-2 del Código civil.

(64) Artículo 334-4 del Código civil.

(65) Artículo 334-3 del Código Civil.

(66) En expresión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13-VI-1960, la relación de supuestos del artículo 504 del Código Penal constituye un «númerus clausus».

(67) El apoderamiento de la estatua o del árbol (con daño en el pedestal o en el terreno) solamente podría constituir «ocupación de una cosa inmueble», aceptando —con el Tribunal Supremo (Sentencia de 24-IX-1960)— que la esencia de la «res mobilia» radica en su «transportabilidad», «sin menoscabar el inmueble en que se encuentra», y —con RODRIGUEZ DEVESA («Derecho...», cit., pág. 477)— que la palabra «inmueble», en el artículo 517 del Código Penal, abarca «los nueve primeros casos del artículo 334 del Código Civil»; pero ni aún así cabría tipificar el hecho como delito de «usurpación», que requiere «violencia o intimidación» en las personas.

(68) CUELLO («Derecho...», cit., pág. 786), PUIG PERA («Derecho...», cit., pág. 209), QUINTANO («Curso...», cit., pág. 225), MUÑOZ CONDE («Derecho...», cit., págs. 162, 173 y 215) y RODRIGUEZ DEVESA («Derecho...», cit., pág. 454).

(69) Cfr. MUÑOZ CONDE: «Derecho...», cit., págs. 162 y 215.

4. Delimitación positiva «ex voluntate».

A) Tratamos por último de aquellos supuestos en los que el estricto concepto jurídico-penal del «robo» puede ser extendido, no por el mandato de la ley, sino por voluntad de las personas; lo que tiene lugar cuando —mediante pacto «ad hoc» consignado en la póliza— los contratantes dan cabida en la cobertura del «seguro contra el robo» a eventos que de otro modo no serían indemnizables.

Esto nos obliga a examinar el margen de autonomía que la ley confiere a la voluntad negocial; lo que vale tanto como determinar el carácter, imperativo o dispositivo, de sus preceptos.

La Ley de Contrato de Seguro ofrece «ab initio» la impresión de que, como regla general, sus normas son imperativas; así resulta del artículo 2, inciso primero, donde se dice que los preceptos de la ley «tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa».

Es lo cierto, sin embargo, que son muchos y muy cualificados los preceptos legales en que se dispone otra cosa; así, el inciso segundo del propio artículo 2 viene a decir que, no obstante aquella declaración de «imperatividad», «se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado»; y los artículos 45, 50, 54, 63, 68, 69, 73 y 77 prevén, para cada modalidad de «seguro contra daños», su sujeción a «los límites establecidos en la ley y en el contrato». Todo lo cual ha conducido a la doctrina (70) a declarar, con referencia a nuestro actual Derecho de Seguros, que se trata «de un ordenamiento esencialmente dispositivo» (bien que sometido a limitaciones de Derecho público y de Derecho privado), sin que la «cláusula general» del artículo 2, inciso primero, antes aludido, destruya la «base positiva del sistema».

La pertinencia de estas afirmaciones se robustece, en orden a la cuestión que nos ocupa, con el contenido de los artículos 44, 52 (regla primera) y 52 (regla segunda). La primera de estas normas deja fuera de la cobertura de los «seguros contra daños» (y por tanto, también de la del «seguro contra el robo»), «salvo pacto en contrario», los daños causados por actos de «terrorismo»; y las otras dos dejan fuera de la cobertura del «seguro contra el robo», salvo pacto en contrario, los daños causados, respectivamente, por «negligencia grave de las personas que dependen del asegurado o del tomador del seguro o convivan con ellos» o por «sustracciones del objeto asegurado con ocasión de su transporte». Esto significa que solamente en virtud de pacto expreso

pueden resultar indemnizables tales eventos, con la consiguiente integración de los mismos en el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro.

(70) Cfr. MENENDEZ: Ponencia sobre «La Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980», en *Jornadas sobre la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 27-29 de abril de 1981, inédita, págs. 61-63.

Seguidamente examinamos por separado cada una de estas tres hipótesis.

B) «Sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan al Consorcio de Compensación de Seguros según su normativa propia» (71), los delitos de «terrorismo», en la medida en que puedan entrañar atentados contra la propiedad (72), son susceptibles de reconducción por vía convencional a la noción de «robo», a efectos de su cobertura por el «seguro contra el robo», en base al invocado artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro.

Pero es lo cierto que, en la fecha presente, los «delitos de terrorismo» no existen con esta denominación en nuestro ordenamiento penal sustantivo. Los artículos 294 bis introducidos en el Código de Justicia Militar por Ley de 15 de noviembre de 1971 (73), fueron eliminados del mismo y reinsertados mediante un «anexo» en el Código Penal por real decreto ley de 4 de enero de 1977; y los artículos 260 a 262 del Código Penal fueron derogados —junto con el «anexo» anteriormente añadido— por ley de 28 de diciembre de 1978, que suprimió además la expresión «delitos de terrorismo» del artículo 1 del real decreto ley arriba mencionado (74).

Entendemos, por tanto, que esta referencia legal al «terrorismo» debe ser interpretada en el sentido de que todo atentado patrimonial, inscribible en el área criminológica de la «delincuencia terrorista» cualquiera que sea su «nomen iuris» (75), puede quedar amparado por el «seguro contra el robo» si así lo estipulan los interesados.

Ello determinaría la subsunción de tales atentados patrimoniales, por efecto de la voluntad negocial, en el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro.

C) Antes de la actual normativa, los modelos usuales de pólizas de «seguro contra el robo» solían excluir las sustracciones realizadas por familiares del asegurado o por personas que con él conviviesen o de él dependieran; de tal modo que la inexistencia de estos vínculos (de parentesco, convivencia o dependencia), entre el autor del acto punible

(71) Artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro. Esta «normativa propia» está constituida básicamente por la Ley de 16 de diciembre de 1954 y por el Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros de 13 de abril de 1956, modificado en 28 de noviembre de 1963 y 24 de abril de 1981.

(72) *Ibid.*, el artículo 294 bis c), incorporado al Código de Justicia Militar por Ley de 15 de noviembre de 1971.

(73) *Vid.* GÓMEZ CALERO («Los delitos de terrorismo en el Código de Justicia Militar»; *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, págs. 441-468) y GUTIERREZ LANZA («Notas sobre los delitos de terrorismo»; *Revista Española de Derecho Militar*, 1975, págs. 77-113).

(74) *Vid.* BAEZA AVALLONE: «Los delitos de terrorismo en las Leyes 56/1978 y 82/1978», en «*Escritos Penales*», Valencia, 1979, págs. 31-57. Es de señalar que MUÑOZ CONDE («Derecho...», *cit.*, págs. 615-622) estudia todavía los delitos de «terrorismo».

(75) En los últimos diez años se han dictado en España numerosas disposiciones para el enjuiciamiento y sanción de este tipo de delincuencia; sin prejuzgar su vigencia respectiva, las relacionamos por orden cronológico: ley de 15 de noviembre de 1971, decreto-ley de 28 de agosto de 1975, decreto-ley de 18 de febrero de 1976, real decreto-ley de 4 de enero de 1977, real decreto-ley de 30 de junio de 1978,

y el titular del interés asegurado constituía requisito indispensable para que el riesgo de robo quedase cubierto (76).

En la nueva ley, la única referencia a aquellas situaciones se encuentra —como hemos dicho— en el artículo 52, conforme al cual el asegurador, salvo pacto en contrario, no está obligado a reparar los efectos del «sinistro» cuando éste se haya producido por negligencia «de las personas que dependan del asegurado o del tomador del seguro o que con ellos convivan».

Cabe entender que, si la «negligencia» de tales personas libera al asegurador de su obligación de indemnizar, con mayor motivo tendrá lugar la exoneración cuando alguna de aquéllas participe, a título de «dolo», en la comisión del delito (77); pues —como es bien sabido— el dolo genera efectos más graves que la culpa.

Si esto es así, la sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas, cuando en los «terceros» concurre alguna de las circunstancias anteriormente aludidas, no constituye en principio un evento indemnizable, pero puede llegar a serlo en virtud de pacto. Mediante este pacto, determinados «hurtos cualificados» pueden ser objeto de la cobertura del «seguro contra el robo» y quedar así incorporados al concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro, por voluntad de los contratantes; estamos pensando en el «hurto doméstico» (78) y en el «hurto con abuso de confianza» (79).

D) Hemos dicho anteriormente que el artículo 52 de la ley reguladora permite introducir en el contrato de «seguro contra el robo» una cláusula en cuya virtud el asegurador venga obligado a reparar los efectos del siniestro «cuando el objeto asegurado sea sustraído» «con ocasión de su transporte».

Conviene hacer, respecto de esta norma, dos indicaciones. Es una, que los mismos intereses en movimiento pueden haber sido objeto de un «seguro de transporte terrestre» (80), de un «seguro marítimo» (81)

ley de 4 de diciembre de 1978, ley de 28 de diciembre de 1978, real decreto-ley de 28 de enero de 1979, real decreto-ley de 23 de noviembre de 1979, ley orgánica de 21 de mayo de 1980 y ley orgánica de 1 de diciembre de 1980.

(76) Cfr. GARRIGUES: «Contrato...», cit., pág. 322, y «Curso...», cit., pág. 312.

(77) Es la hipótesis del artículo 51 de la orden de 31 de marzo de 1977.

(78) Artículo 516-2, primer inciso, del Código penal. Vid. RODRIGUEZ DEVESA: «Hurtos cualificados»; Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XI, Barcelona, 1962, págs. 237-244.

(79) Artículo 516-2, segundo inciso, del Código penal. Sobre la distinción entre el «hurto con abuso de confianza» y la «apropiación indebida», vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 17-I-1981.

(80) Artículos 54 a 62 de la Ley de Contrato de Seguro. Vid. DUQUE («Seguros de...», cit., págs. 61-88) y BROSETA («Manual...», cit., 4.ª edición, págs. 512-514).

(81) Artículos 737 a 805 del Código de Comercio. Vid. URÍA: «El Seguro Marítimo», Barcelona, 1960, páginas 71-131. Un «Antaproyecto de Ley de Seguro Marítimo», elaborado por la «Asociación Española de Derecho Marítimo», se encuentra en estudio por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

o de un «seguro aéreo» (82), que amparasen también el «robo» durante la traslación o conducción, en virtud del «principio de universalidad del riesgo»; lo que podría dar lugar a la existencia de un «seguro cumulativo» («múltiple» o «doble») o de un «coaseguro». Es otra, que esta «sustracción ilegítima» de cosas muebles «con ocasión de sus transporte» (con vehículos o por personas) puede constituir —mediando violencia o intimidación— un tipo cualificado del delito de robo, conforme a los números 3 ó 4 («in fine») del artículo 506 del Código penal.

Pues bien: si en el contrato de «seguro contra el robo» no se inserta dicha cláusula (el «pacto en contrario» de que habla el precepto), este «robo» permanece excluido, porque —como dice DUQUE (83)— forma parte de un riesgo más amplio. En cambio, si media aquella estipulación, la «sustracción ilegítima del objeto asegurado durante su transporte» pasa a ser un riesgo cubierto por el «seguro contra el robo» y a integrarse en el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro; cabría así la posibilidad de incluir en el expresado concepto legal tanto el «robo» y el «hurto» de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (84) como la «baratería» de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (85).

(82) Artículos 126 a 129 de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960. Ante la insuficiencia de estos preceptos legales, las pólizas del «pool» español «Agrupación de Aseguradores de Riesgos de Aviación» (AGARA) desempeñan una importante función normativa.

(83) DUQUE: «Seguros de...», cit., pág. 48.

(84) De los «delitos contra la propiedad» trata esta ley en el título II, capítulo VII, cuya sección 1.ª (artículos 50-51) se denomina «robo y hurto». Vid. QUINTANO («Tratado...», cit., pág. 808). El apoderamiento de la aeronave constituye delito «contra el derecho de gentes». Vid. PUJADAS DE LA SOTA («El secuestro de aeronaves»; Revista Española de Derecho Militar, 1974, págs. 25-60).

(85) De los «delitos contra la propiedad» trata esta ley —que es de 22 de diciembre de 1955— en el título II, capítulo VI, cuya sección 1.ª (arts. 64-68) se titula «baratería y fraude». Vid. QUINTANO («Tratado...», cit., págs. 861-866). La palabra «baratería» —con antecedente en la ley XIX del capítulo XXII de las Ordenanzas de Bilbao de 1737— figura en el artículo 788 (núms. 5 y 7) del Código de Comercio. Vid. MENENDEZ («La noción de baratería en el seguro marítimo»; Anuario de Derecho Civil, 1970, páginas 241-268).

CONCLUSION

A modo de conclusión, podemos sintetizar cuanto ha sido expuesto anteriormente a través de los siguientes puntos:

1. En principio, y dado el margen de «ius dispositivum» presente en nuestro actual Derecho de Seguros, las partes contratantes de un «seguro contra el robo» pueden declarar cubiertos unos riesgos y excluidos otros en función de su propio concepto del «robo» en sentido legal. A tal efecto, las «pólizas de seguros contra robo y expoliación» propuestas por la Dirección General de Seguros tienen previstas, en el epígrafe correspondiente al «objeto del seguro», una cláusula para «riesgos cubiertos» y otra para «riesgos excluidos».

2. Sin embargo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la voluntad negocial no es absoluta. Si bien es cierto que los «riesgos cubiertos» no tienen que circunscribirse necesariamente a «las condiciones exigidas por el Código Penal para tipificar el hecho como delito de robo», no lo es menos que han de estimarse sometidos a determinadas limitaciones legales; estas limitaciones —que se enraizan en el «ius cogens», no ausente de la Ordenación del seguro— son el resultado de una exégesis conjunta de la normativa aplicable al «seguro contra el robo», en los términos precedentemente consignados.

3. De acuerdo con este planteamiento, el concepto de «robo» en la Ley de Contrato de Seguro queda configurado del modo que a continuación se expresa:

A) Obviamente, con la voz «robo» se designa en primer lugar el delito de «robo» tal como lo contempla el Código Penal (arts. 500 a 513), en cualquiera de sus tipos o modalidades. Hacemos mención expresa del robo que se cometiere asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo, o contra persona que custodie o transporte caudales.

B) En segundo término, la palabra «robo» —utilizada con la significación corriente de «infracción patrimonial»— comprende los atentados de esta naturaleza que seguidamente se relacionan.

Primero: el «hurto», tanto con el carácter de delito como con el de falta, tipificado en uno y otro caso en el Código Penal (arts. 514 a 516 y arts. 587, núms. 1 y 2, y 588). Están consiguientemente incluidos el hurto con fuerza atípica, el de cosas civilmente inmuebles y penalmente muebles y ciertos hurtos cualificados.

Segundo: el delito de «utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos», previsto en el artículo 516 bis del Código Penal.

Tercero: los delitos «militares» de «robo» y de «hurto» cometidos en las circunstancias descritas en el artículo 194, número 2, del Código de Justicia Militar.

Cuarto: las modalidades de «apoderamiento» o «distracción» del delito militar de «fraude», definidas en el artículo 403, número 4, del propio Código castrense; así como las faltas militares graves de «fraude» del artículo 439, números 3 y 4, y las faltas militares leves de «fraude» y de «hurto», comprendidas en los artículos 443, número 1, y 446 del mismo Código.

Quinto: los delitos contra la propiedad calificables de «baratería», conforme a los artículos 64 a 68 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante; y los delitos contra la propiedad, incluidos, bajo el epígrafe de «robo y hurto», en los artículos 59 a 61 de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea.

Sexto: los atentados contra el patrimonio ajeno inscribibles en la «delincuencia terrorista», conforme a lo establecido en las leyes especiales sobre la materia.

C) Las infracciones que se dejan relacionadas integran el concepto de «robo» de la Ley de Contrato de Seguro, con independencia de cuál sea su grado de ejecución (tentativa, frustración o consumación) y abstracción hecha también de que concurren con otros actos punibles (real o idealmente), siempre, claro está, que causen daños.

D) Los restantes «delitos contra la propiedad» previstos en el Código Penal deben considerarse excluidos del concepto legal de «robo», objeto de nuestro estudio; hacemos mención expresa, a este respecto, «de las defraudaciones» (arts. 519 a 538), «del incendio y otros estragos» (arts. 547 a 556) y «de los daños» (arts. 557 a 563 bis a). Lo mismo cabe decir de las capturas de «caza» o «pesca» que constituyan infracción punible.

Arbitrio Judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar

Eduardo Calderón Susín

Comandante Auditor

Profesor de Derecho Penal en la
Universidad de Palma de Mallorca

SUMARIO: 1. El arbitrio judicial como «ratio essendi» de la existencia de las circunstancias y paradigma de su función. 2. Sistemas seguidos para la regulación de las circunstancias. 3. Sistema adoptado por el Código de Justicia Militar español. 3.1. Esquema general. 3.2. La integralidad del Código castrense. 3.3. Análisis del artículo 192. 3.3.1. Antecedentes. 3.3.2. Ambito de aplicación. 3.3.3. Interpretación del arbitrio. 3.3.4. Criterios para concretar la pena. 3.4. Análisis del artículo 193. 3.5. Defensa del sistema establecido en los artículos 192 y 193. 3.6. Algunos otros problemas relativos a la determinación de la pena. 3.6.1. Gran extensión entre los límites de la pena. 3.6.2. El arresto militar como pena para delito. 3.6.3. Aplicación a las faltas graves las reglas establecidas para los delitos.

El legislador, al acuñar los diversos preceptos penales, culmina un proceso de abstracción estableciendo para cada tipo de delito una responsabilidad normal o básica, de modo que, tras esa primera individualización legal, el Juez, al encontrarse con el caso concreto, si estima que en éste concurren todos los elementos que integran el delito, lleva a cabo la auténtica individualización en el sentido de pronunciar la existencia de responsabilidad penal.

Si la pena aparejada al injusto por el legislador consiste en una magnitud invariable, ya habrá terminado el proceso de concreción del juzgador; si por el contrario, y como frecuentemente ocurre, la pena abstractamente prevista en la ley oscila entre unos límites, es cuando entran en juego las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; de cómo operan éstas según nuestro vigente Código de Justicia Militar es precisamente el objeto de las páginas que siguen en las que, tras explicar el origen y razón de ser de las circunstancias y los sistemas que en el derecho militar comparado se siguen en esta materia, abordaré, como núcleo de la exposición, una aproximación al estudio de la actual regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

1. EL ARBITRIO JUDICIAL COMO «RATIO ESSENDI» DE LA EXISTENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS Y PARADIGMA DE SU FUNCION

Si bien el origen del derecho penal se pierde en la oscuridad de la historia como en frase literaria se ha dicho (1), la consistencia de las circunstancias modificativas ha supuesto el avanzar a posteriores estadios.

Ha sido señalado por Mommsen que «el arbitrio judicial, como facultad concedida a los jueces para elegir entre varias formas de penalidad o de entre distintas prescripciones penales, era una cosa de tal modo inherente al sistema de coerción como contradictoria era al Derecho penal primitivo, en el que no se conocían penas alternativas ni subsidiarias, careciéndose por completo de medida de tiempo ni pecuniaria, a no ser el traducir a cifras el valor de la cosa», añadiendo el insigne romanista que, en las Doce Tablas, el derecho penal privado excluía el arbitrio judicial, mientras que en el público lo único que se podría hacer era o absolver o condenar a pena capital (2).

Va a ser en una etapa de ulterior desarrollo del derecho penal que el papel de las circunstancias modificativas surja, si bien tímidamente.

Contraídos a Roma (3), es indudable que llega un momento de reconocimiento, y aun sistematización, de las modificativas: reiterado ha sido el pasaje del Digesto del que se sintetizan las siete consideraciones (causas, persona, lugar, tiempo, calidad, cantidad y hecho) que deben tenerse en cuenta para imponer una pena más o menos grave.

Los propios historiadores, sin embargo, no se han cansado de repetir que el arbitrio judicial fue adquiriendo progresivamente mayor dominio, hasta tal punto que en la práctica se echó por tierra el orden jurídico. Más que de arbitrio había que hablar, en expresión gráfica, de arbitrariedad, aunque los textos legales siguieran estableciendo las pautas con las que operar (4).

Arbitrariedad, pues, como tónica general de la actuación de los jueces, en mayor o menor grado, según momentos y lugares, pero arbitrariedad en suma, porque, además de no sentirse el juzgador vinculado por unos criterios legales, las enumeraciones que de las atenuantes y agravantes se hacen, en leyes o por los jurisconsultos, eran «vagas,

(1) MAURACH, Reinhart, «Tratado de Derecho Penal», traducción de Córdoba Roda, Ariel, Barcelona 1962, vol. 1, pág. 46.

(2) Ver MOMMSEN, Teodoro: «El Derecho penal romano», traducción de P. Dorado Montero, editado por «La España Moderna», Madrid s/a, págs. 479 y ss.

(3) Esquemáticamente, ver RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», Madrid 1961, pág. 658.

(4) Por ejemplo, en las Partidas, la 7.ª, título XXXI, ley 8.ª.

abiertas y propicias a la interpretación extensiva», como de forma redonda mantiene Tomás y Valiente (5).

Es contra el sistema social y político que, en el siglo XVIII, se reacciona esencial y activamente, primero con una base ideológica sustancial y consistente, después con realizaciones en la práctica: las distintas revoluciones, las coloniales y la francesa, van a servir de catapulta a las ideas que las posibilitan y, en cuanto al derecho penal, se ponen las bases de cuál va a ser el del futuro, un derecho humanitario e individualista (basado en las ideas liberales), a partir del que va a llegarse, con las aportaciones científicas, al vigente en los países más o menos impregnados de una cultura e ideología común.

Dicho momento, el siglo XVIII y principios del XIX, es, en consecuencia, trascendente para perfilar la significación, función y, por tanto, la esencia de las circunstancias modificativas.

En 1766 afirmaba Voltaire: «Por cualquier parte que extendamos nuestra vista vemos la contrariedad, la dureza, la incertidumbre, la arbitrariedad», con lo que cerraba su comentario al libro «De los delitos y las penas», de Beccaria (6). Es en este último donde, espigando el texto en ocasiones oscuro y farragoso de su obra, encontramos explicado el recelo contra los magistrados, la estricta sujeción a la ley que en su labor deben observar, el que ninguna interpretación de las leyes penales «pueda residir en los jueces penales» (7). Pero no he hallado, a pesar de las explicables extremosidades contenidas en su obra, ningún pasaje en que se manifieste partidario de la pena de magnitud invariable como medio de cortar al juzgador toda posibilidad de arbitrio, palabra, eso sí, de la que sus contemporáneos de parigual ideología huían por haberla asimilado al término arbitrariedad (8).

Es el primer Código revolucionario francés, el de 1791, que, en el punto que ahora nos interesa, el del arbitrio judicial en orden a la individualización penal dentro de la prefijada por la ley, recoge al máximo esta idea de recelo hacia el juzgador, convirtiéndole, al establecer tan sólo las penas absolutamente indivisibles, en un mero autómatas al que, habiendo establecido las premisas de la culpabilidad, la solución o consecuencia le venía dada de modo invariable, sin posibilidad de entrar en ninguna otra consideración que establecer una determinada conducta y subsumirla en el correspondiente delito establecido en la ley. Sobre la cantidad de pena era jurídicamente imposible que el Tribunal hiciera elección alguna.

(5) En «El Derecho penal de la monarquía absoluta», Tecnos, Madrid 1968, pág. 351.

(6) Página 160 del opúsculo que se cita en la nota siguiente.

(7) Ver BECCARIA, Cesare de: «De los delitos y de las penas», traducción de Juan Antonio del Val, número 133 de la colección «El libro de Bolsillo», de Alianza editorial, Madrid 1968, especialmente en los capítulos 3, 4, 6, 7 y 43.

(8) No obstante, tanto Beccaria como Lardizábal hacen más bien referencia a problemas interpretativos que de arbitrio judicial concedido por la Ley.

La reacción contra tan extrema postura, abonada científicamente por la idea de que la pena debía ser proporcionada únicamente al mal cometido (9), fue fulminante y las voces que se alzaron contra el sistema del mencionado texto penal francés fueron unánimes, sirviendo, de una parte, para corregir en las realidades legislativas aquella extrema postura, mediante la introducción de penas fijadas legalmente entre un máximo y un mínimo, y, de otra, para establecer el significado y la función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En efecto, el Código napoleónico de 1810 abandona aquella rígida previsión legal de la pena; máxime cuando la privativa de libertad, que, a partir de aquellas calendas, y por influjo de las ideas ilustradas, va a convertirse en el eje de los sistemas punitivos, es lógica y perfectamente divisible.

En España, el C. P. de 1822 también estableció el mecanismo idóneo para el ejercicio del arbitrio judicial, catalogando en los artículos 106 y 107 una serie de circunstancias que «agraven o disminuyan el delito», respectivamente, a la par que señalaba con anterioridad que «en los casos en que la ley imponga al delito pena corporal o no corporal o pecuniaria de tiempo o cantidad indeterminada, y fijando solamente el mínimun y máximun, los jueces de hecho deberán, cuando declaren el delito, declarar también su grado»; añadiendo que «en cada uno de estos delitos habrá tres grados» (10).

Ya a partir del C. P. de 1848, nuestro ordenamiento jurídico fijaba el complejo sistema dosimétrico que ha llegado, con ligeros retoques, hasta nuestros días (11).

Doctrinalmente pasa a ser mayoritaria la posición de que el arbitrio judicial, sin conculcar la seguridad jurídica que implica el principio de legalidad, es totalmente necesario a fin de lograr una auténtica individualización penal, de modo que los jueces, dentro de los límites que la ley establece, imponen la pena que estiman justa atendiendo a los criterios que el propio texto legal prescribe y que no son otros que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (12).

Viene ello impuesto por razones de justicia y de equidad, y es hasta tal punto cierto: a) Que en los Códigos penales van desapareciendo

(9) BECCARIA, *ob. cit.*, capítulo 6. Aunque la idea parece fundamental, en el sentido de que la ley en su proceso de abstracción debe así fijar la pena, desde el momento en que se pretende excluir la individualización judicial se llegan a consecuencias absurdas e injustas.

(10) El resabio, por lo reciente, de la rígida y extrema postura de los revolucionarios franceses en 1791, es ostensible en nuestro legislador de 1822 ya que, más adelante, prescribió: «Cuando la ley imponga pena fija y determinada, será esta la que se aplique irremisiblemente, sin necesidad de distinguir el grado delito».

(11) En el proyecto de ley Orgánica de Código Penal de 1980 (en adelante P. L. O. C. P.) se pretendía simplificar el sistema, aunque la idea de la que se parte es la misma.

(12) Sobre este aspecto doctrinal, en España, es imprescindible por lo completo, a la vez que sintético, y la selección de citas, ver ORTIZ BERENGUER, Enrique. «Atenuante de análogo significación». Universidad de Valencia, 1978, págs. 26 y ss.

esas penas «fijas y determinadas», a las que hacía mención nuestro legislador de 1822, y de las que aún quedan se puede afirmar que son puramente residuales (13); b) Que es corriente la crítica de aquellas leyes que prevén la pena de muerte como única; y c) Que, concebida la pena de multa en nuestro C.P. como jurídicamente indivisible (14), se postuló se diera entrada en nuestro Derecho al sistema de los días-multa (15), una de cuyas ventajas estriba en poder graduar el número de días teniendo en cuenta las circunstancias modificativas, mientras que el importe de la multa se haga conforme a la capacidad económica del culpable (16).

Trasladados al derecho penal militar español vigente, no cabe ninguna duda que esta explicada función general de las circunstancias modificativas como criterios moduladores del arbitrio judicial es de él predicable, si bien resalta, como especialidad respecto del derecho penal común, el amplio arbitrio que la Ley otorga a los Tribunales castrenses, tal y como será detallado más adelante. Valga ahora resaltar que la explicación a este hecho es, a mi juicio, únicamente histórica.

2. SISTEMAS SEGUIDOS PARA SU REGULACION

Sobre la base expuesta de otorgar arbitrio judicial en atención a las circunstancias, los distintos ordenamientos jurídicos siguen diversos sistemas en cuanto a la apreciación de las mismas.

Antón Oneca señala que fundamentalmente son dos: el de dejarlas a la estimación del Juez o determinarlas en la Ley, indicando que si el primero «se funda en la imposibilidad de prever en la norma jurídica todos los matices de la vida, la fijación en la Ley tiene por finalidad la garantía del individuo frente a posibles abusos de los encargados de administrar justicia y procurar la igualdad en las resoluciones judiciales» (17).

Con más detalle, Del Rosal, aludiendo a las distintas orientaciones de los Códigos, hace la siguiente clasificación de éstos: a) Los que otorgan a los tribunales una facultad completamente discrecional; b) Los que siguen el sistema de las llamadas atenuantes genéricas; c) Los que contienen una enumeración cerrada o abierta de las circunstancias,

(13) En nuestro C. P. sólo figuran las reprobaciones, totalmente periclitadas y en tren de desaparecer (no figuran en el P. L. O. C. P.), la pérdida de la nacionalidad española (aplicable solo a los naturalizados, reos del delito de traición) y el comiso.

(14) Ver RODRIGUEZ DEVEZA, ob. cit., pág. 888.

(15) Y así lo hacía el P. L. O. C. P.

(16) De ahí que el actual artículo 63, al operar sólo la multa de cantidad predeterminada, aunque entre unos límites, relegue a un segundo plano la concurrencia de circunstancias modificativas.

(17) ANTON ONECA, José: «Derecho Penal. Parte General», Madrid 1949, págs. 323 y 324.

dando reglas para su aplicación; y d) Los códigos más recientes, como grupo residual (18).

Respecto de los ordenamientos punitivos militares, puede perfectamente adoptarse este esquema más explicativo, ya que, como más adelante expondré y es notorio, el derecho penal castrense tiende mayoritariamente a concebirse como especial respecto del común, siendo gran parte de los Códigos o Leyes complementarios de los ordinarios, por no citar la importante corriente del «Código único», comprensivo de toda la materia penal (19); por ello las regulaciones de los textos comunes son aplicables, en principio, en la esfera militar, salvo que en ésta se disponga otra cosa.

Cabría, pues, distinguir de entre las leyes militares en relación con el arbitrio judicial y las circunstancias:

a) Las que silencian su regulación, depositando en los tribunales la facultad discrecional de imponer la pena dentro de determinados límites; en los países de cultura jurídica continental europea es el sistema más infrecuente, citándose como ejemplo el holandés.

Es quizá el más extendido en la cultura anglosajona, en cuyo contexto, una vez formulado positivamente el juicio de culpabilidad, suele moverse el juzgador con gran libertad en la fijación de la pena dentro de los límites preestablecidos. La Ley Penal militar israelí (de 1955) puede ser adscrita a este sistema.

b) Las que siguen el sistema de las llamadas «circunstancias genéricas», a cuyo tenor es suficiente que los jueces decidan sobre la existencia o no de ellas, sin necesidad de precisar cuál o cuáles sean. En este grupo subdistinguiría otros dos: uno puro, en el sentido de que es ésta la regla única, vrg. Bélgica (20); y otro que, a su vez, admite una categoría de circunstancias calificadas, que, por suponer la ampliación del arbitrio judicial, deben de modo expreso ser mencionadas por el juez, estando limitativamente previstas por el legislador. Es el sistema francés (21) y, por absoluto mimetismo, el de Marruecos y Arge-

(18) Ver DEL ROSAL, Juan: «Tratado de Derecho Penal Español. Parte General». Darro, Madrid 1972. volumen II, págs. 491 y ss. Un resumen de la exposición de DEL ROSAL en el «Compendio» preparado por RODRIGUEZ RAMOS, editorial Darro, Madrid 1974.

(19) Ver más adelante apartado 3.2.

(20) El Código penal militar belga de 1870, el más breve de los que conozco con sus 62 artículos, constituyó un modelo de complementariedad de la ley punitiva castrense, disponiendo su ordinal 58 que «las disposiciones del libro 1.º del Código penal ordinario, no derogadas por la presente ley, se aplicarán a las infracciones cometidas por militares». Puede verse en BACARDI, Alejandro de: «Nuevo Colón», 3.ª edición, tomo III, Barcelona 1978. Este Código Penal de 1870 continúa vigente, aunque está en marcha su sustitución. El anteproyecto que he manejado sigue, en los puntos aludidos, igual postura.

(21) El C. J. M. francés de 1965 se remite al C. P. común donde se distingue entre excusas y circunstancias atenuantes; las primeras, expresamente previstas y enumeradas por el legislador, permiten apreciar una pena menos rigurosa (provocation, minorité, crédulité de l'agent); las segundas autorizan al juez, según el artículo 463, a atenuar la pena, no definiendo la ley cuales sean, de modo que la apreciación es discrecional del juzgador. «Basta al juez constatar que existen circunstancias atenuantes o que procede hacer al inculcado una aplicación moderada de la ley». Ver MERLE/VITU, «Traité de droit criminel», éditions Cujas, Paris 1973. La reciente reforma del C. J. M. mediante la Ley 82-821 de 21 de julio de 1982 en nada afecta a la materia estrictamente penal; supone la adaptación orgánica y procedimental consiguiente a la supresión de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz o territorio francés.

lia. Lo recuerda, en parte, el Código de Justicia Militar Mejicano de 1933, sobre el que volveré.

c) Gran parte de los códigos contienen una enumeración cerrada o abierta de las circunstancias, a la par que se dan reglas para la apreciación concreta de las mismas por el juzgador. Normalmente, el sistema se completa previendo también circunstancias en la parte especial, que constituyen unas modulaciones específicas respecto de determinados delitos.

Las diferencias, no obstante, dentro de este gran grupo son múltiples, dando lugar a unas reglas más o menos flexibles, e incluso muy rígidas como las de nuestro C. P. (22), en contra de lo que ocurre con el C. J. M., de modo que la tendencia general la constituye más bien la de este último que la de aquél.

En efecto, son numerosos los Códigos militares que, tras enumerar una serie de circunstancias, indican que deben tenerse en cuenta por el juzgador para elegir la pena concreta, pero sin dividir ésta en grados. Ocurre ello en Argentina (23), Colombia (24), Perú, Portugal y Uruguay. Se suele excepcionalmente permitir que el juez baje de grado la pena, o, con más restricción todavía, el que la suba, bien con una fórmula flexible (25), bien por la concurrencia de unas determinadas circunstancias (26).

Otros textos legales establecen la posibilidad o la obligación de salirse del grado de pena. Tal se da, por citarlos cronológicamente, en Suiza, Italia y Cuba (27).

Pocos, por fin, escinden la abstracta pena prevista por el legislador en grados. Es el caso de Venezuela (28).

d) En último grupo debe aludirse a los sistemas que establecen, más que unas tasadas circunstancias, unos criterios generales y amplios a los que deba sujetarse el juzgador. Recuerdan el sistema francés, pero no se trata exactamente de la misma preceptuación; me estoy refiriendo a regulaciones como la del Código Penal alemán, cuyo párrafo 47 irradia al campo militar (29).

(22) Y lo sigue siendo el P. L. O. C. P.

(23) C. J. M. de 1951, en la regulación de esta materia es el que más recuerda al vigente C. J. M. español.

(24) Código de Justicia Penal Militar de 1958.

(25) Caso de Perú y Portugal: C. J. M. de 1950 y C. J. M. de 1977 respectivamente.

(26) Como ocurre en el Código Penal Militar uruguayo de 1943.

(27) Código penal militar suizo de 1943, el italiano de paz de 1941 y Ley penal militar cubana de 1966.

(28) Regulación esta, la de Venezuela (C. J. M., de 1938), que recuerda en gran manera a la adoptada en el P. L. O. C. P. al dividir en dos mitades la pena señalada a la Ley.

(29) Pues el artículo 3.º de la Ley penal militar prescribe que «el derecho penal común se aplicará siempre que esta ley no determine otra cosa», y las especialidades castrenses las circunscribe más adelante, además de a la obediencia y al miedo, a embriaguez y a las derivadas del diferente repertorio de penas. Me refiero a la Ley de 1957, e imagino que la de 1974 es similar.

El C. J. M. mejicano de 1933 recuerda en parte al ordenamiento germano, aunque la influencia del francés parece manifiesta.

Dejar constancia, y acabo con ello esta rápida panorámica, de un ordenamiento como el ruso (30), en donde, para determinados delitos, la concurrencia de circunstancias atenuantes ocasiona «la aplicación de los preceptos de la ordenanza disciplinaria del Ejército de la U. R. S. S.».

3. SISTEMA ADOPTADO POR EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

Nuestro C. J. M. vigente, en punto a circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y a su valoración por los Tribunales, se aparta sensiblemente del sistema establecido, como común, en el C. P.

3.1. Esquema general

De las circunstancias y arbitrio judicial se ocupa el C. J. M. en el Tratado 2.º, nominado «Leyes Penales» (31), y dentro de él en el título II: «De las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal».

Pero no es, a pesar de los términos que lo encabezan, todo el título el que a estas circunstancias se contrae, sino exclusivamente los capítulos 2.º a 7.º, ambos inclusive, desde los artículos 186 a 193, excepción hecha del 191, que se refiere a eximentes.

La imprecisión técnica y terminológica de nuestros textos punitivos castrenses se manifiesta aquí una vez más: si el C. P. llama a las eximentes circunstancias, lo cual es ya inexacto (32), el C. J. M. añade otro absurdo al englobarlas como modificativas, y lo hace a plena consciencia o por lo menos reiteradamente, pues en la exposición de motivos alude también a «las circunstancias modificativas eximentes». Si es cierto que las eximentes no pueden ser nunca circunstancias, pues afectan a la esencia del delito, de tal suerte que su concurrencia, al suprimir un elemento necesario, lo anula, tampoco es sostenible que modifiquen la responsabilidad criminal, ya que ésta no nace. No obstante, carece la imprecisión, al igual que en el C. P., de trascendencia, porque, además de ser absoluta y prioritariamente explicativo el calificativo de eximentes, el artículo 191 del C. J. M. obliga a la apreciación de las «causas» de exención señaladas en esta Ley.

(30) Ley sobre responsabilidad penal por delitos militares de 1958.

(31) Recordar que en su afán omnicompreensivo el legislador de 1945, siguiendo la línea marcada por el C. J. M. de 1890, incluye en un texto legal único el doctrinalmente llamado derecho penal material y el formal (orgánico y procesal), amén de otras diversas y residuales materias (civiles y administrativas, y entre estas, las disciplinarias).

(32) Resulta curioso que muchos autores silencian todo comentario sobre esta imprecisión; se ocupe de ella de modo fulminante, como es en él característico, ANTON ONECA, ob. cit., pág. 323.

De otra parte, tampoco son verdaderas circunstancias modificativas «los casos especiales de agravación en delitos comunes» del discutido, no sólo en cuanto a su existencia, sino en torno a su significación, artículo 194 del C. J. M., que constituye el último capítulo del título en cuestión, y cuyo estudio excede con mucho los límites de este trabajo.

Son, pues, dentro de este título II del Tratado Segundo, los capítulos II a VI, y parte del VII (excluyendo el artículo 191), los que se ocupan de las circunstancias y que, siguiendo los términos de la propia ley en las rúbricas, hacen referencia a los siguientes aspectos:

— Capítulo II: «De las circunstancias atenuantes» (art. 186).

— Capítulo III: «De las circunstancias agravantes» (art. 187).

— Capítulo IV: «De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad, según los casos» (art. 188).

— Capítulo V: «De las circunstancias atenuantes calificadas» (artículo 189).

— Capítulo VI: «De las circunstancias agravantes calificadas» (artículo 190) (33).

— Capítulo VII: «De la apreciación de las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad» (arts. 191 a 193).

Se bosqueja en estos preceptos un sistema que poco tiene que ver con el construido en el C. P., pues aunque se enumeren (arts. 186 a 190) unas circunstancias atenuantes y agravantes, en «*numerus apertus*» aquéllas y de modo cerrado éstas, los artículos 192 y 193 determinan la vigencia de un amplio arbitrio judicial, de una gran flexibilidad en la fijación de la pena concreta, ya que, aunque estén perfectamente tasadas en el artículo 193, en relación con los antecedentes 189 y 190, las posibilidades de que los Jueces y Tribunales Militares suban o bajen el grado de la pena (es potestativo), se goza de libertad dentro de la propia pena, que, en la más frecuente cual es la privativa de libertad, está prevista con unos márgenes muy amplios y sin división interna alguna en grados; las atenuantes y agravantes no se valoran al modo del artículo 61 del C. P., sino que, junto a ellas, la segunda parte del artículo 192 establece unos criterios que pueden operar conjuntamente a la hora de individualizar la sanción el juzgador.

Ello permite afirmar, también en lo referente a circunstancias modificativas y al arbitrio judicial, la especialidad del derecho penal militar respecto del común, el contenido en el C. P.

[33] La reciente reforma del C. J. M. mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, ha dejado este artículo con una sola circunstancia, pero lo apresurado de su confección, ha hecho que se olvidaran, en la revisión de estilo, de poner en singular el epígrafe del capítulo, a pesar de que otros sí han sido cambiados (ver artículo quinto de la Ley). Estas prisas, siempre peligrosas en toda tarea legislativa, pueden traer unos difíciles problemas de interpretación, pues resulta que el artículo sexto suprime el artículo 190 del C. J. M., que en el artículo primero es modificado.

3.2. La integralidad del Código Castrense respecto del Común. Remodelaciones y particularismos

He predicado la especialidad de nuestro derecho penal militar, y no en un sentido puramente topográfico (34), sino en el de que por la propia naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en la ley marcial, ésta adopta una serie de particularismos o regulaciones distintas en diversas materias, pero siguiendo fiel a los principios e instituciones que, como comunes, se prevén en el C. P. y de los que el legislador castrense sólo se aparta cuando la protección de los bienes, que justifican su existencia, lo exige o resulta conveniente por alguna razón (35).

Así, el amplio arbitrio judicial mencionado constituye una especialidad indudable sobre cuyos fundamentos trataré de terciar, pero antes, y por lo que estimo de conexión con el término especialidad, debo dedicar unas líneas al concepto de complementariedad de las leyes penales militares, como expresivo de que éstas sólo deben contener, además de los concretos tipos delictivos castrenses, las reglas que se separan de la regulación del derecho penal común. Esta idea de complementariedad es secuela necesaria de la especialidad (36).

Contrario al de complementariedad es el concepto de integralidad (37), que no significa otra cosa sino que el legislador militar regula toda la parte general del derecho penal de modo paralelo al C. P. y con total independencia, teniendo en cuenta al ordenamiento común como pauta o indicación a lo sumo.

Una ley penal militar integral implica partir de una idea de autonomía o sustantividad del derecho punitivo castrense, pues es su instrumentación; tales ideas eran las sustentadas en nuestra Patria por las

(34) Por hallarse extramuros del C. P. Ver RODRIGUEZ DEVESA, P. general cit., pág. 33.

(35) Sobre la especialidad del Derecho Penal Militar, y abandonada ya idea de sustantividad y de autonomía tan querida en nuestro país desde que en 1913 SALCEDO RUIZ pronunciara su discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, puede verse: RODRIGUEZ DEVESA, José María, «Derecho penal militar y Derecho penal común», en Primeras Jornadas de Derecho Penal y Derecho de la Guerra, Valladolid 1961; NUÑEZ BARBERO, R., el mismo título del anterior, en A. D. F. y C. P., Madrid 1971, págs. 713 y ss.; COLOMBO, Carlos J.: «Sustantividad del Derecho penal Militar», en R. E. D. M., número 17, pág. 9, Madrid 1964. La doctrina italiana se ha ocupado del tema ampliamente; ver, por todos, VENDITTI, Rodolfo: «Il diritto penale militare nel sistema penale italiano», 4.ª ed., dott. A. Giuffrè editore, Milano 1978, pág. 23 y ss.

(36) No sólo doctrinalmente, sino en las realidades legislativas más recientes es la postura dominante; de complementarios cabe calificar a los textos punitivos militares de Alemania, Argentina, Bélgica, Cuba, Chile, Israel, Italia, Portugal, Uruguay, etc. Además es de destacar la corriente, incluida en los países socialistas, de que haya un sólo Código penal en el que esté abarcado lo militar, corriente que también está ganando adeptos en otros países como Suecia y Austria. Ver JIMENEZ Y JIMENEZ: «La nueva legislación penal militar sueca», nota en R. E. D. M., núm. 20, Madrid 1965, pág. 87 y ss.; y MILLAN GARRIDO, Antonio: «Los títulos X y XI del Código penal rumano», en R. E. D. M., número 37, Madrid 1979, páginas 221 y ss.

(37) Los conceptos fueron debatidos y los términos acuñados en la doctrina italiana, donde, una vez puestos de acuerdo en que los actuales Códigos penales militares (el de guerra y el de paz) son complementarios respecto del común, el tema ha perdido toda virulencia. Ver CIARDI, Giuseppe: «Trattato di Diritto penale militare», volume primo, parte generale, Bulzone editore, Roma 1970, pág. 18 y ss.

calendas en que aparece nuestro vigente C. J. M. (38), al que sin reparos cabe clasificar como integralista, amén de por lo dicho, por la vocación de exhaustividad que demuestra al copiar y repetir constantemente conceptos establecidos en el C. P., así como por el propio tenor del párrafo 2.º del artículo 257 del C. J. M. (39).

Por ello, y dado que la nota de especialidad se induce, no obstante, del conjunto del C. J. M., es labor prioritaria, del que pretende su exégesis, distinguir lo que es auténtico particularismo o regulación «propiamente especial» de lo que tan sólo se trata de una remodelación con la idea, más o menos encubierta y consciente, de mejorar el texto penal común. A estos particularismos y remodelaciones circunscribiré la exposición.

De otra parte, la regla del párrafo 2.º del artículo 257 obliga a establecer qué disposiciones del C. P. son de aplicación directa en el campo punitivo militar. En este sentido, por supuesto que con referencia a las modificativas, lo único que encuentro trasvasable del C. P. al C. J. M. es el contenido de los artículos 59 y 60.

3.3. Análisis del artículo 192

Se puede afirmar que es este artículo el central para concluir la consagración de un amplio arbitrio judicial en nuestra ley penal militar (40).

3.3.1. Antecedentes

Aunque alrededor de 1850 hubieron intentos codificadores del derecho militar en paralelo a los del común (41), éstos no fructifican hasta que el 17 de noviembre de 1884 se promulga el Código Penal Militar (42) en desarrollo de una previa Ley de Bases de 15 de julio de 1882; poste-

(38) Con acento despectivo aludía JIMENEZ DE ASUA, al ocuparse de las eximentes, a esta autosuficiencia del legislador castranense, señalando que «... en probanza del desconocimiento de los militares por cuanto hacen los que no visten (por fortuna) su entorchada ropa, se limita (el artículo 185 del C. J. M.) a copiar lo que dijo el derogado Código de la Armada... con ignorancia supina de lo que desde 1932... se había hecho en el Código común, sobre todo en orden al estado de necesidad», en «Tratado de Derecho Penal», tomo III, 3.ª edición, Losada, Buenos Aires 1965; por cierto, que el último inciso de la cita demuestra una total ignorancia de la reforma del C. J. M. por la Ley de 21 de abril de 1949, de cuyas resultas el número 7.º del artículo 185 pasó a ser pura transcripción de su equivalente del artículo 8.º del C. P., pero está traída por la Ilustradora de la tendencia del legislador militar español a considerarse autónomo en la elaboración de sus propios presupuestos.

(39) El artículo 7.º del C. P. no lo contradice, sino que es congruente con el párrafo 2.º del artículo 257 del C. J. M., cuya regla está pensada, más como precaución de haber olvidado algo, que como remisión en bloque a lo no establecido especialmente en la Ley Militar, que es el «modus operandi» de los Códigos complementarios.

(40) V. QUEROL Y DE DURAN, Fernando de: «Principios de Derecho militar español», editorial Naval, Madrid 1949, tomo II, págs. 73 y ss.

(41) Sobre estos intentos codificadores, y en general sobre los antecedentes de la codificación militar, debe verse: MUGA LOPEZ, Faustino: «Antecedentes del Código penal militar de 1884», en R.E.D.M. números 1 y 2, 1956. También ESTEBAN RAMOS, Salvador: «Hacia un nuevo sentido del derecho militar», en R. E. D. M. número 11, págs. 89 y ss., 1961.

(42) En adelante C. P. E.

riormente, a pesar de ser de la misma fecha la Ley de Bases, se promulga el Código Penal de la Marina de Guerra el día 24 de agosto de 1888 (43), para, finalmente, el 25 de junio de 1890 dictarse el Código de Justicia Militar, derogándose el de 1884 (44).

Queda patente que la codificación penal militar (45) quedó descolgada de la común, con lo que eran ya conocidas las críticas al complejo sistema establecido en esta última para la determinación judicial de las penas (46). Esto, unido a que los Tribunales militares habían venido actuando con total libertad hasta entonces y al amplio protagonismo del Ejército en la vida española del siglo XIX (47), explica que tanto el artículo 9 del C. P. E. de 1884 como el 17 del C. P. M. G. de 1888 y los artículos 172 y 173 del C. J. M. de 1890 permitieran al juzgador en los delitos militares, separándose del sistema adoptado por el C. P., moverse con absoluto señorío dentro de los límites de la pena.

Este arbitrio fue defendido con diversos argumentos por parte de los autores militares e, incluso, aplaudido desde fuera. Entre aquéllos se esgrimieron desde el meramente práctico y pueril, en el sentido de que mal se avenían a la propia composición de los Tribunales Militares (de actuación eventual y legos en derecho) las complejas reglas del Código Penal Ordinario, de difícil comprensión (48), hasta el más consistente, en el que se esboza una razón de la especialidad del derecho penal militar, señalándose que «se ha de atender sobre todo a las necesidades, conveniencias del organismo armado, a los principios en que su vida descansa» (49). Entre los aplausos merece destacar a Quintillano Saldaña, que, después de calificar al derecho militar de «duro» y «desconocedor de la psicología y de la ética», no tuvo ambages en afirmar, respcto del C. J. M. de 1890, que «el arbitrio judicial no queda ahogado enteramente, como en el común, por los prejuicios del siglo».

(43) En adelante C. P. M. G.

(44) Y la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra de 14 de marzo de 1884.

(45) No tiene consistencia alguna la idea de que las Reales Ordenanzas tanto de la Armada (de 1746 rehechas en 1793 y complementadas en 1802) como del Ejército (de 1768) fueran en sí unos Códigos, por la mezcolanza de materias en ellas contenidas y por obedecer a un sistema ideológico y político periclitado. Sobre el sentido de la codificación: CASTRO y BRAVO, Federico de: «Derecho Civil de España. Parte General I», Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, pág. 185 y ss.

(46) Comentando el C. J. M. de 1890 decía Angel ROMANOS que «el legislador siguiendo los derroteros por donde hoy marcha la ciencia penal no ha sometido a los Tribunales en la apreciación de las penas a las reglas matemáticas a que los sujeta el Código ordinario»; en la pág. 64 de «Justicia militar. Guía práctica para la Administración de la Justicia en el Ejército», Imprenta de C. España, Vitoria 1891. Recientemente COBO ha defendido la postura de tal «Código ordinario» en «El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870» dentro del libro editado por la Real Academia de Jurisprudencia y legislación recogiendo las conferencias dictadas en «Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870», Madrid 1970, págs. 69 a 89.

(47) No viendo, por consiguiente, con buenos ojos el recorte de facultades que, de importar a la vida militar el sistema del C. P. común, hubiera significado para los tribunales militares.

(48) Ver IGON/NUÑEZ DEL PRADO: «El Código penal militar», Biblioteca Judicial, Madrid 1884, página 18; critican el que no se hiciera un catálogo de circunstancias.

(49) Ver CONEJOS D'OCÓN, Antonio: «Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar», Imprenta F. Domenech, Valencia 1885, pág. 295.

señalando en relación al C. P. M. G. de 1888 que «era la Ley penal más antropológica y, por tanto, más científica vigente en España» (50).

El actual 192 es una síntesis de los indicados Códigos de 1888 y 1890, en cuya aplicación la doctrina jurisprudencial fue tajante y unánime en el sentido de señalar que los criterios establecidos por el legislador para graduar la pena eran tan sólo indicativos y en modo alguno vinculantes para los Tribunales militares, que podían moverse con total libertad, sin otra limitación que la de la extensión de la pena imponible; al efecto se distinguía que el artículo 172 del C. J. M. de 1890 hacía referencia «a la potestad discrecional que la ley concede a los Consejos de Guerra en lo tocante a la imposición de la penalidad con tal de que lo haga dentro de los límites legales», mientras que el artículo 173 «sólo se contrae a conferir a los indicados Tribunales la facultad de apreciar las circunstancias atenuantes y agravantes según su prudente arbitrio y con arreglo a conceptos genéricos que determina, en oposición a las enumeraciones casuísticas que sobre los mismos temas sustantivos formula el C. P. ordinario»; deducía, por fin, «que no es admisible invocar el artículo 173 de la ley castrense cuando se trata de determinar la pena que debe imponerse, sino atenerse a lo que respecto al particular dispone el artículo 172, y que, si bien los Tribunales militares pueden apreciar o no, según su criterio, las circunstancias que en el caso concurren..., esto no restringe el arbitrio que la ley les concede para fijar las sanciones que dentro de la ley estimen adecuadas». Esto decía, recogiendo «la constante doctrina mantenida en esta materia por esta Sala y por el Consejo Supremo de Guerra y Marina en multitud de resoluciones...», en Sentencia de 3 de enero de 1935 la Sala militar del Tribunal Supremo (51).

Esta reiterada interpretación (52), que recuerda en alto grado a la mantenida por el Tribunal Supremo en relación con las reglas 4.ª y 7.ª del artículo 61 del C. P. (53), no seguía, sin embargo, la idea expresada por científicos y comentaristas del derecho militar, quienes señalaban que «el espíritu de la ley... obliga a tener en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes» de modo que si el legislador, aunque no sometía a los Tribunales a las reglas matemáticas del Código ordinario, «sí

(50) En sus adiciones a la traducción del «Tratado de Derecho Penal» de F. von Liszt, 2.ª edición, Madrid 1929, tomo I, págs. 499 y 501.

(51) Aranzadi (en adelante Ar.) 257. La recojo como ejemplar y, a la vez, recapituladora de toda una continuada doctrina.

(52) Sólo he encontrado, apartándose de esta tesis, la reseña de una sentencia del Alto Tribunal de Justicia Militar, de fecha 21 de noviembre de 1936, en el sentido de que «el arbitrio que otorga el artículo 172 para imponer la pena en la extensión que estime justa, ha de ser con relación a las circunstancias modificativas de responsabilidad que existan en el delito apreciado y en la persona responsable; por lo que, al concurrir circunstancias agravantes, no debe en Justicia aplicarse al condenado la menor de las dos penas señaladas por la Ley, sino aplicar la más grave». En DAVILA Y HUGUET, José María: «Legislación penal de los Ejércitos de España», editorial Aldecoa, Madrid 1942, pág. 955.

(53) Ver la interpretación, y su crítica, en CORDOBA RODA, Juan: «Comentarios a la Jurisprudencia penal», en Revista Jurídica de Cataluña, enero-marzo 1974, núm. 125. Sobre la posibilidad de recurso de casación en el supuesto de mal ejercicio del arbitrio: BELTRAN BALLESTER, Enrique: «El arbitrio judicial en el C. P. español y la nueva redacción de la regla 6.ª de su artículo 61», en el Colectivo «Escritos Penales», Universidad de Valencia, 1979.

limita moralmente su arbitrio según las circunstancias del caso», como decía Romanos (54); «esta facultad no ha de ejercerse ciertamente de modo caprichoso», señalaba D'Ocón (55); las circunstancias atenuantes y agravantes «pueden y deben tenerlas en cuenta los Tribunales», afirmaba Jalón y Palenzuela (56), y así la mayoría.

Con estos antecedentes, es ya la hora de adentrarse en el estudio del vigente artículo 192, que, reformado por la Ley de 21 de abril de 1949 (57), plantea una, a mi parecer, rica problemática, que trataré de explicar: primero centrando su ámbito de aplicación y después explicando en qué consiste el arbitrio que se otorga a los Tribunales militares, y qué criterios deben tener en cuenta éstos para modularlo.

3.3.2. Ambito de aplicación

En efecto, comienza el artículo 192 señalando que «en los delitos comprendidos en este Código los Tribunales militares... impondrán la pena señalada por la Ley en la extensión que estimen justa»; con lo que, de una parte, está circunscribiendo la regla, que a continuación da, tan sólo a los «delitos comprendidos en este Código» y, de otra, parece otorgarles un absoluto arbitrio.

¿Cuáles son los «delitos comprendidos en este Código»? No cabe duda que el 192 es la pauta imperativa por la que han de regirse los Tribunales militares en el enjuiciamiento de los delitos que el Código Castrense tipifica a partir del artículo 258 y hasta el 413. El problema surge, sobre todo, en relación a los delitos nombrados en el artículo 194 y, en menor medida, con aquellos otros comunes para cuyo enjuiciamiento se atribuye competencia a la Jurisdicción militar y con los que se incluyan en los bandos.

Sin entrar en la polémica sobre la naturaleza de los delitos aludidos en el artículo 194, en el sentido de si se trata de delitos militares al igual que los descritos desde el título VIII del Tratado Segundo del C. J. M., o son puramente comunes, o si nos encontramos ante una categoría propia y que participa de las dos anteriores (58), me parece claro,

(54) ROMANOS Y SANTA ROMANA, Angel: «Justicia Militar», Vitoria 1891, págs. 64 y 65.

(55) Ob. cit., pág. 295.

(56) «Los Consejos de Guerra», Burgos 1916, pág. 85.

(57) Trascribo su redacción originaria, conforme apareció en 1945: «En los delitos comprendidos en este Código los Tribunales militares apreciarán o no, a su prudente arbitrio, las circunstancias atenuantes o agravantes enumeradas en los artículos 186, 187 y 188, imponiendo la pena señalada en la extensión que consideren justa, y tendrán en cuenta, en todo caso, el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes, la trascendencia del hecho, el daño producido o podido producir con relación al servicio, a los intereses del Estado o a los particulares, la clase de pena señalada por la Ley y si el delito fue cometido en acto de servicio o fuera de este o con ocasión del mismo».

(58) Ya he manifestado antes que excede los límites de este trabajo: Ver apartado 3.1; como la polémica se había ya suscitado con el anterior artículo 175 del C. J. M. de 1890, puede verse un planteamiento de la misma en QUEROL, ob. c., págs. 87 y ss.; a la que cabe añadir la postura de José María, «Derecho penal español. Parte especial», Madrid 1980, en cuya pág. 1249 afirma su cualidad de «delicta sui generis».

en relación al problema del arbitrio judicial, el que no son aplicables las prescripciones del artículo 192 (59), afirmación que hago en base al propio tenor literal del artículo 194, que en su inciso inicial alude a que los delitos en él enumerados «serán castigados con la pena que tuvieren señalada en el ordinario, impuesta en su grado máximo o...»; y el párrafo final afirma que, «para la aplicación de este artículo, los grados de la pena inmediatamente superior se formarán según las reglas contenidas en el Código Penal común». De ello se desprende que la pena sigue siendo la del código ordinario y que su estructura en grados es también la de éste, lo que resulta incompatible con las prescripciones del artículo 192, que parte precisamente de la indivisión matemática en grados de las penas, aludiéndose en realidad no a los delitos comprendidos en el C. J. M., sino, de entre éstos, a aquellos que llevan aparejadas unas penas de las mencionadas en su artículo 209. Es, pues, la naturaleza de las penas, según sean de las catalogadas en el C. J. M. (como militares o comunes, es indistinto) o en el C. P., la que determina la aplicación del artículo 192 y, comoquiera que las penas asociadas a los delitos del artículo 194 son de las acuñadas en el C. P., es éste el que debe aplicarse (60).

Con ello no quiero decir sino únicamente lo dicho: la no aplicación del artículo 192 a los supuestos del 194; quedan en pie los enormes problemas que, en cuanto a la fijación de la pena, se suscitan con el artículo 194 (61).

Por lo que hace a aquellos delitos no tipificados en el C. J. M. ni incluidos en su artículo 194, pero cuyo enjuiciamiento está encomendado a la Jurisdicción militar conforme a lo dispuesto en el título I del libro primero del C. J. M., no les serán de aplicación las reglas generales de los títulos I a VII del tratado 2.º y, por tanto, tampoco el artículo 192 y sus concordantes; aunque se refiera a ellos el C. J. M., no están exactamente «comprendidos en este Código» como reza el artículo 192, sino que el texto marcial se refiere a ellos a los sólo efectos de competencia; tan es así que de recortarse ésta, y excluirse su enjuiciamiento por la jurisdicción militar, la única variación estribaría en las reglas procedimentales, pero no en las penales «stricto sensu» (62).

(59) Otra hubiera sido la solución, de haberse seguido por el legislador de 1945 la postura adoptada en el C. P. M. G. de 1868, en el que se definían y penaban autónomamente estos delitos, mezclados con los demás en dicho Código establecidos, solución criticable, pero que no planteaba más problemas de interpretación, abstracción hecha de estar de acuerdo o no con dicha solución.

(60) Por ello tampoco son de aplicación los artículos 186 a 190, sino «in íntegrum» las modificativas del C. P.

(61) La oscilación jurisprudencial, con abundante cita de sentencias y compartimentación de los criterios sustentados, viene esquemáticamente expuesta en ALGORA MARCÓ/HERNANDEZ OROZCO: «Código de Justicia Militar», Aguilar, Madrid 1963, pág. 125.

(62) Precisamente la reciente Ley Orgánica 6/1980, de 6 de noviembre, ha reducido la competencia de Jurisdicción Militar de modo cuantitativa y cualitativamente muy importante, pero las descripciones han sido mínimas, por no decir nulas, ya que si algunas conductas han salido de C. J. M., han sido recogidas en el C. P. que también ha resultado modificado por tal Ley Orgánica, cambiando la redacción de los artículos 152 y 154 y dotando de contenido al artículo 242.

No hay que olvidar que Derecho penal militar y Jurisdicción castrense, aunque la existencia de esta ha querido ser justificada por la de aquél, no son conceptos indisolublemente unidos; puede existir un Derecho penal militar sin Jurisdicción Castrense y esta sin estar ceñida tan sólo a un ordenamiento punitivo militar.

El problema únicamente se plantearía con los delitos incluidos en los bandos militares, otro de los institutos poco estudiados (63) y mal conocidos, en gran parte debido a la defectuosa regulación de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico. ¿El ejercicio del arbitrio judicial se sujetaría a la flexible disposición contenida en el artículo 192 del C. J. M.?

En realidad, habría que estar a lo que al respecto dijera el Bando, y, de callar sobre este extremo, distinguir entre bandos correspondientes al estado de sitio o a tiempos de guerra sin haber declaración formal de estado de sitio; en cuanto a los primeros (64), si como parece deben contraerse a la atracción de competencia a la jurisdicción militar, se aplicarían, salvo disposición en contrario, las reglas que disciplinan las penas que se asocian a los delitos incluidos en el bando (65); por el contrario, en los bandos de guerra, y en base al artículo 181 del C. J. M., único cuerpo legal que de ellos se ocupa, los delitos en él establecidos serían militares y vendría en aplicación el artículo 192 (66).

3.3.3. Interpretación del arbitrio

¿Establece este artículo 192 un arbitrio ilimitado al igual que como lo interpretó la jurisprudencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina y de la Sala Militar del Tribunal Supremo en relación a los artículos 172 y 173 del C. J. M.? Rotundamente no, pues se exige atender al «número y la entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes enunciadas en los artículos 186, 187 y 188» y, además, tener en cuenta, «en todo caso, el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes...», exigiéndose un criterio de justicia.

Ello no obstante, en el sentido contrario, existe una importante corriente, doctrinal y jurisprudencial, que sigue con fidelidad los derroteros anteriores, a pesar de que el legislador de 1945 (67) demuestra, en su expresión, el cambio de los mismos.

(63) Ver los trabajos publicados por OTERO GOYANES y por RODRIGUEZ DEVESA en el número 3 de la R. E. D. M., Madrid 1957; GONZALEZ PEREZ, Jesús: «Comentarios a la Ley de Orden Público», Publicaciones Abejón, Madrid 1971, págs. 357 y as.

(64) Aludidos y posibles pero indefinidos en el artículo 34 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, que derogó los artículos 25 a 51 de la Ley de Orden Público de 30 de Julio de 1959.

(65) Máxime de aceptar la tesis que, en base a la derogada Ley de Orden Público, mantiene CEREZO MIR, José, en el sentido de que estos bandos no pueden crear nuevas figuras delictivas ni modificar las penas señaladas con anterioridad en la Ley a cada delito: ver pág. 183 de su «Curso de Derecho Penal Español. Parte General», Tecnos, Madrid 1981. En contra RODRIGUEZ DEVESA, General lct., pág. 172. Del conjunto de la Ley Orgánica 4/81, y en especial del artículo 35, parece desprenderse que, en lo posible, debe ser el Congreso de los Diputados el que de las pautas del contenido de los bandos.

(66) La cuestión en muchas ocasiones ni se plantearía dada la escasa cabida a las matizaciones que en tales momentos se da: además no son de extrañar, en esos tiempos, las penas únicas y fijas; repárese que la magnitud invariable, más grave y por excelencia, es la de la muerte, posible en los tiempos de guerra conforme al inciso final del artículo 15 de la Constitución de 1978. De todas formas es más que dudosa la constitucionalidad de los bandos expresados en el artículo 181 C. J. M. como algo diverso a los previstos en la L. O. 4/1981.

(67) Teniendo en cuenta además la reforma del C. J. M. por la Ley de 21 de abril de 1949.

En efecto, Querol señala que la enumeración construida en los artículos 186 al 188 podría considerarse inútil, pero que ello no es así, pues tiene la utilidad de simple recomendación, y añade —¿justificándolas?— «¿por qué no ha de ser bueno que, sin merma de su *libre decisión discrecional*, la ley guíe a los jueces, marcándoles el camino con ejemplos, ofreciéndoles una enumeración de circunstancias con carácter y fin puramente demostrativo, como explica la exposición de motivos que es el intento de los artículos 186, 187 y 188?» (68).

El Consejo de Justicia Militar, en esta línea, no ha dejado de señalar que el artículo 192 concede «una facultad discrecional en orden a la fijación de la pena» (69), y que «no puede ser materia de disenso el examinar el libre arbitrio judicial dentro de los límites que establece un precepto legal..., libre facultad que se otorga al Tribunal Sentenciador para que en cada caso concreto, y según las circunstancias que libremente aprecia, pueda fijar la pena en la extensión que estime justa» (70).

En fin, por citar otras sentencias más recientes, en la de 24 de junio de 1970 (71) parece aludirse a que el artículo 192 contiene una «orientación», y en la de 15 de enero de 1975 (72) se pone fin a un considerando discurrendo que «... el arbitrio que la Ley otorga es atributo privativo y discrecional del juzgador, que no se halla sujeto a reglas distintas de la íntima convicción que dictase la prudencia».

Sin embargo puede rastrearse una tendencia jurisprudencial según la cual el arbitrio del artículo 192 sí tiene límites; de una parte, gran número de sentencias se refieren a una «valoración de las circunstancias de toda índole en personal ponderación» (73) y al «buen uso del libre arbitrio» (74); de otra, se señala que han de tenerse o que deben ser tenidos en cuenta los criterios señalados en el artículo 192 (75), de lo que cabe deducir su imperatividad; tampoco son raras las consideraciones jurisprudenciales relativas al examen de la justicia de la valoración (76).

(68) Ob. cit., pág. 86 y ss.; hay que tener en cuenta que ya tenía QUEROL redactado el texto cuando entra en vigor la Ley de 21 de abril de 1949, incluyéndola este autor, a modo de apéndice, a partir de la página 701.

(69) S. 5 octubre 1972, en R. E. D. M. núm. 96, pág. 152 a 155.

(70) S. 19 mayo 1965, en R. E. D. M. núm. 21, págs. 199 a 201; se alude también a este veto de disenso en la sentencia de 14 de julio de 1950, citada tanto por ALGORA/HERNANDEZ, ob. cit., pág. 18, como en DIAZ-LLANOS, Rafael: «Leyes Penales Militares», Madrid 1968, pág. 167, donde también se recoge que el Decreto de 25 de septiembre de 1935, al establecer el recurso de apelación, estableció como motivo del mismo, el error en el ejercicio de ese albedrío legal para fijar en justicia la penalidad.

(71) En apéndice al número 27 de la R. E. D. M., «Jurisprudencia Militar de España», Madrid 1974, páginas 155 a 158, R. 78.

(72) En R. E. D. M., número 31-32, pág. 107 a 109.

(73) Vrg. SS. 8 julio 1955 (en R. E. D. M. núm. 2, pág. 210 a 212); noviembre 1959 (R. E. D. M. número 10, pág. 267), y 20 diciembre 1966 (en R. E. D. M. núm. 24, págs. 164 y 179).

(74) Vrg. S. 23 mayo 1956 (R. E. D. M. núm. 3, pág. 240 a 244).

(75) Vrg. SS. 5 junio 1957 (R. E. D. M. núm. 2, pág. 320); 8 mayo 1957 (R. E. D. M. núm. 2, pág. 306); 9 octubre 1957 (R. E. D. M. núm. 6, pág. 243 y 244).

La comodidad y subyacentes criterios utilitarios parecen marcar el norte en la interpretación del artículo 192 del C. J. M. por la jurisprudencia, al igual que la antes señalada corriente del Tribunal Supremo en la hermenéutica de las reglas 4.ª y 7.ª del artículo 61 del C. P., pero ya he afirmado que aquel precepto no estimo que estatuya un arbitrio ilimitado.

Es postura cómoda admitir que el artículo 192 quede reducido, en las sentencias, a una pura fórmula de estilo (77), pues las circunstancias de los artículos 186, 187 y 188 deben ser tenidas en cuenta, de modo que, para su no apreciación, el tribunal ha de razonarlo, y razonarlo en base a estos criterios que se mencionan en el propio artículo 192.

Trataré de argumentar la afirmación:

a) Si bien es cierto que los artículos 186, 187 y 188 (y también los dos siguientes) se inician con una proposición con la que se faculta a los Tribunales para la apreciación de las circunstancias en ellos mencionadas, no lo es menos que el artículo 192 señala que «impondrán la pena señalada por la Ley en la extensión que estimen justa» atendiendo «al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes... teniendo en cuenta, en todo caso, el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes...».

No me cabe la menor duda de que, en el sentido que he indicado, el tenor de 192 obliga a atender las circunstancias concurrentes; me parece esclarecedor que la reforma del C. J. M. mediante la Ley de 21 de abril de 1949 suprimiera, del precepto en cuestión, el inciso que, referido a los Tribunales Militares, les señalaba que «apreciarán o no a su prudente arbitrio», sustituyéndolo por «teniendo en cuenta las circunstancias...».

El propio Querol en sus apostillas, imagino que apresuradas, a la reforma de 1949 (78), no dudó en decir: «parece, pues, que se realza la importancia que los tribunales deben dar a tales circunstancias, aunque sin mengua de su arbitrio judicial» (79); pero no entró en la explicación de esa aparente contradicción.

b) La expresión «en la extensión que estimen justa» viene a reconocer con este adjetivo que la medida de justicia lo será con arreglo a los criterios que el propio 192 prescribe.

c) Sería ilógico, por no decir absurdo, que el legislador dedicara unos extensos artículos a enumerar una serie de circunstancias para

(77) Tanto en las del Consejo Supremo (y sus antecesores) como en las de los Consejos de Guerra, es frecuente encontrar fórmulas como las de «considerando que los Tribunales Militares, según dispone el artículo 192 del C. J. M., impondrán pena señalada por la Ley en la extensión que estimen justa» u otra similar; cláusula de estilo que no dice nada, y de la que confieso haber hecho uso yo mismo en gran número de sentencias.

(78) A pesar de la importancia de esta reforma y en contra del precedente de 1945, en el sentido de dotar al texto legal de una amplia exposición de motivos, la Ley de 21 de abril de 1949 carece de ella.

(79) Ob. cit., pág. 709.

que en modo alguno vincularan después a los encargados de administrar la justicia militar.

d) Existen, también, argumentos procesales que abundan en la tesis que mantengo y que hilan, sin solución de continuidad, con el contenido en el párrafo anterior:

- De los artículos 532, 552 y 566 del C. J. M., así como de sus concordantes y, en general, del propio concepto de actuaciones sumariales, se desprende que los Jueces Instructores deben investigar y tratar de fijar, también, los elementos accidentales del delito, o si se prefiere los hechos relevantes para la medición de la pena; esto es, las circunstancias.
- El artículo 729 del C. J. M. obliga a manifestarse al Fiscal en el apartado 4.º de su escrito de conclusiones provisionales, sobre las circunstancias modificativas, y otro tanto cabe decir de los del acusador particular (80) y de los defensores (art. 734); y de los escritos de acusación (art. 759) y de defensa (art. 761).
- Con igual carácter imperativo, el artículo 790 prescribe que en las sentencias debe contenerse un considerando circunscrito a las «circunstancias modificativas» (regla 4.ª) y, lógicamente, con anterioridad, en uno de los resultandos las conclusiones definitivas de las partes (81), dentro de las cuales ya hemos reparado que entran las modificativas.

Sería ilógico prestar tanta importancia procesal a las circunstancias modificativas si en la parte penal material carecieran por completo de ella.

Pero es que el argumento procesal no se agota con lo dicho, ya que, a pesar de las antes mencionadas sentencias que consideraban no puede ser materia de disenso al examinar el libre arbitrio judicial dentro de los límites establecidos en la Ley, el artículo 799 del C. J. M. no ampara tal aserto, sino todo lo contrario, pues la Autoridad Judicial y el Auditor lo que no pueden es fundamentar la disconformidad con la sentencia del Consejo de Guerra «en el uso que el propio Tribunal hubiere hecho de su facultad de elegir entre penas alternativas cuando fuere imposible cualquiera de estas», pero nada se dice, y por tanto ni se impide ni se restringe del disenso por haber usado contrariamente a la Ley el arbitrio concedido por el artículo 192.

De donde, si se han vulnerado los criterios allí establecidos, o, lo que es lo mismo, si no se han apreciado o desestimado con justicia las circunstancias de toda índole allí previstas, cabrá disenso, y, aho-

(80) Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, su artículo 12.º induce a mantener que la acusación particular se admite en todos los procedimientos seguidos por la Jurisdicción Militar por delitos comunes cuya pena no exceda de seis meses. En contra: artículo 452 del C. J. M. Todo ello con independencia de lo dispuesto en el anómalo Decreto 4.101/1964.

(81) Tampoco se ha modificado la regla 3.ª del artículo 790, dando cabida al acusador particular, con la Ley Orgánica 9/1980.

ra también, el recurso de casación establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/80.

Es pues esta interpretación que acabo de exponer y argumentar la que me parece correcta; no obstante sería deseable «de lege ferenda», para disipar las dudas, que en el encabezamiento de los artículos 186 a 189 se sustituyera el verbo «poder» por el «ser», y además con la idea de evitar rutinizaciones en la gestación y en la redacción de las sentencias, que en el artículo 192 se exigiera que los Tribunales razonaran en estas la individualización penal efectuada (82), posibilitándose de modo más franco un disentimiento o la casación.

3.3.4. Criterios para concretar la pena

La segunda parte del artículo 192 está dedicada a la determinación de los otros criterios que, junto con las atenuantes y agravantes, ofrece la ley a los Tribunales para que concreten la pena y que tienen un valor equivalente a las circunstancias enumeradas en los artículos 187 y siguientes; incluso superior, pues ya he expresado mi opinión de que pueden enervar a estas últimas: también vinculan al juzgador y deben ser investigados en el sumario (83), ya que el propio tenor literal del artículo dice que los Tribunales Militares tendrán en cuenta «en todo caso...».

Al estudiarlas Querol las configura como «una serie de factores —de una u otra forma posiblemente concurrentes al caso de que se trata— que han de ser tenidos en cuenta por los Tribunales de los Ejércitos», señalando que esta segunda parte del artículo no es propiamente preceptiva, sino orientadora o recomendativa (83 bis); opinión que, como demuestra lo hasta ahora mantenido, no comparto; sino ¿por qué dice el legislador que *serán tenidas en cuenta en todo caso?*

¿Cuáles son estas circunstancias criterios de modulación de la pena? Siguiendo el texto legal:

a) «El grado de perversidad del delincuente». Procede del artículo 173 del C. J. M. de 1980 y me parece importante el dato, atendiendo la fecha, pues el origen debió estar en las corrientes entonces en boga y hoy plenamente superadas. Cabe, así, anotar como curiosidad que el C. P. no emplea para nada este vocablo (84), aunque sí lo haga incidentalmente el artículo 28-6.ª del P. L. O. C. P.

(82) Tal y como se hace en la regla 1.ª del artículo 78 del P. L. O. C. P. para el supuesto de que no concurren circunstancias atenuantes y agravantes; el artículo 142 del Código de Justicia Militar peruano de 1950 y el 132 del C. P. Italiano, de aplicación a lo militar, exigen el razonamiento del arbitrio.

(83) Aspecto este que muchas veces es obviado en las actuaciones procesales, según propia experiencia personal.

(83 bis) Ob. cit., pág. 80.

(84) Ver BELTRAN BALLESTER, ob. cit. en nota (53), pág. 74.

Puede pensarse que al aludirse al «grado» parta el legislador de la idea de que todo el que comete un delito es perverso; lo cual parece excesivo.

Perversidad es tanto como maldad o corrupción de las costumbres, aludiéndose a un estado y constituyendo, como señala Mir Puig, un modo de ser (85), algo en suma que se engloba dentro de la personalidad, pero que ha de deducirse de los hechos enjuiciados, o demostrarse de estos, pues sino se confundiría con los malos antecedentes a los que a continuación se refiere como algo distinto el artículo 192. Ello fue puesto de relieve por la Sala Militar del Tribunal Supremo, de cuyas sentencias escojo, por esclarecedoras, la de 31 de octubre de 1934 (86) y la de 31 de enero de 1935 (87); en la primera de ellas se trataba de un insulto a fuerza armada con resultado de muerte y se dice debe apreciarse «la perversidad manifiesta del delincuente como circunstancia de agravación, caracterizada por la forma con que hubo de perpetrarlo, al agredir de modo rapidísimo e inopinado al Guardia, sin darle tiempo para defenderse (88), y por haber hecho, sobre éste, después y sañudamente, otros dos disparos con su propia pistola cuando ya se encontraba inerte en tierra y herido en la cabeza por un proyectil de arma de fuego»; más concisamente la segunda sentencia citada hace referencia «a la escasa perversidad del delincuente como se deduce de los hechos de autos y de su comportamiento posterior» (89).

No obstante es esta una postura minoritaria, recordada en contadas ocasiones (90), pues el criterio de la perversidad, si bien es utilizado profusamente por la jurisprudencia, suele serlo con una simple alusión al término sin más explicaciones.

Cabe en fin destacar otra interpretación más, por parte del Consejo Supremo, sobre la perversidad, y que no es otra que estimarla como presupuesto de peligrosidad; así se basamentan agravaciones de la pena por la conjunción de ambos conceptos, sobre todo durante la década de los cuarenta y en relación primordialmente al delito de rebelión (91), incluso se emplean como términos equivalentes, de modo expreso (92) o disyuntivamente (93), llegando hasta a aludir tan sólo a la peligrosidad en vez de a la perversidad (94); y destaco esta tendencia por lo que de

(85) MIR PUIG, Santiago: «Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto C. P.», en R. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense núm. 3 de 1960, pág. 54.

(86) Art. 1765.

(87) Art. 262.

(88) Más bien parece explicar un acometimiento alevoso.

(89) En el mismo sentido, aunque más bien en los términos de la S. 31 octubre 1934, las SS de 23 de febrero, 30 de marzo y 25 de marzo de 1935 (Art. 706, 710 y 908, respectivamente).

(90) Vrg. SS. 4 enero y 23 febrero 1944 (Art. 256 y 535).

(91) Hay gran número de sentencias en este sentido, entresaco algunas: 7 y 10 Junio 1940 (Art. 649 y 654); 25 y 29 octubre 1941 (Art. 1.219 y 1.349); 9 enero 1942 (Art. 217); 4 febrero 1944 (Art. 285).

(92) SS. 5 Julio 1940 (Art. 768) y 7 noviembre 1941 (Art. 1.341).

(93) SS. 5 noviembre 1941 (Art. 1.340) y 22 mayo 1942 (Art. 900).

(94) SS. 18 noviembre 1940 (Art. 1.284); 16 Julio 1941 (Art. 969); 22 mayo 1942 (Art. 285).

recuerdo tiene de la idea de que la perversidad y la peligrosidad son fundamento de la agravante de reincidencia, usual en las indicadas fechas; sentencia hay que habla de la perversidad «evidenciada por las dos condenas» anteriores del procesado (95); parece claro que esta interpretación en modo alguno parece correcta pues, si está refiriendo la perversidad a una fundamentación de la reincidencia, esta última ya se encuentra recogida en sus dos formas (genérica y específica) en el artículo 187 del C. J. M., con lo que nos encontraríamos ante una injustificada repetición o, lo que es peor, doble valoración de unos hechos; de otra parte si se quiere aludir con la perversidad a algo distinto a la recidiva, lo será al resto de sus antecedentes, no penales pero indiciarios de peligrosidad, y ello, además de ser de muy dudoso recibo, haría que se confundiera con los antecedentes a que el mismo artículo hace alusión de modo expreso.

Todas estas dificultades interpretativas, lo trasnochado del término, y del concepto, así como las incongruencias consecuentes y el posible empleo vano del criterio de modulación, hacen que me decante por la supresión del mismo; en último término el catálogo de agravantes y el criterio de los antecedentes bastan para abarcar los posibles hechos que pudieran merecer el aumento de la pena, dentro de los límites legales, y que se tratan de abarcar con «la perversidad».

b) «Sus antecedentes». Deben ser personales (95 bis) y hacer referencia a las cualidades morales, en el sentido de bondad, maldad o normalidad, refiriéndose el C. J. M. a la tarea del Juez Instructor para recabarlos, vrg. artículos 542 y 564.

Obviamente los antecedentes penales que integran las agravantes 12.ª y 15.ª del artículo 187 y la del 190 no se incluyen aquí; entra, eso sí, la carencia de estos.

Los antecedentes del reo no deben confundirse con los del hecho procesal, señalaba un autor a principios de siglo; los que han de tenerse en cuenta son los anteriores al comienzo de la ejecución del delito que se juzga (96); y, si bien el Derecho penal actual no puede sancionar sino conductas concretas, nunca personalidades en sí, no debe eliminarse el criterio como uno más de los moduladores de la pena asociada al hecho cometido; una condena debida a los antecedentes es deleznable, pero prescindir de estos una vez establecida la culpabilidad ni lo permite la Ley ni parece justo que lo haga.

En relación con su distinguo respecto de la perversidad me remito a lo ya expuesto, si bien las dificultades para ello me hacen pensar en la conveniencia de unificar ambos criterios sustituyéndolos por el de la

(95) S. 11 junio 1943 (Art. 1.141). Sobre la perversidad con fundamento de la reincidencia ver, por todos, MIR PUIG, Santiago: «La reincidencia en el Código Penal», Bosch, Barcelona 1974, págs. 460 y ss.

(95 bis) QUEROL, ob. cit., pág. 80.

«personalidad», homogeneizándose así con la regla 4.ª del artículo 61 del C. P. (97).

c) «La trascendencia del hecho». Debe entenderse por tal la repercusión social de la conducta delictiva, tanto en la sociedad en general como en la más concreta esfera castrense; en este último campo debe conectarse, sobre todo, con la disciplina, entendida esta como conjunto de deberes, cumplimiento de estos y en relación con la subordinación jerárquica (98).

Tratándose de un criterio de carácter objetivo sólo se tendrá en cuenta en tanto suponga un «plus» o un «minus» respecto de la trascendencia que podemos llamar normal, o sea la que abstractamente ha sido establecida por la ley al configurar cada uno de los delitos y aparejarles la pena; en este sentido no está de más recordar, y tener en cuenta, que la mera descripción típica significa que la conducta que la engloba ya ha sido seleccionada por el legislador como trascendente, pues el Derecho Penal constituye la última «ratio legis».

A lo dicho, que ya implica el máximo cuidado para operar en la práctica con el criterio en cuestión, debe añadirse que en muchas ocasiones resultará dificultoso, sino imposible, discernir la trascendencia del daño al que se alude en el propio artículo 192 a continuación.

La trascendencia, muy poco argumentada en la jurisprudencia, ha sido basada en hechos concurrentes en el delito que produjeran o pudieran producir situaciones de alarma (99), y desde luego el campo más claro de aplicación, consecuente con lo apuntado, parece que es el de los delitos contra la disciplina militar del título XII del tratado II del C. J. M.

d) «El daño producido o podido producir al servicio, a los intereses del Estado o a los particulares» (100). Dañar es causar sufrimiento, menoscabo, perjuicio, dolor o molestia.

Al igual que en el caso anterior el legislador da un criterio, con el que posiblemente incidir en el quantum de pena, de marcado carácter objetivo, por lo que cabe trasladar aquí todas las consideraciones generales escritas en relación a la trascendencia.

(96) MARTÍNEZ DE LA VEGA, J.: «Los antecedentes personales en el juicio criminal», en Boletín de Justicia militar, Madrid 1910, pág. 320 y ss.

(97) Sobre la personalidad puede verse la bibliografía ofrecida por RODRIGUEZ DEVESA en P. General cit., pág. 889.

(98) Sobre la multivocidad del término disciplina ver RODRIGUEZ DEVESA, «La acción penal y la acción disciplinaria...», en R. E. D. M., núm. 7, 1959, págs. 74 y ss.

(99) Es expresiva al respecto la S. 28 octubre 1933 (Art. 434) que, ante un supuesto de insulto a fuerza armada (tropa de caballería de la Guardia Civil), fundamenta la agravación en situaciones de alarma, aglomeraciones de público y solemnidad del acto (ocurrieron los hechos en las inmediaciones del Palacio de las Cortes el día 14 de julio de 1931, de apertura de las Constituyentes); la S. 22 septiembre 1942 (Art. 1.243) basa la trascendencia en el vandalismo.

(100) En general, y por ser términos equivalentes, ver CORDOBA, «Comentarios al Código Penal», colectivo con R. MOURULLO, CASABO y DEL TORO, Ariel, Barcelona 1972, en la glosa relativa a las reglas 4.ª y 7.ª del artículo 61, tomo II, págs. 273, 274 y 281.

Se trata de una clara referencia a la antijuricidad y presupone, por ende, la idea de que el hecho está ya en sí desaprobado por haberse lesionado (o puesto en peligro) un bien jurídico tutelado penalmente, por lo que nos encontramos con la valoración de una gravedad mayor o menor a la media prevista por el legislador.

Nunca deberá tenerse en cuenta tal daño, a los efectos del artículo 192, si ya ha sido previsto como elemento del delito o agravación especial, cual con frecuencia ocurre en el vigente C. J. M. (101).

Sería conveniente «de lege ferenda» sustituir la vigente formulación, por la de «gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio», eligiéndose al término «gravedad» por ser comprensivo tanto de la lesión como de la puesta en peligro del bien jurídico; por otra parte la exigencia de que deba razonarse en la resolución judicial la individualización penal efectuada adquiriría con estos criterios de carácter objetivo un relieve especial, al presuponer esta argumentación una rigurosa probanza de los hechos que sustentan el criterio; huelga decir, por axiomático, que estos hechos deben estar probados como el delito mismo y que, en consecuencia, deben recogerse, con tal cualidad, en la parte fáctica de la resolución.

e) «Las clases de penas fijadas». Se encontraba ya, en los propios términos, contenida esta prescripción en el artículo 173 del C. J. M. de 1890; no en el C. P. E. de 1884, que se limitaba a remitirse a las atenuantes y agravantes, ni en el C. P. M. G. de 1888; en realidad no veo nada clara la «voluntas legis».

Estoy con Querol, quien, en realidad, cambia el tenor de la Ley aludiendo a «la adecuación de la clase de pena al caso y persona culpable de que se trate» (102), y así, más que una circunstancia innominada, encontramos una indicación al juzgador de que atienda a los fines de prevención especial a que toda pena, su ejecución, debe tender; de ser esta la finalidad de la ley, no creo en que ello deba ser dicho en esta sede, porque o ya ha sido tenido en cuenta en el factor «personalidad» o es problema de ejecución tal y como he señalado.

f) «Si el delito fue cometido en acto del servicio, fuera de este o con ocasión del mismo». Procede del artículo 20 del C. P. M. G. de 1888 y hay que tener en cuenta que el acto de servicio, a efectos penales, viene definido en el número 1.º del artículo 256 del C. J. M., conteniéndose una extensión del concepto, respecto de los delitos de insubordinación, en el párrafo 2.º del artículo 333.

Es lo que Querol llama factor «ocasional», teniendo su mucha importancia en el derecho penal militar dentro del que supone un criterio lógico de modulación de la pena.

(101) Vrg. artículos 334, 345, 361, 392, 396 y 404.

(102) Ob. cit., pág. 80.

En muchos tipos penales es elemento constitutivo, de modo que no jugará esta regla del artículo 192 cuando así ocurra (103).

g) «Tratándose de delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves militares, todas aquellas circunstancias que puedan afectar a la seguridad, condiciones marineras, aparato motor, gobierno y eficacia de ellos en sus aspectos militar y de navegación». Es este un farragoso inciso final introducido sin explicación alguna por la ley de 21 de abril de 1949.

Supone novedad en nuestro derecho y no veo justificación alguna para ella (104), pues podría estar englobada en la trascendencia del hecho o mejor en el daño producido o podido producir. No es que deba desaparecer sino que bastará en una futura reforma completar la fórmula que antes he propuesto de «la gravedad y trascendencia del hecho, en sí y en su relación con el servicio» con el añadido «o el lugar de perpetración».

En cambio, sí encuentro a faltar una referencia a los móviles que, aún estimándose que puedan ser tenidos en cuenta a lo largo del artículo, lo son de modo fragmentario, y la alusión al grado o jerarquía militar del culpable.

En otras legislaciones se encuentra también como criterio agravatorio el estado de guerra, pero en la nuestra, sin llegar a los extremos de la italiana (105), va previendo el legislador, en cada caso concreto, la correspondiente agravación, pues sería insuficiente, en muchos supuestos, el moverse dentro de los límites de la pena establecida para el delito, sin distinción entre la paz y la guerra.

3.4. Análisis del artículo 193

Continúa con este precepto el legislador militar en la línea de otorgar un amplio arbitrio a los Tribunales Militares.

Lo antes dicho en relación al artículo 192, respecto de su ámbito de aplicación, vale para el ordinal 193 del C. J. M., a pesar de que, con referencia a los delitos del artículo 194, alguna sentencia se encuentra (106) en que se hace aplicación de la reincidencia del 190 del C. J. M. en vez de la del artículo 10 del C. P. (107), diferencia de matiz, pero indicativa de la confusión conceptual que reina en torno al debatido artículo 194; pero hay que poner de relieve que tal postura constituye

(103) Vrg. en los delitos de insubordinación.

(104) QUEROL, en sus apostillas a la reforma del 49, se limita a consignar la novedad sin más comentario; ob. cit., pág. 708.

(105) En la que existe un Código penal militar de guerra, como texto independiente del c. p. m. de paz; la explicación más conveniente, que para ello encuentro, es el momento en que ambos se promulgaron, el año 1941, y las datas de su inmediata gestación.

(106) Vrg. la de 6 de febrero de 1957: en R. E. D. M. núm. 5.

(107) En este momento, y en virtud de la reforma del C. J. M. por la L. O. 9/1980, debería trasladarse la idea al artículo 192, pues la reincidencia ha dejado de ser agravante calificada.

una excepción, pues la corriente es justa y certeramente la contraria (108).

El artículo 193 supone una extensión del 192, constreñida a las circunstancias atenuantes y agravantes calificadas de los artículos 189 y 190 del C. J. M. (109), otorgando la facultad a los Tribunales Militares, si aquellas concurren, de bajar o subir de grado la pena.

Curiosamente esta facultad se construye no sobre la posibilidad de imponer la pena superior o inferior a la que tuviere señalada el delito, sino en el sentido de estimar su apreciación o no, aún concurriendo.

Supone una desviación más a lo establecido en el C. P., cuyos artículos 65 y 66 obligan a bajar de grado la pena (110) y en el que la habitualidad ni siquiera es agravante común.

¿Basta con que el Tribunal declare la no apreciación aunque claramente concorra? De la lectura del artículo 193 ninguna exigencia más resulta y, por tanto, con esa simple declaración, aunque parezca ilógico, será suficiente.

En caso de no apreciarse la circunstancia en cuestión, tendrá su juego como una más de las que entran en la formación del arbitrio conforme al artículo 192; cuyas pautas pienso deben regir, asimismo, para individualizar la pena dentro de la superior o inferior a imponer si se aprecian las calificadas.

3.5. Defensa del sistema establecido en los artículos 192 a 193

Explayado el arbitrio judicial amplio que los artículos 192 y 193 del C. J. M. establecen, con clara separación de las reglas paralelas del C. P., me queda tan sólo el tratar de explicar si éste se encuentra o no justificado y, en suma, si subyace una auténtica razón de especialidad, pues de lo contrario, en una futura reforma, debería homologarse la regulación a la del C. P.

Pienso que, al menos, es un particularismo justificable y que, limándose en algunos puntos como los ya expuestos, debe ser conservado.

¿En qué me baso para hacer este aserto? Varias son las razones, a algunas de las cuales ya he aludido (111):

(108) Ver, por todas, la concluyente sentencia de 9 de octubre de 1968, en apéndice al número 27 de la R. E. D. M.

(109) Ver nota 33.

(110) En cuanto a la discordancia con el inciso final de la regla 6.ª del artículo 61 del C. P., que había desaparecido, en parte, tras la reforma de este último por la Ley 81/1978, se produce ahora en sentido contrario, la ley militar es más benigna, por mor de la última reforma del C. J. M., al incluirse la reincidencia en el artículo 187.

(111) Ver apartado 3.3.1.

a) Una histórica, consistente en que desde siempre ha venido teniendo este arbitrio el tribunal militar; los Códigos castrenses se separaron desde sus inicios en 1884 del complejo sistema adoptado por el codificador común a partir de 1848.

b) Otra, hilando con la anterior, estriba en las críticas que esas complicadas reglas del C.P. han recibido y que ya han sido esbozadas al tratar de los antecedentes del artículo 192 del C. J. M.

No es momento ni lugar para hacer crítica del sistema de nuestro texto penal común, pero sí recordar, de una parte que el derecho comparado, con todos los reparos que el argumento merece, muestra la postura del C.P. como claramente minoritaria, y de otra, lo que ya en la exposición de motivos del Código Penal de 1932, al considerar la parquedad de la reforma que respecto del de 1870 suponía, se decía, y reproduzco textualmente: «Desde hace medio siglo cuantos se han ocupado de nuestra legislación penal pidieron que se simplificase nuestro sistema punitivo y que se proscibiera el régimen de aritmética penal de los grados», para a continuación, tras diversos ranozamientos que no vienen al caso, argüir que «al cabo de dos años se pondrá en vigencia el Código auténticamente innovador», promesa obviamente incumplida.

Estoy de acuerdo con Casabo cuando señala que no cabe desconocer ni menospreciar las razones del sistema legalista adoptado por nuestros códigos comunes, en tanto supuso una reacción contra el todopoderoso arbitrio judicial de la época anterior, expresó el predominio del poder legislativo respecto de los otros poderes y pretendió salvaguardar la libertad e igualdad de las personas (112), pero no creo que sea preciso llegar a extremos maniatadores para el juzgador, pues, si bien no cabe duda de que la seguridad jurídica consiguiente al principio de legalidad debe ser valor prioritario en todo sistema penal, no es menos cierto que lo que se trata de dejar al arbitrio judicial es sólo la cuantía de la pena dentro de los límites predeterminados por la ley, por la imposibilidad de que esta prevea una determinada pena para cada delito singular. Lo que sí puede ser atentatorio a la seguridad jurídica es el establecer unas penas con amplios márgenes (113) y el no prescribir a los Tribunales las pautas o criterios a que deben sujetar su arbitrio, so pena de confundir este con el capricho.

MI conclusión es que, siempre en el supuesto de un estado de derecho y con un sistema equilibrado de recursos, no hay argumento para tanta complejidad, cual la del C.P., ni para desconfiar de los jueces acorsetándolos tan en demasía; como ha señalado Fernández Albor, el

(112) CASADO RUIZ: «La concreción de la pena en el Código Penal Español», Valencia 1978, páginas 9 y 10.

(113) Ver apartado 3.6.1.

peligro de un arbitrio judicial, podría decirse la degeneración, sólo existe en los países de régimen totalitario (114).

c) Además, si con el derecho militar ha de atenderse a las necesidades y principios del organismo armado, ello podría quedar conculcado, más de una vez, si los Tribunales militares quedaran constreñidos por las reglas dosimétricas del C. P. Los criterios para la modulación de la pena sentados en el artículo 192 del C. J. M. tienen la fundamental función de enervar, cuando la protección de los bienes jurídicos, que justifican la especialidad del derecho penal castrense, lo demanden, la eficacia de las circunstancias modificativas comunes enumeradas en los artículos 186, 187 y 188.

d) No hay que olvidar que el gran margen entre los límites de las penas que asocia el legislador a la mayoría de los delitos militares —que suele ser la pena de prisión (de seis meses y un día a doce años) o la de reclusión (de doce años y un día a treinta años)— conduciría las más de las veces, de seguirse el sistema del C. P. y caso de la sola concurrencia de una agravante a consecuencias injustas; lo que no quiere decir que esté de acuerdo con ese gran margen (113).

e) Por último, aunque denostado en la doctrina penalista, el fin de prevención general de la pena no puede ocultarse que desempeña en el derecho punitivo castrense un papel muy importante, de modo que esa finalidad de ejemplaridad y de intimidación, esencial, repito, en la ley marcial, exige que, cuando sea necesario, tribunales militares puedan actuarlo moviéndose con plena libertad en la individualización de la sanción.

Todos estos argumentos, en caso de no estimarse convincentes en pro de la especialidad, no se negará, al menos, que permiten calificar de lógica una remodelación de nuestra ley militar respecto de la común.

3.6. Algunos otros problemas relativos a la determinación de la pena

Abordo por fin de modo muy sucinto unos concretos problemas, relacionados con la determinación de la pena, que estimo es necesario, al menos enunciarlos, para completar la panorámica objeto de este trabajo.

3.6.1. Gran extensión entre los límites de las penas

Es uno de los extremos que más llaman la atención en una mera ojeada del C. J. M., a partir de los artículos 258 y siguientes, y antes en la escala de penas del artículo 209, así como al establecer su duración en los artículos 211 y 212.

(114) FERNANDEZ ALBOR, Agustín: «Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales», en el libro homenaje al P. Pereda, Universidad de Deusto, Bilbao 1965, págs. 373 y 374.

Supone ello aumentar, de modo indirecto, el arbitrio judicial ya expuesto; y si bien acabo de darlo como argumento justificador de esta mayor libertad de los Tribunales militares, comparada con la que otorga el C. P., no puedo por menos de manifestar mi crítica a este estado de cosas.

De una parte, porque las penas que prevea el legislador como asociadas de modo general a cada uno de los tipos delictivos deben guardar la máxima proporción con la gravedad de la conducta incriminada, en virtud de unas mínimas exigencias de seguridad jurídica; de otra, encamino mi crítica a lo que puedo calificar como incongruencias del C. J. M., si se comparan el desvalor implícito en algunos tipos con la consecuencia jurídica, en forma de pena, que se les aparece.

En efecto, ya puesto de manifiesto por los ilustrados, las penas deben ser las estrictamente necesarias y proporcionales al delito (115); como dice Rodríguez Mourullo, en base al párrafo 2.º del artículo 2 del C. P., cuya regla se reproduce en el artículo 183 del C. J. M., el texto punitivo común «parte de la idea de que la pena debe guardar proporción con el contenido de ilicitud del hecho y la culpabilidad del autor» (116).

Cobo Del Rosal y Vives Antón, desarrollando el principio de necesidad de la pena, señalan que sólo en la medida en que la pena sea imprescindible, es decir, necesaria, debe ser formulada y utilizada; añadiendo que corresponde a lo que gráficamente se ha llamado principio de intervención mínima, expresión de fortuna, acuñada por Muñoz-Conde (118), que es ya de uso corriente.

Estableciendo un cierto paralelismo, criticado ha sido en sumo grado, y con toda razón, el párrafo 3.º del artículo 344 del C. P. al permitir el legislador que los Tribunales para una sola descripción típica puedan recorrer una pena privativa de libertad desde los seis meses y un día a los veinte años. De indeterminación grave califica a la regla Vives (119) concluyendo que «con ella el legislador ha abdicado por completo de una tarea —la determinación de la pena dentro de unos márgenes razonables— que era enteramente suya»; antes, siguiendo a Cobo, señalaba que «el arbitrio judicial debe reducirse al mínimo imprescindible para individualizar el caso» y, parafraseando a Eberthardt Schmidt, que «el legislador debe cumplir su tarea dictando normas justas y precisas, y no descargando en los Tribunales el peso y la labor que a él solo corresponde. Pues ese peso les desorienta y abruma» (120).

[115] Ver, por todos, BECCARIA, obra y capítulos citados en nota 7.

[116] Al hablar del principio de retribución, como *Informador del vigente Derecho penal español*, en «Derecho Penal. Parte General», volumen primero, editorial Civitas, Madrid 1978, pág. 54. La cita podía recogerse, en parecidos términos, de cualquier penalista, pues ahí nos encontramos con uno de los lugares comunes en la dogmática penal española.

[117] Ver COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON: «Derecho Penal parte general: I», Valencia 1980, pág. 91.

[118] MUÑOZ CONDE, Francisco: «Introducción al Derecho Penal», Bosh, Barcelona 1975, págs. 58 y ss.

[119] En «Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes», dentro del colectivo «Delitos contra la salud pública», Universidad de Valencia 1977, página 556.

[120] *Ib.*, pág. 555.

Quiero concluir, con lo dicho, que estas ideas cardinales, según la mayoría dogmática penal, por lo que implican de garantía para la seguridad jurídica, principio este recogido en artículo 9.3 de la Constitución española de 1978, son desconocidas en el supuesto de que se prevean penas con unos muy amplios márgenes entre sus límites máximo y mínimo, cual ocurre en gran número de los delitos tipificados en el C. J. M. sin razón aparente (121).

Ello además se agrava, en ocasiones excepcionales, pero que en la ley están, con la existencia de las apuntadas incongruencias entre el desvalor de la acción y pena aparejada; un ejemplo de lo dicho se encuentra en los delitos de insubordinación, en el sentido de que mientras el artículo 325 del C. J. M. prevé la pena de prisión militar (de seis meses y un día a doce años) —para la ofensa al superior, en acto de servicio, de palabra en su presencia, por escrito dirigido a él o en otra forma equivalente— un comportamiento, a mi juicio más grave, cual es el maltrato de obra puede llevar la misma pena (art. 321-3.º), y, lo que me parece más absurdo, que las demostraciones con tendencia a ofender de obra a superior, en acto de servicio aunque sin emplear arma o medio ofensivo de los enumerados en el artículo 319, tengan prevista, en el párrafo 2.º del artículo 324, de oscura redacción, unas penas inferiores a la contemplada en el ordinal 325. Desafortunadamente pueden encontrarse más ejemplos.

Debe postularse, pues, una revisión a fondo del C. J. M. en esta materia (122), en el sentido de proporcionar, al máximo posible, la abstracta conducta delictiva con la consecuencia jurídica.

3.6.2. El arresto militar como pena para delito

El artículo 193 del C. J. M., dicho ha sido, posibilita a los Tribunales militares el apreciar libremente las circunstancias atenuantes calificadas del artículo 189, de modo que su estimación lleva ineludiblemente consigo el imponer la pena inferior a la que tuviese señalada el delito.

Idéntica, o superior, rebaja impone el artículo 236 del C. J. M. en los grados imperfectos de ejecución para la complicidad y el encubrimiento, así como respecto de proposición, conspiración y provocación.

Como quiera que la pena menor establecida en el C. J. M. por razón de delito es la de prisión o prisión militar, que parte de un mínimo de seis meses y un día, el penúltimo párrafo del artículo 239 dispone que «si hubiese que imponer pena inferior a la de prisión, se considerará el hecho como falta grave, imponiéndose arresto en la extensión que estime justa».

(121) Escasos son los artículos que establezcan penas con márgenes restringidos, como pueden ser los dedicados a la desertión, pues lo más frecuente es asociar la pena de prisión o de reclusión.

(122) En la práctica forense se produce, por obvias razones no sólo humanitarias sino de estricta justicia, una parcial inaplicación de la Ley, en el sentido de que los Tribunales, en los delitos militares, suelen utilizar los mínimos de las penas.

Aflora una vez más la imprecisión de nuestro texto penal militar.

Dejando aparte el hecho de que se haga referencia a la pena de prisión sin aludir a la de prisión militar que tiene un «nomen iuris» propio y es, por ello, categoría independiente (123), no deja de chocar el que un hecho delictivo se considere como falta grave y que se aluda a la imposición de arresto, cuando el correctivo que el artículo 415 del C.J.M. marca para las faltas graves es no el arresto (es el de las leves según el artículo 416) sino el arresto militar.

Todo este cúmulo de imperfecciones terminológicas debería ser salvado en una revisión de la ley militar, en la que debería idearse un sistema que resolviera la paradoja que implica el castigar un delito, no con pena, sino con un correctivo.

La propia jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar elude el no salirse de los términos que emplea el legislador, pero no ha mantenido una interpretación analítica de los mismos (124).

3.6.3. Aplicación a las faltas graves de las reglas para los delitos

Por disposición del artículo 415 del C. J. M., en su último párrafo, las prescripciones establecidas en el artículo 192 se «observarán por analogía» (sic) para la imposición de las correcciones con que se castiguen las faltas graves, teniendo en cuenta además el estado de ejecución de las faltas y la participación que en estas hayan tenido los infractores.

Sin analizar las, al parecer, endémicas imprecisiones terminológicas, me llama poderosamente la atención el hecho de que el legislador no haya establecido un mecanismo similar al estudiado del artículo 239 para atenuar la pena en el caso de apreciación de una atenuante calificada, teniendo en cuenta que todas las circunstancias modificativas, según el tenor literal de la Ley, son aplicables tanto a los delitos como a las faltas.

Que ello está hecho a conciencia no me cabe la menor duda, tanto por la no mención del artículo 193 como por el total contenido del propio 415; lo que se me ocultan son las razones, y no viéndolas, pienso se pueden propiciar resoluciones contrarias a un sentido de justicia material.

Se podrá aducir que es una regla paralela a la del artículo 601 del C. P., pero ello no es así ya que en las faltas comunes es materialmente imposible bajar del límite mínimo, so pena de absoluta impunidad, mien-

(123) Una interpretación lógica, y para evitar absurdos, lleva a mantener que el legislador se refiere así mismo a la pena de prisión militar; el defecto se hubiera con facilidad corregido con sólo señalar «a las de prisión» en vez de la actual literalidad de «a la de prisión».

(124) De entre las numerosas sentencias, recojo las de 26 de junio y 21 de noviembre de 1968; en el Apéndice al número 27 de la R. E. D. M., págs. 35 y 52.

tras que en los correctivos para faltas graves se parte de los dos meses y un día, cuantía a todas luces muy importante.

Equivalente o paralelo a dicho artículo 601 del C.P. lo será, en último extremo, el artículo 447 del C.J.M., pero nunca ese párrafo final del artículo 415 de la Ley marcial.

El procedimiento previo ¿interrumpe la prescripción?

José Rojas Caro
Comandante Auditor

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Normativa legal. a) Día Inicial. b) Día final. c) Interrupción de la prescripción. III. Procedimiento dirigido contra el culpable. IV. El procedimiento previo ¿es procedimiento dirigido contra el culpable? 1. Una importante resolución del C. S. J. M. 2. La singular naturaleza del procedimiento previo. 3. Transcendencia de los incidentes dentro del Procedimiento. V. Inconvenientes.

I. PLANTEAMIENTO

A nuestra manera de ver, el tema tiene interés. Son muchos los procedimientos previos que se incoan en la Jurisdicción militar. Posiblemente por las perjudiciales consecuencias procesales y administrativas que para un militar tiene la incoación de un sumario, las Autoridades judiciales son proclives a ordenar la incoación de procedimientos previos, cualquiera que sea la naturaleza del hecho perseguido. Ha de ser muy grave éste para que «ab initio» se ordene la incoación de Causa. Habitualmente, en la Jurisdicción castrense unos hechos presuntamente punibles se depuran inicialmente mediante procedimiento previo. Luego, según resulte de la investigación, el procedimiento será elevado, en su caso, a Expediente Judicial o Causa Criminal.

¿Qué consecuencias puede tener este rutinario hábito procesal en orden a la prescripción? ¿Interrumpe el procedimiento previo la prescripción?

II. NORMATIVA LEGAL

El artículo 250 del C. J. M. —copiando la expresión del artículo 114 del Código Penal— dice que, «el término de la prescripción comenzará a

correr el día en que se hubiera cometido el delito; *esta prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirija contra el culpable*».

De modo que en la doctrina legal sobre el cómputo del tiempo de prescripción —aplicable por imperativo del artículo 253, 4.º del CJM. también a las faltas leves y graves— hay que distinguir un día inicial, un día final y una teórica posibilidad de interrupción del plazo.

a) El día inicial es aquel en que se hubiera cometido el delito (o falta) (1). Así dice la Sentencia de 30-9-58 que «el lapso de tiempo computable tiene como punto de partida el de la comisión del delito». Esta doctrina del día inicial ha sido atemperada por la Jurisprudencia en el caso de las infracciones calificadas «ab initio» de delitos y que luego resultaron ser faltas y también en el caso de las faltas incidentales. En el primer caso, la Jurisprudencia declaró que «si el hecho perseguido —considerado prima facie como delito— se reputa luego falta no corre el plazo de la prescripción desde el día de la comisión de la infracción sino desde aquél en que se hace aquella declaración y se deja expedito el camino para sancionarlo» (2). Y en cuanto a las faltas incidentales, éstas siguen la suerte del delito principal, del cual no pueden ser juzgadas con separación (3). Doctrinas ambas que evidentemente son de aplicación a la Justicia Militar.

b) *Día final*.—El día final es el día en que se cumple o expira el lapso de tiempo señalado en la Ley. Este día es inexorable. En este sentido la doctrina del Tribunal Supremo, acentuando este carácter del día final, declara lo siguiente:

«La prescripción ha de ser estimada cualquiera que sea la causa del transcurso del tiempo» y añade que, «es indiferente que la causa de la inacción procesal se deba a alguna de las partes o a Incuria del Tribunal, o a la necesidad de resolver una competencia o a sustituciones de funcionarios o al exceso de trabajo, pues *basta sencillamente el transcurso del tiempo*» (Ss. de 13-3-36, 11-6-42, 20-12-46, 24-2-64 y 8-4-78).

c) *Interrupción de la prescripción*.—La inexorabilidad del día final tiene una excepción: la interrupción de la prescripción. En este sentido la Ley señala que la interrupción de la prescripción del delito o falta se produce «desde que el procedimiento se dirija contra el culpable» (4).

(1) No ocurrió siempre así. En momentos anteriores de la evolución histórica, el día inicial del cómputo fue el del descubrimiento del delito como en el Código Penal de 1870.

(2) Sentencia de 21-10-67.

(3) Sentencia de 24-9-70.

(4) En cambio, en la prescripción de la pena, la interrupción se produce, según el artículo 116 del C. penal y el artículo 252 del C. J. M., al cometer el reo otro delito antes de completar el tiempo señalado para la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo. QUINTANO RIPOLLES (Compendio de D. Penal, Madrid, 1956, tomo I, pág. 506) opina que, no se explica demasiado bien tal diferencia en el tratamiento de las interrupciones, que parece obedecer, en la prescripción del delito, a una inactividad de los órganos judiciales, y en la de la pena, a propósitos de moralización; más laudables éstos que aquéllos, por cuanto que dependen de la voluntad del reo y no de un factor episódico tan ajeno a ella como la actividad o paralización del procedimiento.

Este es el mismo criterio que establece el Proyecto del nuevo Código de Justicia Militar en su artículo 105, párrafo 2.º

Pero ¿qué se entiende por esa expresión legal?

III. PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA EL CULPABLE

Por procedimiento dirigido contra el culpable ¿ha de entenderse cualquier diligencia, cualquier actuación ordenada a la investigación del hecho ocurrido? Este era el criterio del Código penal de la Marina, de 19 de agosto de 1888, cuyo artículo 107 decía así:

«La prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito».

Pero no es este el criterio de la legislación actual al señalar que la prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirija contra el culpable. Veamos lo que dice la Jurisprudencia:

La Sentencia de 25-4-55 (R. 959) declara que:

«Ha de entenderse por procedimiento todos los actos encaminados a la instrucción de la Causa, bastando para que los plazos de la prescripción cesen de correr, que la acción judicial se dirija contra una persona cualquiera, mas sin que sea necesario que haya declaración de procesamiento».

y la Sentencia de 2-5-63 (R. 2.241) declara que:

«Por procedimiento dirigido contra el culpable han de entenderse todos los actos encaminados a la instrucción de la Causa para el descubrimiento del delito perseguido y determinación de los culpables, sin que sea preciso que se haya hecho expresa declaración de procesamiento, siendo suficiente que la actividad o acción judicial se dirija contra una persona en concepto de presunto culpable».

En resumen: no hace falta que haya Auto de procesamiento pero sí que la actividad o acción judicial se dirija contra persona determinada en concepto de presunto culpable. La Jurisprudencia entiende, pues, por procedimiento dirigido contra el culpable, con los efectos interruptivos que marca el artículo 114 del Código penal y el 250 del CJM., cualquier actividad judicial —y no exclusivamente la del Auto de procesamiento—, pero a condición de que aquella actividad judicial sea «contra el culpable». En esto se distingue la normativa actual de la que contenía el derogado Código penal de la Marina en el que cualquier actividad judicial investigadora producía efectos interruptivos en orden a la prescripción del delito o falta.

IV. EL PROCEDIMIENTO PREVIO ¿ES PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA EL CULPABLE?

1. *UNA IMPORTANTE RESOLUCION DEL CJM.: El Auto de 20 de mayo de 1982.*—La referida resolución ha recaído en un Expediente Judicial, que antes había sido Procedimiento previo procedente de la 2.ª Región Militar.

El citado Procedimiento previo fue incoado en averiguación de unos determinados hechos imputables a un Teniente Coronel. El procedimiento sufrió una demora notable en su terminación debido a dos incidencias: una cuestión de competencia negativa y la sustanciación de un recurso de queja interpuesto por el Teniente Coronel. El caso es que a los catorce meses de ocurridos los hechos, la Autoridad Judicial—estimando que los mismos eran constitutivos de falta grave—decretó la elevación del Procedimiento previo a Expediente Judicial. Emitido por el Fiscal Jurídico Militar informe favorable a la prescripción, por haber transcurrido con exceso el plazo del año que el artículo 248-4.º del CJM. establece para la prescripción de las faltas graves, la Autoridad Judicial de la Región, de conformidad con su Auditor, ordenó la continuación del procedimiento, estimando que la falta grave investigada no había prescrito, debido a que la prescripción había quedado interrumpida por los incidentes procesales producidos (competencia negativa y sustanciación de recurso de queja).

Elevados los Autos al CSJM., éste resolvió mediante resolución epigrafiada «declarar prescrita la acción para perseguir la falta grave» con base en que desde la fecha de comisión del hecho infractor hasta que se dirige el procedimiento «contra el culpable» ha transcurrido con exceso el plazo de un año que el artículo 253-2.º del CJM. exige para considerar prescritas las faltas graves; y considera que en este caso *no hubo procedimiento dirigido contra el culpable hasta que el Procedimiento previo fue elevado a Expediente Judicial* (5.º Considerando).

Asimismo, señala la indicada resolución (2.º Considerando) que «durante la tramitación de los procedimientos previos está corriendo el plazo de prescripción, primero, porque no se está dirigiendo procedimiento de carácter criminal contra persona alguna (art. 518 del Código), y además porque se está estimando que los hechos que se investigan no aparecen desde los primeros momentos como delito o falta grave».

Los dos extremos subrayados por la citada resolución tienen un destacado interés y merecen comentario.

2. *La singular naturaleza del Procedimiento Previo.*—El Procedimiento previo es un procedimiento especial «en el que no se tratará a nadie como inculcado ni podrán decretarse detenciones ni prisiones de persona alguna, ni embargo de bienes, porque todas estas medidas sólo son propias en buenos principios procesales, para ser acordadas en

actuaciones en las que de modo concreto se persigan hechos que revistan caracteres de delito o falta grave, o sea, en las Causas o Expedientes Judiciales; hacerlo de otro modo es desvirtuar la naturaleza de las Diligencias Previas».

Estas luminosas palabras, con valor de interpretación auténtica, de la propia Exposición de motivos del Código, aclaran los preceptos contenidos en los artículos 517 y 518. De todo lo cual resulta que el procedimiento previo tiene una naturaleza singular que se caracteriza por estas dos notas: a) es un procedimiento judicial, en cuanto instruido por un Juez, y b) no tiene naturaleza criminal, en cuanto que investigándose en él un hecho que pudiera ser originario de responsabilidad, no aparece «ab initio» con un inequívoco carácter de delito o falta.

Es evidente, pues, que un procedimiento judicial, que no tiene carácter criminal, en el que no pueden acordarse detenciones, ni prisiones, ni cualquier otra medida contra nadie, porque en él se investigan unos hechos asépticos, sin matiz de delito o falta grave, no puede ser considerado, a los efectos de interrumpir la prescripción, como «procedimiento dirigido contra el culpable», cabalmente porque no hay «culpable» en el procedimiento previo en los términos matizados por la Jurisprudencia que señalábamos más arriba.

3. *Trascendencia de los incidentes dentro del procedimiento.*

Las incidencias producidas dentro del Procedimiento previo son inoperantes para enervar los efectos de la prescripción extintiva de la acción penal. El Auto del C. S. J. M. lo expresa así en el 4.º Considerando.

«CONSIDERANDO que, siendo la prescripción de orden público y fundándose en el aquietamiento de la conciencia social y de la intranquilidad producida, en la necesidad de que el tiempo elimine toda incertidumbre en las relaciones jurídicas (6), en las dificultades de prueba y en la enmienda que el tiempo produce en la personalidad del delincuente, obliga, como cuestión de hecho que es, y por su finalidad liberatoria, a que sea apreciada por la mera computación de las fechas en que se cometió el hecho infractor o se paralizó el procedimiento, en su caso ya iniciado, y aquella en que se pretende iniciar o proseguir las actuaciones, señalando al respecto la doctrina jurisprudencial que la Ley no distingue entre las varias causas que puedan motivar tal paralización o transcurso, las cuales no se interrumpen por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procesado, y siendo indiferente que el reposo o el progreso del procedimiento sea imputable a abulia de las partes o a incuria del Tribunal».

(6) Principio de seguridad jurídica que hoy es una garantía constitucional conforme al artículo 9-3 de la Constitución.

Este Considerando resume la doctrina científica dominante y jurisprudencial en orden a la naturaleza y fundamento de la prescripción penal.

En cuanto a su *naturaleza* es sabido que la prescripción, tanto en el orden civil como penal, es una institución que tiene por finalidad poner límite a las pretensiones jurídicas envejecidas y en consecuencia robustecer el principio de seguridad del Derecho. Pero así como en lo civil las legislaciones suelen excluir la posibilidad de que la prescripción sea aplicada de oficio por el Juez, y se subordina su apreciación a que el obligado la alegue, por vía de excepción procesal (7) en lo penal, en cambio, no hace falta que la prescripción sea alegada, pues el Tribunal debe apreciarla sin previa alegación de las partes (8).

En cuanto al *fundamento*, el Considerando transcrito declara que la prescripción, que es de orden público, se basa, en el aquietamiento de la conciencia social, en la necesidad de que el tiempo elimine toda incertidumbre en las relaciones jurídicas, en las dificultades de prueba y en la enmienda que el tiempo produce en la personalidad del delincuente (9).

En este sentido la resolución comentada sigue también el criterio de la doctrina dominante. Tal es la opinión de QUEROL (10) cuando afirma que la prescripción tiene un fundamento subjetivo —el abandono presunción de renuncia por parte del Estado en orden a la acción penal— y un fundamento objetivo constituido por el olvido del delito o de la pena que hace a ésta inútil una vez transcurrido gran tiempo y por el presunto arrepentimiento del delincuente. Y, aunque no faltan detractores de la institución por entender que la misma lesiona importantes principios jurídicos, creemos acertada la opinión del citado autor cuando afirma que, «la prescripción atiende y recoge el poder de los hechos, y su trascendencia no puede desdeñarse en el orden jurídico, que tiene por misión la realización de fines prácticos y no la observancia rigurosa de los principios generales».

Este es el sentir también de QUINTANO RIPOLLES (11) que, después de afirmar que la prescripción es sumamente objetable en un plano de justicia absoluta, pues la prescripción es, al fin y al cabo, la consagración de algo inicialmente injusto, su razón de ser es predominantemente de seguridad jurídica, para estabilizar situaciones de hecho consumadas

(7) CASTAN: «D. civil español común y foral», tomo I, vol. II, sección 2.ª, pág. 706.

(8) Así, la Sentencia del T. S. de 1-2-68 señala a este respecto la similitud que en lo penal tiene la prescripción con la caducidad o decadencia de derechos, en cuanto que es apreciable de oficio por el Tribunal en cualquier estado del procedimiento.

(9) La S. de 14-11-57 declara que es uno de los modos reconocidos por la Ley para la extinción de la responsabilidad penal como medio legal de liberación de dicha responsabilidad y como elemento indispensable para la estabilización del Derecho.

(10) «Principios de D. militar español». Tomo II. Editorial Naval, 1949, pág. 221.

(11) «Compendio de D. Penal». Tomo I. Editorial D. Privado, Madrid, 1958, pág. 503.

por el tiempo. Pero —añade el citado autor— para que tal seguridad jurídica no degenera en inseguridad social es menester la fijación de condiciones y cortapisas tendentes a evitar que la prescripción se convierta en una prima otorgada al criminal hábil.

También este es el criterio de la Jurisprudencia del T.S. que en Sentencia de 1-2-68 señaló que la prescripción se funda en «aquietamiento que produce en la conciencia social el transcurso del tiempo y en la necesidad de eliminar la incertidumbre en la misión punitiva».

V. INCONVENIENTES

Es evidente que con el criterio mantenido por la resolución comentada se producirá la prescripción de numerosos hechos punibles investigados en Diligencias Previas, singularmente de faltas graves y leves, que tienen, como es sabido, plazos cortos de prescripción, a saber, un año y seis meses, respectivamente. Y ello porque de todos es sabido que son numerosos los Procedimientos previos cuya tramitación se prolonga por un plazo superior a los señalados, unas veces por razones justificadas como las demoras producidas por pruebas a practicar fuera de la sede del Juzgado o del territorio, por incidencias planteadas por los propios interesados, conocedores de los plazos inexorables de prescripción, etc., y otras simplemente por incuria en su tramitación.

Pues bien, la solución, a nuestro juicio, para impedir el riesgo de la prescripción es seguir a la letra el mandato de un precepto, con frecuencia olvidado, que se halla sumergido en medio del artículo 517 del CJM. Este artículo, después de decir que «Las Autoridades y Jefes a quienes corresponde acordar o prevenir la formación de causas mandarán instruir diligencias previas para depurar la naturaleza de los hechos, siempre que, pudiendo ser originarios de responsabilidad, no aparezcan desde los primeros momentos como constitutivos de delito o falta grave», añade:

«En estos casos (es decir, en caso de delito o falta grave) se incoará desde luego Causa o Expediente Judicial, según corresponda».

Del precepto subrayado se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1.º Que el procedimiento previo es un procedimiento para depurar la naturaleza de hechos que, desde los primeros momentos, no aparecen como constitutivos de delito o falta grave (12).

(12) ALGORA Y HERNANDEZ OROZCO, anotadores del C. J. M., señalaban que el Procedimiento previo es una novedad introducida en el C. J. M. de 1890 para depurar la naturaleza de los hechos que, pudiendo ser originaria de responsabilidad, no aparecen en los procedimientos previos como constitutivos de delito o falta grave. Y añaden que es un procedimiento privativo de la Justicia Militar.

2.º Si el hecho, desde los primeros momentos, aparece como constitutivo de delito o falta grave *«desde luego se incoará Causa o Expediente Judicial»*. Llamamos la atención sobre la palabra *«desde luego»*, puesto que es una palabra terminante por su imperatividad, que no da opción a las Autoridades o Jefes a que el precepto se refiere para que puedan hacer otra cosa. El Procedimiento previo es, pues, un procedimiento para depurar hechos cuya naturaleza se desconoce en principio; cuando se conoce, ha de instruirse Causa o Expediente Judicial, si hay delito o falta grave; si el hecho es falta leve *no hay por qué* instruir Diligencias Previas, pues puede corregirse directamente por el Jefe respectivo, conforme al artículo 1.007 del CJM.

3.º Lo que por consiguiente, prohíbe a contrarios el precepto es que, conociendo *«ab initio»* la naturaleza del hecho infractor, incoen Diligencias Previas. De manera tal que si el hecho aparece como delito ha de incoarse Causa y si es falta grave ha de incoarse Expediente Judicial. ¿Y si es falta leve? ¿ha de incoarse Procedimiento previo? Creemos que no es obligado incoar el Procedimiento previo, pues, conforme al indicado artículo 1.007, el Jefe respectivo puede corregir la indicada falta leve, pero tampoco está prohibido la incoación de dicho procedimiento cuando ofrezca dificultades la investigación de la falta leve.

Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las Leyes Penales Militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar

Antonio Millán Garrido

Doctor en Derecho, Capitán Auditor

Profesor en la Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. Introducción. II. Circunstancias eximentes. III. Circunstancias modificativas. IV. El art. 194. V. Responsabilidad penal en los delitos de imprenta. VI. La pena de muerte. VII. Otras modificaciones en materia de penas. VIII. Suspensión de condena. IX. Disposiciones generales. X. Traición. XI. Rebelión. XII. Sedición. XIII. Insulto a fuerza armada. XIV. Atentados a Autoridades militares. XV. El artículo 316. XVI. Injurias a los Ejércitos. XVII. Desobediencia. XVIII. Fraudes. XIX. Reincidencia en faltas graves. XX. Faltas militares: Disposiciones generales. XXI. Faltas graves. XXII. Faltas leves. XXIII. Conclusión.

I. La reforma llevada a cabo en el Código de Justicia Militar por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, tiene su origen en los Pactos de la Moncloa y, más concretamente, en los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política aprobado el 27 de octubre de 1977. Entre los objetivos de política legislativa a que se contraen estos Acuerdos figura la reforma parcial y urgente de la legislación penal y procesal militar con el fin de adaptarla a las exigencias propias de la nueva realidad democrática (1).

(1) En el punto VII («Código de Justicia Militar») se acordaba la «reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar: 1.º) Por razón de delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose ésta al ámbito de los delitos militares. 2.º) Por razón del lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares. 3.º) Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafiuro y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyan delito militar. 4.º) Sometimiento a los Tribunales Ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo. 5.º) Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar» (cfr. «Los Pactos de la Moncloa», Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, págs. 85 y ss.).

En cumplimiento de lo pactado, durante los primeros meses de 1978 se redactó por la Comisión nombrada al efecto en el Consejo Supremo de Justicia Militar, un Anteproyecto en el que se abordaba una amplia reforma del Código que excedía de las modificaciones urgentes acordadas. En base a este trabajo, aunque con sustanciales innovaciones, se elaboró posteriormente en el Ministerio de Defensa un segundo Anteproyecto que sólo de modo parcial fue recogido en el Proyecto de Ley de Reforma remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados a primero de noviembre de 1978 (2).

Promulgada, en diciembre, la Constitución, en ella se establecen diversos principios básicos que exigían, ya de modo inmediato, la reforma de Justicia militar (3).

No obstante, la disolución de las Cortes, las nuevas elecciones y, sobre todo, la conciencia de que la reforma era insuficiente para conseguir un Código de Justicia Militar acorde con la Constitución y satisfactorio para la nueva mayoría política dieron lugar a que, durante 1979, se paralizase la tramitación parlamentaria del Proyecto que fue, en ese tiempo, objeto de dura crítica desde diversos sectores sociales (4) e, incluso, por quienes, de algún modo, habían participado en su elaboración (5).

A comienzos de 1980, sin embargo, algunas actuaciones de la jurisdicción militar (6) dan lugar a que nuevamente se plante el tema de la reforma, que ahora va a tener un enfoque distinto, tal vez el único con el que se estimaba posible salir del *impasse* a que había conducido el Proyecto: el Gobierno reconoce la insuficiencia de la reforma proyectada y, a la vez que anuncia su provisionalidad, afronta la tarea de elaborar un nuevo Código de Justicia Militar que responda plenamente a los postulados constitucionales y a los principios por los que la jurisdicción militar se rige en los países pertenecientes a nuestro ámbito socio-cultural.

Así, en abril de 1980, cuando ya se trabajaba en la redacción del nuevo Código (7), se publica el Informe emitido por la Ponencia respecto

(2) Vid. «Boletín Oficial de las Cortes», 15 de noviembre de 1978, págs. 3956 y ss. («Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», tomo XXXI, Madrid, septiembre-diciembre 1978, págs. 714 y ss.).

(3) Así, los contenidos en los artículos 15, inciso final, 17, 3.º, 24, 2.º, y 117, 5.º, donde, tras establecerse el principio de unidad jurisdiccional, se señala que «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

(4) Vid., por ejemplo, el artículo de Juan BORJA DE QUIROGA: «Un Código de Justicia Militar para la Democracia», publicado en «El Periódico» (Barcelona) correspondiente al 4 de febrero de 1979. Asimismo, firmado por «Los Imparciales», «La Justicia militar (notas sobre el Proyecto de Ley de Reforma del Código)», en el diario «El Imparcial» (Madrid) de 10 de diciembre de 1978.

(5) Vid. VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «Sobre la reforma del Código de Justicia Militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 36, julio-diciembre 1978, pág. 141.

(6) Particularmente, el procesamiento de la periodista y directora de cine Pilar Miró con motivo de su versión de «El crimen de Cuenca».

(7) Inicialmente fue encargado el trabajo a un Grupo de Estudio formado en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército bajo la dirección del hoy Consejeroogado don Francisco Jiménez y Jiménez. Después, tras la promulgación de la Ley 9/80 y en cumplimiento de lo dispuesto en su Disposición final Primera, se constituyó formalmente, por Orden ministerial de 17 de noviembre de 1980, la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, que, presidida por el Teniente General don Luis Álvarez Rodríguez, pasó a trabajar en la sede del Consejo Supremo de Justicia Militar.

al Proyecto de Reforma (8) y en él se deja constancia del carácter transitorio de la misma al establecerse en su Disposición final Primera, párrafo segundo, el plazo de un año para que, por la Comisión constituida al efecto se elabore un Anteproyecto articulado de Código de Justicia Militar (9).

El texto, debatido en el Congreso de los Diputados en el mes de junio y en el Senado en octubre, fue sancionado, como Ley Orgánica 9/1980, el día 6 de noviembre, publicándose en el «Boletín Oficial del Estado» número 280, de 21 de noviembre (10) y entrando en vigor al día siguiente, conforme a lo dispuesto en la Disposición final Tercera.

La reforma, que afecta a ciento seis preceptos, de los que seis quedan sin contenido, incide en los tres tratados de que consta el CJM.

En los tratados primero y tercero, esto es, en la organización y atribuciones de los Tribunales militares y en el procedimiento, temas trascendentales para la jurisdicción militar, como sus límites de competencia, los Tribunales, el procedimiento sumarísimo o los recursos, han sufrido alteraciones sustanciales, de las que, preferentemente, quizá por constituir el núcleo originario de la reforma, se ha ocupado la doctrina (11).

En el tratado segundo, las modificaciones, motivadas, en buena medida, por la constante preocupación competencial, surgieron, en número considerable, durante los debates parlamentarios. El Proyecto publicado en 1978 únicamente preveía nueva redacción para once artículos de Derecho penal material. Después, como consecuencia de las enmiendas presentadas en ambas Cámaras, se amplió notablemente, en este terreno, el ámbito de la reforma que afecta, en el texto definitivo, a una treintena de preceptos de naturaleza sustantiva.

Del contenido y alcance de estas modificaciones, que en su conjunto suponen, pese a la originaria motivación orgánica y procesal de la

(8) Vid. «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, 24 de abril de 1980, páginas 188/1 y ss.

(9) Se establece definitivamente en la Ley (Disposición final Segunda) que por la Comisión se elaborará, antes de un año, a partir de su constitución, un proyecto articulado del Código o Códigos de Justicia Militar, «en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar equifradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los Ejércitos extranjeros de más asidua relación».

(10) En el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa», Diario Oficial del Ejército, fue publicada la Ley en su número 273, de 27 de noviembre de 1980.

(11) Cfr. VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980», Madrid, 1980; FERNANDEZ SEGADO, Francisco: «La jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional», en «Revista de Derecho Público», núm. 89, Madrid, julio-septiembre 1982, págs. 533 y ss.; ROJAS CARO, José: «¿Pueden los Tribunales ordinarios imponer las penas accesorias del Código de Justicia Militar a los militares culpables de delitos comunes?», en prensa, en «Revista de Derecho Público», Madrid, 1983. A nivel de divulgación, vid. los trabajos de Martín BRAVO NAVARRA: «Reforma de la Justicia Militar»; Jesús VALENCIANO ALMOYNA: «La Ley de Reforma del Código de Justicia Militar. Aspectos más importantes», y Francisco BLAY VILLASANTE: «Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar»; todos ellos incluidos en el «dossier» publicado bajo el título «Reforma del Código de Justicia Militar» por la «Revista de Aeronáutica y Astronáutica», núm. 481, Madrid, forma del Código de Justicia Militar» por la «Revista de Aeronáutica y Astronáutica», núm. 481, Madrid, enero 1981, págs. 51 y ss. Asimismo, el de Arturo BELTRAN NÚREZ y Benito EGIDO TRILLO-FIGUEROA: «Breves consideraciones sobre la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar», en «Ejército», núm. 513, Madrid, octubre 1982, págs. 59 y ss.

ley 9/80, una de las más trascendentales reformas llevadas a cabo, en las leyes penales militares, desde 1945, voy a ocuparme en este trabajo. Su análisis individualizado se llevará a cabo siguiendo, en líneas generales, la propia sistemática del Código.

II. El artículo 185, que regula las *circunstancias eximentes*, ha sido modificado en sus números 2 (menor edad), 9 (fuerza irresistible) y 12 (obediencia debida), sufriendo un ligero retoque en su redacción el número 4 (legítima defensa).

1. En materia de *minoría de edad*, el C. J. M. de 1945 mantuvo la tesis mixta de la imputabilidad condicionada por el discernimiento, progresivamente abandonada en el Derecho común, a partir del C. P. de 1928, en favor de fórmulas biológicas cada vez más radicales.

Tal particularismo fue justificado por el legislador en la propia Exposición de Motivos del Código, alegándose, aparte de la frecuente intervención de menores en «delitos militares de notoria gravedad», que «si por disposiciones administrativas se permite, en algunos casos, el ingreso voluntario en las filas militares antes de los dieciséis años, debe serlo con todas sus consecuencias, y, entre ellas, las de orden penal militar, el cual no quedaría debidamente salvaguardado si, en caso de infracción, se redujera la acción de las Autoridades judiciales militares a entregar al culpable menor de dieciséis años a los Tribunales Tutelares de Menores o a aplicarle la legislación penal de esta clase».

Por su parte, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, coherente con este planteamiento, exceptúa, en su artículo 9.º, de la competencia de dichos Tribunales «los delitos o faltas atribuidos a la jurisdicción castrense por el Código de Justicia Militar».

Esta vinculación del menor al sistema represivo penal militar, justificada inicialmente entre los primeros comentaristas (12), fue pronto sometida a serias consideraciones críticas en nuestra doctrina que, de momento, abogó por una interpretación restrictiva de la incriminación del menor que, por demás, se impuso en la práctica (13).

La reforma ha venido, en este punto, suprimiendo en el artículo 185-2.º el requisito de que el menor de dieciséis años «no hubiese obrado con discernimiento», a implantar la fórmula biológica pura del artículo 8, número 2 C. P., la que, como ha destacado con acierto RODRIGUEZ DEVESA, responde «a la aspiración, acentuada desde fines del siglo pasado, de anteponer, respecto a los menores que realizan un hecho castigado por la ley, el derecho a la educación que les asiste a cualquier otra consideración» (14).

(12) Así, DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: «Principios de Derecho Militar Español, con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945», tomo II, «Derecho Penal Militar», Edit. Naval, Madrid, sin fecha, pág. 50.

(13) Vid., especialmente, IRIGUIEZ DE LA TORRE, Julián: «El menor de dieciséis años en la jurisdicción militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 5, Madrid, enero-junio 1958, págs. 61 y ss.

(14) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», 8.ª edición, Madrid, 1962, pág. 586.

No se ha efectuado, sin embargo, previsión alguna para el caso de que el menor de dieciséis años ejecute un hecho castigado por el CJM. En tales supuestos es evidente que el menor, exento de responsabilidad en base el artículo 185 número 2, debería ser entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores, mas no siendo de aplicación el párrafo segundo del número 2 del artículo 8 CP y estando aún vigente, como norma competencial a la que en nada afecta la modificación del CJM, el artículo 9 de la LTTM, dicha solución no deja de ser, en la legalidad vigente, extremadamente cuestionable.

2. En la *legítima defensa* (art. 185-4.º), con la sustitución del término «aquellos» por «aquella» (15), en el párrafo segundo de la circunstancia 1.º, no se hace más que subsanar lo que, sin duda, constituía un error material arrastrado desde la publicación del CJM en 1945.

3. La *fuerza irresistible* se regula en el artículo 185-9.º CJM, cuya redacción se diferenciaba de la de su correlativo artículo 8-9.º CP en dos puntos:

a) En la expresa referencia a la conducta omisiva («el que obra o deja de obrar») que, por innecesaria, no se incluye en el artículo 8 CP. Tal referencia se estimó imprescindible en el CJM para destacar que en el precepto quedaba subsumida la circunstancia de «incurrir en alguna omisión por impedírsele una causa legítima e insuperable», que autónomamente regulaba como eximente el derogado Código penal de la Marina de Guerra de 1888.

b) En la exigencia expresa de que la fuerza irresistible ha de ser *física y externa*, con lo que no se recogía sino la doctrina constantemente mantenida en la jurisprudencia.

Estas diferencias no afectan, sin embargo, al contenido sustancial de la eximente que responde en el CJM al mismo criterio adoptado en el CP (16).

En este sentido, no resulta fácil determinar el alcance de la reforma, que, incidiendo en la segunda de las diferencias apuntadas, suprime el requisito de que la fuerza irresistible sea *física y externa*, manteniendo, en cambio, la expresa referencia a la posible forma omisiva de la conducta afectada.

El hecho de mantener dicha referencia (hoy del todo innecesaria) obliga a considerar que el motivo de la reforma no ha sido simplemente equiparar las formulaciones legales de la eximente prevista en los artículos 185-9.º C. J. M. y 8-9.º C. P., lo que, en principio, resultaría lógico al no existir argumentos válidos que apoyen una diferenciación normativa.

(15) La corrección fue propuesta, en el Senado, por Vicente BOSQUE HITIA, del Grupo Parlamentario Mixto, en enmienda núm. 71 al texto aprobado en el Congreso de los Diputados (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 54).

(16) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», 8.ª edición, Madrid, 1980, pág. 1247.

Ello pudiera llevar a pensar que, eliminando unas exigencias expresamente consignadas en la redacción anterior, lo que ha pretendido la reforma es ampliar el contenido de la eximente, de forma que, con el texto en vigor, queda exento de responsabilidad criminal «el que obra o deja de obrar violentado por una fuerza irresistible», pudiendo ser ésta de carácter moral o de origen interno.

Tal conclusión, a la que ya ha llegado algún autor al comentar este precepto (17), es, en mi opinión, insostenible.

Como destaca RODRIGUEZ DEVESA, en relación al artículo 8-9.º, la fuerza irresistible es aquella que imposibilita al sujeto adoptar una resolución o que, cuando la ha tomado, impide que la ponga en práctica; se trata de una *vis physica*, porque la *vis moralis* opera sobre las motivaciones y presupone, por lo tanto, una voluntad libre (18).

Asimismo, la fuerza irresistible ha de ser de origen exterior, esto es, implica una violencia externa al sujeto que la sufre (19). Como se ha señalado, «frente a las frecuentes y baldías alegaciones de los recurrentes, el Tribunal Supremo sostiene constantemente que la fuerza irresistible no puede ser endógena, nacida dentro del propio estado de ánimo del agente, sino que ha de ser exógena, proveniente de fuera, de la presión de un tercero» (20), ello sin perjuicio, lógicamente, de que estos estados de coacción moral, arrebato o pasión puedan ser valorados en relación a otras causas eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal.

Distinta es, en todo caso, la cuestión de si en esta eximente pueden comprenderse, junto a la fuerza material inmediata, que excluye radicalmente la voluntad, supuestos en que se actúe mediatamente sobre el sujeto, al que se anula su libertad de voluntad, aunque no la voluntad misma.

Este tema, resuelto afirmativamente por algún sector doctrinal (21), en nada se ve afectado por la reforma (22), desde el momento que los que se cuestionan son supuestos de *vis compulsiva*, en los que la violencia ejercida es material y de origen externo.

Entiendo, en conclusión, que la reforma, que, de hecho, ha aproximado la redacción del artículo 185-9.º CJM a la del 8-9.º CP, en nada ha alterado su contenido que sigue siendo el de una causa en la que se excluye la acción al venir el sujeto violentado por una fuerza irresistible y esta violencia ha de requerirse que sea física y externa, aun cuando

(17) Cfr. VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 96.

(18) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», cit., pág. 480.

(19) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», cit., pág. 480.

(20) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Derecho Penal. Parte General», Edt. Civitas, Madrid, 1978, pág. 233.

(21) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», cit., pág. 480. En contra, la doctrina jurisprudencial. Vid., al respecto, RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Derecho Penal. Parte General», cit., pág. 234.

(22) En contra, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., página 96, quien confunde los conceptos de «vis compulsiva» y «vis moralis».

ahora el precepto no lo exija expresamente. Cualquier otra interpretación, aparte de ir en contra de lo generalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia, vulneraría la misma naturaleza jurídica de esta exigente.

4. De modo especial ha incidido la reforma en la regulación de la *obediencia debida*.

En la nueva redacción sólo se mantiene la declaración inicial de que está exento de responsabilidad criminal «el que obra en virtud de obediencia debida», añadiéndose, como novedad, que «se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución». En tales supuestos, la distintas conductas de desobediencia prevista en el CJM «no se consideran delictivas» en virtud de lo dispuesto en un tercer párrafo añadido al artículo 328, sobre el que volveremos más adelante.

La modificación de los artículos 185-12 y 328 trae su origen de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que dos años antes habían establecido en su artículo 34 que «cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso, asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión».

Surge así, con la reforma, una nueva concepción de esta exigente, cuyo contenido ofrece trascendentales innovaciones en aspectos varios, a algunos de los cuales vamos a referirnos:

a) La obediencia debida no presentaba en la redacción originaria del CJM una naturaleza jurídica unitaria. En la fórmula legal se incluían, ante todo, los supuestos de obediencia debida genuina, esto es, aquellos que tenían por base un mandato lícito y que comportaban una causa de justificación. Pero, junto a ellos, se encontraban igualmente regulados por la exigente, como destacó la doctrina (23), casos de obediencia debida impropia, que no producían la justificación pero sí la exculpación de la conducta. Eran las hipótesis del error (el inferior cumple la orden ilegítima del superior por desconocer sus presupuestos fácticos o por ignorar que no está autorizado a desobedecerla) y de la coacción (el cumplimiento de la orden ilegítima se lleva a cabo por el inferior ante las graves, inmediatas y quizá irreparables consecuencias que, en determinadas circunstancias, particularmente en tiempo de guerra, puede comportar su no acatamiento). A estos casos se refería la segunda parte de la fórmula legal, precisamente aquella que ha suprimido la reforma.

En este aspecto, el legislador no ha seguido sino la orientación marcada por nuestra mejor doctrina, que estimaba conveniente «discrimi-

(23) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida en el Derecho penal militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 3, Madrid, enero-junio 1957, pág. 71.

nar unos casos de otros, dejando en el número 12 del artículo 185 tan sólo aquellos supuestos de obediencia debida propia, respecto a la cual no debe quedar ningún arbitrio del juzgador» (24).

En cuanto a los posibles supuestos de error y coacción, convengo con RODRIGUEZ DEVESA (25) en que, respecto a los últimos, cabe una solución satisfactoria sin introducir nuevas modificaciones, teniendo en cuenta la amplitud con que está concebido en nuestro ordenamiento el estado de necesidad, comprensivo no sólo de conflictos de bienes jurídicos, sino también de conflictos de deberes. El problema se reduce, pues, al tratamiento del error, cuya regulación específica no debe seguir marginada de nuestros Códigos en las próximas reformas.

b) Hasta ahora era comúnmente admitido en la doctrina que en el Derecho penal militar español, a diferencia del común y de otras legislaciones militares extranjeras (26), no cabían los *mandatos antijurídicos obligatorios*, esto es, por decirlo con RODRIGUEZ DEVESA, «en el Derecho militar español, no puede obligar el superior al inferior a cometer un delito, valiéndose de una orden» (27).

Con la modificación del artículo 185-12, pero, sobre todo, a la vista del artículo 328 reformado, esta afirmación se hace más cuestionable, porque, interpretados dichos preceptos *a sensu contrario*, resulta que en aquellos supuestos en que las órdenes entrañen la ejecución de actos contrarios a las leyes o usos de la guerra o constitutivos de delito, *pero no de manera manifiesta*, la referida orden deberá ser aceptada para no incurrir en delito de desobediencia (arts. 327 y ss.) y, naturalmente, en dichos casos, la obediencia será *debida*, pudiendo integrar la exigente número 12 del artículo 185 CJM.

De todas formas, en contra de la existencia de estos mandatos antijurídicos obligatorios en el ámbito jurídico penal militar siempre podrá alegarse que, siendo la obediencia sólo exigible en relación al servicio, nunca es obligatoria para el inferior una orden que, por su contenido antijurídico, sea ajena al mismo (28).

(24) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., pág. 73. En contra, PORRES JUAN-SENABRE, Enrique: «Consideración general de la obediencia debida como exigente», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 12, Madrid, julio-diciembre 1961, pág. 150. Asimismo, a favor de un amplio arbitrio judicial en esta materia, DIAZ ROMERO, Alejandro: «La obediencia debida en la legislación penal común y militar vigente», en «Boletín Jurídico Militar», segunda época, núm. 18, México, abril-junio 1954, págs. 115 y ss.

(25) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., págs. 73 y ss.

(26) Vid., al respecto, por ejemplo, ROMAN VIDAL, Sergio M.: «El delito militar en el Código de Justicia Militar chileno», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 9, Madrid, enero-junio 1960, páginas 187 y ss.

(27) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., pág. 74.

(28) En este sentido, RODRIGUEZ, José María: «La obediencia debida», cit., págs. 63 y ss. Admitida, sin embargo, la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en el vigente Derecho penal militar español, no dejaría de ofrecer problemas la naturaleza jurídica de la exigente de obediencia debida en relación a ellos. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», citado, pág. 531, se muestra, en tal supuesto, a favor de la naturaleza jurídica unitaria de la exigente que sería una causa de justificación comprensiva de dos situaciones distintas: mandatos de contenido lícito y mandatos antijurídicos obligatorios. En contra, entiende MEZGER, Edmund: «Tratado de Derecho Penal», traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, Edit. Revista de Derecho Privado, tomo I, Madrid, 1955, pág. 424, que el mandato antijurídico del superior jerárquico no puede excluir, hacia afuera, la antijuridicidad objetiva de la acción del subordinado por más que sea obligatorio para él. Dicha acción continúa siendo objetivamente antijurídica, pero no puede hacerse reproche alguno al que, de acuerdo

La solución es, en cualquier caso, discutible y la nueva fórmula legal, en este punto, desafortunada.

En el artículo 328 era innecesario el párrafo añadido porque resulta evidente que toda orden que entrañe la ejecución de actos contrarios a la ley no puede ser encuadrada dentro de las «órdenes relativas al servicio», siendo la obediencia exigible únicamente en relación al mismo (29). Es más, el obligar al inferior a realizar actos ajenos al servicio, cualquiera que sea su contenido, constituye abuso de autoridad conforme al artículo 435-3.º CJM (30).

Por su parte, en el artículo 185 hubiera sido preferible, siguiendo una proposición de *lege ferenda* formulada ya hace años por RODRIGUEZ DEVESA, señalar únicamente que, «no es debida la obediencia cuando se trate de una orden cuyo cumplimiento lleve consigo la comisión de un delito o falta, ni en materias ajenas al servicio» (31).

III. Una menor incidencia ha tenido la ley 9/80 en las *circunstancias modificativas* de la responsabilidad criminal:

1. Las atenuantes, que pueden ser en el CJM «simples» (art. 186) o «calificadas» (art. 189), sólo se han visto afectadas por la reforma en lo que a la *menor edad de dieciocho años respecta*, que del artículo 186-2.º pasa, con una nueva redacción, procedente del artículo 9-3.º CP («la de ser el culpable menor de dieciocho años») y con una posible mayor trascendencia (la de atenuar la responsabilidad «de modo especial») al artículo 189-1.º, que preveía como atenuante calificada «la de ser el culpable menor de dieciséis años, habiendo obrado con discernimiento», circunstancia que desaparece lógicamente del elenco como consecuencia de la nueva formulación de la eximente de menor edad del artículo 185-2.º

2. Tampoco las agravantes, que asimismo continúan divididas en «simples» (art. 187) y «calificadas» (art. 190), han sufrido sensible variación.

Tan sólo la *reincidencia* ha dejado de ser circunstancia de agravación calificada para pasar a constituir la decimoquinta agravante ordinaria del artículo 187, si bien mantenga la redacción que ofrecía en el número 1 del artículo 190 (32).

con el ordenamiento jurídico, obedece la orden. Con otras palabras: el sujeto no actúa culpablemente; el mandato obligatorio constituye para él una causa de exclusión de la culpabilidad. La cuestión no se plantea en aquellos autores que entienden que la obediencia debida es en todo caso una causa de exculpación (vid. ANTON ONECA, José: «Derecho Penal», tomo I, «Parte General», Madrid, 1948, pág. 273).

(29) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., págs. 64 y ss.

(30) Cfr. PORRES JUAN-SENABRE, Enrique: «Consideración general de la obediencia debida», cit., página 151.

(31) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., pág. 73.

(32) Esta modificación procede de la enmienda núm. 36 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, aceptada sin oposición. Sostuvo el referido Grupo, a través del Diputado señor NAVARRO ESTEBAN, que, si bien su postura en relación al Derecho penal común era favorable a la supresión de esta agravante, admitían su fundamento en el C. J. M., donde, dada la especialidad del Derecho castrense, debía mantenerse, aunque no como agravante calificada, sino simple (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6643 y ss.).

Como agravante calificada queda la *habitualidad*, que no sufre alteración en su contenido (33). No tiene mayor relevancia que el de un error material el que en el artículo 6.º de la Ley se declare suprimido, entre otros, el artículo 190, lo que afectó, sin embargo, a alguna de las primeras ediciones del Código reformado (34).

IV. El artículo 194 prevé una serie de delitos de naturaleza común que, cometidos en determinadas circunstancias por miembros de las Fuerzas Armadas, comportan una causa personal de agravación para sus autores, así como la competencia de la jurisdicción militar para el enjuiciamiento del hecho.

Sustancialmente, el artículo 194 contempla hechos delictivos que, cometidos en las circunstancias que el precepto detalla, afectan de modo directo a la eficacia del potencial bélico militar, trascendiendo del orden punitivo común.

Ocurre, sin embargo, que desde el momento en que el CJM de 1890 abandonó el sistema de incriminación independiente de estas figuras, tradicional en nuestro Derecho histórico y que se mantiene en el CP del Ejército de 1884 y en el de la Marina de Guerra de 1888, adoptando en su artículo 175 esta cláusula mixta inserta en la parte general y donde no se tipifican delitos autónomos ni se establecen sus correspondientes penas, no puede sostenerse con fundamento que los previstos en el artículo 194 sean delitos militares ni en sentido amplio ni en sentido estricto (35).

La técnica legislativa utilizada ha motivado, además, el que, olvidándose el trascendental aspecto sustantivo del artículo 194, se haya destacado, durante la elaboración de la reforma, por ciertos sectores parlamentarios, su contenido competencial, abogándose por la supresión del precepto al considerarlo simplemente una norma extensiva de la jurisdicción militar por razón de la persona incompatible con los dictados constitucionales (36), postura que, si bien no ha prosperado, ha dado lugar a una restricción en el ámbito subjetivo de la disposición que, desde ahora, se refiere únicamente a supuestos en que los delitos señalados sean cometidos por militares, suprimiéndose la referencia a los *agregados a los Ejércitos* que figuraba en el texto originario.

Esta modificación no puede reputarse acertada porque es indudable que, en ciertas circunstancias, como por ejemplo en tiempos de guerra, determinados hechos (asesinatos, violaciones) cometidos por personal agregado a los Ejércitos deben ser objeto de un especial tratamiento

(33) Contrario también al mantenimiento de la habitualidad como circunstancia especial de agravación se mostró en el Congreso de los Diputados el Grupo Parlamentario Socialista, que propuso, sin éxito, una vez insertada la reincidencia en el artículo 187, la eliminación del contenido del artículo 190 (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6544 y ss.).

(34) Vid., por ejemplo, el «Código de Justicia Militar» de la Biblioteca de la Guardia Civil, Madrid, 1981, pág. 74.

(35) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Delito militar», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Editorial F. Selix, tomo VI, Barcelona, 1954, pág. 598.

(36) Vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6546 y ss.

agravatorio que, en el actual Código, sólo se conseguía a través de la fórmula del artículo 194.

De *lege ferenda*, parece lo más conveniente, en la próxima reforma, volver a la técnica de incriminación individualizada de todas aquellas conductas que se considere por el legislador que, por afectar al potencial bélico del Estado, tienen naturaleza militar: entre ellas deben tener cabida la mayor parte de las figuras circunstanciadas que en el actual artículo 194 prevé.

V. El artículo 197, que regula la responsabilidad criminal en los delitos cometidos por medio de la imprenta, grabado u otro medio de publicación o difusión, ha sufrido como única modificación la despenalización de los simples *tenedores* del «impreso o publicación criminal».

Debe dejarse constancia, sin embargo, de la reforma integral del precepto propuesta por el Senador de UCD señor VILLAR ARREGUI, para quien el artículo 197 «establecía un inadmisibles y criticadísimo sistema de responsabilidad extrapersonal y en cascada, unánimemente rechazado por la doctrina penal» (37).

La enmienda propuesta, que recogía el contenido del artículo 34 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, fue aprobada en el Senado (38), aun cuando no prosperase en el texto definitivo de la reforma.

VI. Por el artículo 15 de la Constitución española de 1978 queda abolida la *pena de muerte*, «salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

La fórmula, que no figuraba en el Anteproyecto del texto constitucional, tiene su origen en una enmienda *in voce* del Diputado centrista señor GARCIA AÑOVEROS, aunque su configuración definitiva procede de la discusión en el Senado, donde, a instancia fundamentalmente de los Senadores VILLAR ARREGUI y CIRICI PELLICER, se abandona el criterio subjetivo inicialmente propuesto, que relegaba la posibilidad de imponer la pena capital a las «personas sujetas al fuero castrense», y se añade la expresión *en tiempo de guerra*, que, en la Comisión Mixta sería finalmente sustituida por la de *para tiempos de guerra* (39).

El mismo día que la Constitución, el 29 de diciembre, entró en vigor el Real Decreto-Ley número 45/1978, de 21 de diciembre, que tenía por finalidad concretar el artículo 15 del texto constitucional, sustituyendo, «para tiempos de paz», la pena de muerte por la de treinta años de reclusión en el CJM, en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea

(37) Vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 60.

(38) Vid. B. O. C. G., Senado, 15 de octubre de 1980, pág. 89.

(39) Sobre este tema y, en particular, sobre los antecedentes y la discusión legislativa del artículo 15 de la Constitución, vid. HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe: «La previsión constitucional de la pena de muerte [comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978]», Bosch, Barcelona, 1980, págs. 19 y ss.

de 24 de diciembre de 1964 y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 (40).

Con estos antecedentes, el párrafo final del artículo 209 CJM, añadido en la reforma, no viene sino a recoger en el texto algo ya constitucionalmente establecido, esto es, que «la pena de muerte sólo podrá imponerse en tiempos de guerra», siendo del todo innecesaria la referencia al artículo 15 de la Constitución y al Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre.

El precepto, sin embargo, no ha ido acompañado de otras previsiones legislativas que hubieran sido deseables en esta materia:

1. No se ha sustituido la pena de muerte en aquellos supuestos en que la misma es inconstitucional por no ir exclusivamente referidos a tiempos de guerra, con lo que hay que seguir recurriendo al Real Decreto-Ley 45/78, cuyo carácter provisional no se ha tenido en cuenta por el legislador en esta reforma.

La solución, por otra parte, no está, como se ha pretendido (41), en trasladar el contenido del Real Decreto-Ley de referencia al final del artículo 209 CJM, lo que técnicamente sería incorrecto, sino en establecer, para los distintos tipos previstos en el CJM, las penas que, en el momento actual, se consideren político-criminalmente adecuadas, dentro de los límites constitucionales, lo que, en modo alguno, hubiera excedido de los límites en que se fue desarrollando la reforma.

2. No se ha aprovechado la reforma para concretar y precisar el exacto contenido de los denominados *tiempos de guerra*, concepto no definido en la Constitución y cuya interpretación ofrece algunas dificultades.

Por de pronto, a la vista de los artículos 32 y siguientes de la Ley Orgánica 4/1981, no pueden considerarse conceptos equivalentes los de *tiempos de guerra* y *estado de sitio*, porque éste puede declararse sin que se den las circunstancias fácticas de beligerancia que caracteriza la situación de guerra.

Tampoco define el estado de guerra la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de las Bases de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

El propio CJM de 1945 regula supuestos paralelos como los del «ejército en campaña» o «frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos»

(40) Esta disposición es desafortunada, mas no porque no derogue expresamente la pena de muerte en el Código penal, lo que, en mi opinión, era innecesario, sino porque, de hecho, la mantiene, para tiempos de guerra, en dos leyes especiales comunes, no militares, antes que la L. P. P. N. A. de 1964 y la L. P. D. M. M. de 1955. Vid., sobre este tema, RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», suplemento a la 7.ª edición, Reformas hasta el 31 de diciembre de 1979, Madrid, 1980, pág. 11; FIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe: «La previsión constitucional de la pena de muerte», citado, págs. 30 y ss.; LANDRIVE DIAZ, Gerardo: «La abolición de la pena de muerte en España», en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», tomo XXXIV, Madrid, enero-abril 1980, págs. 28 y ss.

(41) Así, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 102.

(artículo 256), pero tampoco nos ofrece una definición del *tiempo de guerra* que, como elemento normativo, utiliza de forma reiterada en diversos tipos para referirse a una determinada situación bélica agravatoria de la conducta sancionada.

En mi opinión, por *tiempos de guerra* o *tiempo de guerra* (42) debe entenderse toda situación fáctica de conflictividad armada entre dos partes beligerantes.

Puede tratarse de una guerra internacional o externa, pero también de un conflicto interno, de una contienda civil (43).

En ningún caso es necesaria una previa declaración formal de guerra, que, además de ser un requisito abandonado en la práctica internacional, no afecta a la situación fáctica de confrontación armada que es el contenido esencial del concepto que nos ocupa (44).

Apoya esta tesis la misma génesis parlamentaria de la expresión. Según el Senador CIRICI PELLICER, que introdujo en el artículo 15 de la Constitución dicha fórmula, con la misma se tiende a diferenciar y delimitar la «guerra auténtica» de situaciones puramente jurídicas y de carácter convencional, como sería hoy el estado de sitio, que podría ser declarado sin que existiese una guerra «real». Esta nueva fórmula, según su inspirador, quiere significar una «lucha armada general y organizada», con lo que se descarta la posibilidad del uso «político» o «de orden público» de la pena capital (45).

VII. En materia de penas, otras reformas han sido las siguientes:

A. En el artículo 223 se regulan ahora conjuntamente, con algunas modificaciones, las penas de pérdida de empleo y separación del servicio, limitándose el contenido del artículo 224, que figura como disposición complementaria.

1. La *pérdida de empleo* tiene su origen en la degradación militar, de la que tomó, ya en el Código de 1890, su contenido y efectos, de forma que, como se ha destacado (46), la degradación queda desde enton-

(42) Estimo que ambos conceptos son equivalentes. En la fórmula originaria del artículo 15 de la Constitución aprobada en el Senado figuraba «tiempo de guerra». En la Comisión Mixta Congreso-Senado se optó por emplear el plural, sin que conste una motivación sustancial, quedando en el texto constitucional como «tiempos de guerra». En la reforma del C. J. M., el Informe de la Ponencia, al incluir la modificación del artículo 209, no prevista inicialmente en el Anteproyecto, habla de «tiempos de guerra» (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 24 de abril de 1980, pág. 166/17). Por el contrario, en el texto remitido al Senado figura en singular como «tiempo de guerra» (vid. B. O. C. G., Senado, 8 de julio de 1980, pág. 14). Por último, con la aceptación de una enmienda del Senador señor VILLAR ARREGUI, que propuso la utilización del plural en «armonía con el artículo 15 de la Constitución» (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 61), se estableció definitivamente en el último párrafo del artículo 209 la expresión «tiempos de guerra».

(43) En contra, RODRIGUEZ DEVEBA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», cit., página 537, para quien el término constitucional «tiempos de guerra» debe referirse únicamente a la guerra exterior o internacional, esto es, a aquellos supuestos de beligerancia entre dos o más Estados soberanos.

(44) En contra, BARBERO SANTOS, Marino: «La pena de muerte en la Constitución», en «Sistema», número 42, mayo 1981, pág. 58; HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe: «La previsión constitucional de la pena de muerte», cit., pág. 58.

(45) Vid. HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe: «La previsión constitucional de la pena de muerte», cit., páginas 28 y s.

(46) Vid. RODRIGUEZ DEVEBA, José María: «Degradación», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Editorial F. Saeix, tomo VI, Barcelona, 1984, págs. 372 y s.

ces carente de sustantividad propia, representando tan sólo una forma potenciada por su carácter solemne y público de ejecutar, en determinados casos, la pérdida de empleo (o la expulsión de filas del Ejército).

Esta concepción es asumida en 1945 por el CJM, que no establece un contenido específico para la degradación, regulando tan sólo su ritual en el artículo 879, dentro de las normas sobre la ejecución de la pena de muerte.

A la pérdida de empleo se le asignan, en cambio, los efectos característicos de la degradación, consistentes en «la baja definitiva de los Ejércitos, con la privación de los grados, sueldos, honores y derechos militares que correspondan al penado, así como la incapacidad para obtenerlos en lo sucesivo».

La reforma ha incidido en esta materia:

a) Suprimiendo el ritual público y solemne que en el artículo 879 se establecía para la ejecución de la degradación.

La supresión supone, a mi modo de ver, la desaparición definitiva en nuestro Derecho de esta accesoria, aun cuando como tal se prevea en los artículos 210 y 218 y se mantenga en relación a varios supuestos de traición y espionaje y para algunos de los delitos contra el derecho de gentes.

b) Atemperando los efectos de la pérdida de empleo, por cuanto, si bien se mantiene el texto originario, a éste se ha añadido un inciso en el que se exceptúan, de los derechos de que se priva al condenado, «los pasivos que pudieran corresponderle por sus años de servicio».

La modificación trae su origen del artículo 172 de las Reales Ordenanzas que, en su inciso final, establece que «en ningún caso podrá (el militar) ser privado de los derechos pasivos que le correspondan».

Esta excepción se ha querido también establecer para la «expulsión de filas del Ejército», lo que se ha llevado a efecto, de modo técnicamente incorrecto, en el artículo 218, que se refiere a aquellos casos en que la pérdida de empleo o la expulsión de filas del Ejército se impongan como accesorias a los condenados a pena de muerte, en los casos en que no se ejecute ésta por ser indultado el reo.

La declaración en este precepto, que respecto a la pérdida de empleo es repetitiva y por ello innecesaria, no puede justificarse por el hecho de que no exista disposición alguna dedicada a establecer los efectos de la «expulsión de filas del Ejército», porque éstos se determinan en el artículo 210 y, hasta que una reforma más profunda ordene sistemáticamente esta materia, allí debería haberse consignado que el expulsado mantiene el haber pasivo que, con arreglo a sus años de servicio, pueda corresponderle.

2. La pena de *separación del servicio*, que asimismo puede ser impuesta como principal o como accesoria, «producirá también la baja en

el Ejército respectivo con pérdida de los derechos adquiridos en el mismo, excepto los pasivos que puedan corresponderle por sus años de servicio».

En este caso, la reforma ha retocado la redacción anterior dejando ver que en la separación del servicio la pérdida no es *absoluta* ni de todos los derechos, como se establecía hasta ahora.

Con ello, se ha querido destacar la diferencia entre pérdida de empleo y separación del servicio, que tras la reforma ofrecen un contenido muy semejante, máxime cuando, conforme al párrafo tercero del artículo 223, «en ambos supuestos, los condenados quedarán sujetos a la Ley General del Servicio Militar en lo que pueda serles aplicable».

La distinción, de todas formas, no se ha logrado, pues, si bien los efectos de la pérdida de empleo aparecen claramente establecidos, el contenido de la separación del servicio ofrece serias dudas al intérprete, tras la reforma, la que debió señalar de modo expreso cuales son los derechos adquiridos que, además de los pasivos, conserva el separado del servicio, así como en qué sentido la pérdida de derechos para él no es ahora absoluta, extremos éstos para cuya interpretación no se cuenta con base legal suficiente.

3. Tanto en la pérdida de empleo como en la separación del servicio, con la supresión del párrafo segundo del derogado artículo 224, se ha posibilitado el que, cuando alguna de estas penas se imponga como accesoria, el condenado perciba, mientras extingue la pena principal, el haber pasivo que pueda corresponderle.

Para aquellos supuestos en que el condenado a penas de pérdida de empleo o separación del servicio no haya perfeccionado derecho a haber pasivo, establece el artículo 224 que sus esposas, hijas (47) y madres viudas, sin medios de fortuna, percibirán, durante el tiempo de cumplimiento de la condena, «las pensiones señaladas en la legislación vigente sobre derechos pasivos para caso de fallecimiento de los causantes».

B. Finalmente, ha sido reformado, en esta materia, el artículo 231, primero de los dedicados a regular los efectos especiales que, para los militares, producen las penas comprendidas en la ley común.

Como entre estas penas comunes no figura ya la de muerte, reservada a la ley penal militar, ha sido coherente suprimir su referencia entre aquellas penas que conllevan la pérdida de empleo para Oficiales y Suboficiales, que quedan reducidas a los dos tipos de reclusión y al presidio mayor (48).

(47) La reforma, en este punto, del texto anterior, que se refería genéricamente, como posibles beneficiarios de los socorros establecidos, a los «hijos», es difícilmente justificable y, en mi opinión, consagra una distinción que, respecto a los hijos menores de edad, además de contrariar la legislación de Derechos Pasivos, es claramente anticonstitucional.

(48) En cambio, se ha mantenido al margen de la reforma el artículo 232, que, al determinar los efectos militares que para los individuos de las clases de tropa o marinería producen las penas comunes, señala, entre ellos, la de «muerte» y, caso de indulto (o cuando se trate de reclusión o presidio mayor), el efecto será la expulsión de las filas del Ejército «con pérdida de todos los derechos adquiridos».

Por otra parte, se ha modificado el contenido del párrafo tercero, limitando el efecto de suspensión de empleo militar a las penas de «prisión menor por menos de tres años y arresto mayor, en las que no se hubiere otorgado el beneficio de remisión condicional».

Con ello no sólo queda sin efecto militar alguno la pena de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, cuando se impongan como principal, sino también las penas de prisión menor por menos de tres años y arresto mayor en aquellos casos en que no se otorgue el beneficio de remisión condicional.

En contra de esta conclusión, de todo punto insatisfactoria, no puede alegarse que el legislador haya entendido subsumido el efecto de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio que, como accesoria, va inseparablemente unida, entre otras, a las penas de prisión menor y arresto mayor (art. 47 CP), y ello porque, aparte de que la suspensión de empleo militar ofrece un contenido específicamente distinto a la suspensión común, con tal interpretación sobraría también el párrafo tercero en su actual redacción desde el momento en que la condena condicional no se extiende, por declaración expresa del artículo 97 CP, a las penas de «suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público» (49).

VIII. El artículo 245 CJM facultaba a los Tribunales militares para otorgar, conforme a los artículos 92 y siguientes del CP, la *condena condicional* a los reos de delitos comunes penados por la jurisdicción militar, quedando «exceptuados de la suspensión de condena los autores, cómplices y encubridores de delitos en los que se haga aplicación del artículo 194».

La reforma ha venido a ampliar el ámbito de posible concesión de este beneficio, suprimiendo la excepción de los delitos en que se aplique el artículo 194 y permitiendo, en todo caso, hacer uso de la suspensión de condena cuando el penado no sea militar ni agregado a los Ejércitos.

a) Por lo que a los delitos del artículo 194 respecta, entiendo que, dado que se trata de delitos comunes, como ya se ha destacado, en ellos podrá aplicarse la suspensión de condena no sólo a los partícipes pasivos, sino también a los militares, que en tales supuestos se les condena «con arreglo a lo dispuesto en las Leyes comunes», independientemente

ridos en él». La reforma debió suprimir también en este caso, por la misma razón que en el artículo 231, la referencia a la pena de muerte y añadir un inciso final al párrafo conforme al cual de la pérdida de derechos adquiridos, en los supuestos de expulsión, quedan exceptuados «los pasivos que pueda corresponderles en relación a sus años de servicio» en concordancia con lo dispuesto en los artículos 218 y 223.

(49) Pudiera tratarse de la omisión involuntaria de un «no», con lo que el texto correcto diría «... en las que no se hubiere otorgado el beneficio de remisión condicional», y así la innovación tendría un sentido del que ahora carece. En cualquier caso, la redacción del artículo 231 aparecida en el B. O. E. es la misma que figuraba en el Proyecto, en el Informe de la Ponencia y durante la elaboración de la reforma, sin que el posible error material fuese rectificado en ningún momento, como tampoco con posterioridad a la publicación del texto definitivo.

mente de que respecto a ellos se aprecie la causa personal de agravación que el precepto de referencia comporta.

b) La segunda innovación se señala expresamente en la nueva redacción del artículo 245, al consignarse en su párrafo segundo que «también podrá aplicarse la suspensión de condena por delitos comprendidos en este Código o en cualquier otra Ley penal militar a los penados que no pertenezcan a los Ejércitos o estén agregados a ellos».

Por consiguiente, tras la reforma, únicamente quedan exceptuados de la remisión condicional de la pena los militares condenados por delitos previstos en una ley militar.

La excepción encuentra, a mi modo de ver, fundamento no sólo en el hecho de «no darse, en las penas privativas de libertad de corta duración que se cumplen por los aforados castrenses en establecimientos exclusivamente militares, aquellos peligros que la convivencia con profesionales de la delincuencia común procura a los reos que ingresan en establecimientos carcelarios de la jurisdicción ordinaria» (50), sino también en la distinta y peculiar función que la pena desarrolla en el colectivo militar, respecto al que no son de aplicación las consideraciones generales que por la doctrina se formulan en relación a las penas cortas de privación de libertad y que, en último término, son las que justifican la existencia de los diversos medios sustitutivos (51), entre los que la suspensión de condena se encuentra (52).

IX. El artículo 256 contiene, con el carácter de *disposiciones generales*, una serie de definiciones de conceptos fundamentales en el ámbito jurídico-militar que aparecen incorporados, en preceptos posteriores, como elementos normativos de diversos tipos penales, para cuya aplicación resulta sumamente clarificadora esta interpretación auténtica que el legislador ofrece.

En dicho precepto, se nos concreta, desde 1945, qué son actos del servicio (apartado 1.º), cuáles se consideran actos del servicio de armas (apartado 2.º), cuándo se está frente al enemigo (apartado 3.º), al frente de rebeldes o sediciosos (apartado 4.º) y en campaña (apartado 5.º).

La reforma, además de retocar un par de extremos de la redacción de estos cinco apartados (se sustituye el término «fuerzas de antiaeronaútica» por el de *fuerzas antiaéreas*, técnicamente más correcto, y se suprime la expresión «a flote» que seguía a «fuerzas navales»), así como de cambiar en el encabezamiento «se considerará» por *se consi-*

(50) Cfr. DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: «Principios de Derecho Militar Español», tomo II, citado, pág. 204.

(51) Vid. PUIG PERA, Federico: «Condena condicional», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Edit. F. Seix, tomo IV, Barcelona, 1952, págs. 856 y ss.

(52) En contra, BLAY VILLASANTE, Francisco: «Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar», cit., pág. 68, para quien «no parece congruente mantener la prohibición de la posibilidad de la suspensión de condena para militares por delitos militares». También, en este sentido, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 106.

dera, ha añadido un extenso sexto apartado en el que se especifica quiénes ostentan legalmente la condición de Autoridad Militar.

Esta materia venía regulada en el derogado número 2 del artículo 6.º, en sus párrafos segundo a sexto, que, con ligeros retoques de redacción y algunas alteraciones en su contenido, han pasado a constituir el número 6 del artículo 256, que, como principales innovaciones, ofrece las siguientes:

a) A las Autoridades militares de «carácter judicial» (antiguo párrafo tercero del número 2 del artículo 6.º) se añaden ahora, en el apartado b) del número 6, «los Coroneles o Capitanes de Navío, Generales o Almirantes, Jefes de Unidades y organismos administrativos militares, además del Ministro de Defensa, el Vicepresidente del Gobierno relacionado con la Defensa Nacional, si lo hubiere, el Presidente del Gobierno y el Jefe del Estado en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus funciones, prerrogativas u otras de mando militar».

b) Fuera del territorio nacional y de sus aguas o especies jurisdiccionales, la condición de Autoridad militar que ostentan los Oficiales de cualquier clase destacados para algún servicio dentro de las aguas o lugares en que deban prestarlo, cuando allí no existe Autoridad militar constituida, se limita ahora a «lo que concierna a la misión militar que se les haya encomendado».

X. Distingue nuestro ordenamiento entre *traición militar* y *traición común*, modalidades ambas de un delito sustancialmente unitario.

Este dualismo normativo, en cuyo origen y posterior desarrollo histórico-legislativo convergen motivaciones jurídicas y condicionamientos políticos (53), no es, por tanto, inherente al delito de traición, cuya regulación unitaria en el Código penal o en una ley especial no ofrecería, en mi opinión, reparo alguno, porque el bien jurídico protegido en este delito (la independencia y la integridad de la Nación española) excede con mucho del potencial bélico del Estado, última razón de ser de la legislación penal militar (54).

Ello no implica el que, dentro de un sistema dualista, como el que ofrece nuestro ordenamiento, no pueda alcanzarse un adecuado nivel técnico-legislativo, delimitando, mediante un criterio rector correcto, ambas modalidades de traición, de forma que la distinción entre ellas sea real y efectiva.

No ocurre así en nuestra legislación vigente, donde, aparte de ser distinto el concepto de traición en el CJM que en el CP (55), la ausencia

(53) Sobre la evolución legislativa del delito de traición, vid., especialmente, MONTULL LAVILLA, Eduardo: «Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición del Derecho penal común», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 25-26, Madrid, enero-diciembre 1988, págs. 9 y ss.

(54) De derecho, la traición es regulada de modo unitario por todas aquellas legislaciones que han adoptado la técnica de Incriminación conjunta, esto es, que incluyen los delitos militares en el Código penal.

(55) Es técnicamente más correcto el concepto estricto de traición del C. J. M. que el amplio que, desde 1944, se contiene en el C. P. En este texto, junto al núcleo tradicional del delito, constituido por

de un criterio delimitador riguroso ha conducido a ubicaciones incorrectas, a lagunas injustificadas y, sobre todo, a numerosos supuestos de doble incriminación de una misma conducta (56).

Esta técnica legal defectuosa se manifiesta, asimismo, en el prolijo casuismo que preside la descripción de los diversos tipos penales y en las abundantes repeticiones dentro del articulado de un mismo Cuerpo legal.

Obviamente, la remodelación del delito de traición implica numerosas modificaciones de variado alcance en los dos textos punitivos (57), reforma que no puede efectuarse sino de un modo conjunto, después de concretados los principios informadores que se estimen más correctos.

Tratar, en una reforma del CJM, de limitar, con un criterio adecuado, la regulación de este texto punitivo a aquellos supuestos de traición inequívocamente militar comporta relegar al CP diversos tipos y traer alguno de la ley común al CJM, lo que, si no va acompañado de la simultánea reforma del delito de traición común, supondría tan sólo aumentar a la vez el número de conductas atípicas y doblemente incriminadas.

Por ello, no puede reputarse acertado el criterio seguido en el Proyecto de Código Penal. En él (58), no sólo se mantienen los mismos defectos técnicos de que adolece el Código vigente, sino que, al no tenerse en cuenta para nada la legislación castrense, se regulan en su articulado varios supuestos de traición militar, mientras no se tratan otros de inequívoca naturaleza común.

Esta precipitada actuación en el Proyecto de Código penal condiciona, además, en buena medida, la regulación de la traición en el Anteproyecto de CJM, en fase de elaboración, e impide, por las razones antes apuntadas, reconducir a sus justos límites el delito de traición militar.

De todas formas, en parte, pues el alcance de la Ley 9/80 no podía incluir un tratamiento en profundidad de esta materia, la reforma no ha sido ajena a la compleja problemática que el delito de traición conlleva y así lo demuestran las supresiones y modificaciones que, a la espera de los nuevos Códigos, ha efectuado en el texto vigente y de las que damos cuenta a continuación:

1. Se suprimen los antiguos números 2, 4 y 12 del artículo 258, el número 5 del artículo 259 y el artículo 266.

provocar una guerra contra España o favorecer en ella al enemigo (que es el que con alguna ligera ampliación mantiene el C.J.M.), se incluyen el espionaje y los ultrajes a la Nación española, sus símbolos o emblemas (cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», citado, pág. 602).

(56) Vid. TERUEL CARRALERO, Domingo: «La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado», en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», tomo XVI, Madrid, enero-abril 1963, pág. 24.

(57) Vid., con especial referencia al Derecho común, RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», cit., págs. 613 y s.

(58) Artículos 63 a 642.

a) El número 2 del artículo 258 consideraba traidor al español «que induzca a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o que se concierte con ella para el mismo fin». El precepto era repetición literal del artículo 120 CP, que, como en todos los supuestos de doble incriminación, devenía inaplicable no sólo en virtud del principio material de imposición de la pena más grave, que debe regir en toda relación entre leyes alternativas, sino, fundamentalmente, por la aplicación preferente que, en todo caso, tiene en nuestro ordenamiento la ley penal militar frente a la común, que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 257 CJM, sólo podrá ser tenida en cuenta, como supletoria, de no existir regla concerniente al caso presentado.

Con la supresión se pone fin al defecto de técnica legislativa que suponía la doble incriminación de una conducta idéntica, pero la solución de estimar en todo caso la misma como constitutiva de traición común, más benignamente castigada que otros supuestos del CJM de indudable menor gravedad y trascendencia, no me parece convincente, porque, además, una vez admitido el dualismo normativo, parece claro que el hecho de inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o concertarse con ella para el mismo fin debe ser considerada traición militar, al menos cuando el autor de la inducción o el concierto sea un miembro de las fuerzas armadas.

b) Tampoco parece acertada la supresión del número 4 del artículo 258 que castigaba al español «que enajene indebidamente el Tesoro Nacional o lo extraiga ilegítimamente del territorio patrio, entendiéndose que aquél es el que figure con dicho carácter en la Hacienda Pública», así como del número 5 del artículo 259 que también consideraba traidor a quien «maliciosamente, en época de guerra, produjese un grave daño económico a la Patria», porque, si bien estas conductas son de naturaleza común y su presencia en el CJM resultaba poco afortunada, tras la reforma es dudoso que tales hechos puedan ser incluidos en alguno de los delitos de traición del CP, aun cuando, realizados en tiempo de guerra, el propósito del sujeto sea el de favorecer al enemigo.

c) El número 12 del artículo 258 regulaba la desertión al enemigo, que cometía el «que se fugue con dirección al enemigo», considerando «que la fuga se ha verificado con dirección al enemigo cuando el acusado no justifique que el delito cometido fue otro distinto».

Con independencia de la presunción inversora de la carga de la prueba, inadmisibles en un delito que tiene fijada la muerte como penalidad única, la previsión legislativa no era satisfactoria, al confundir dos delitos sustancialmente distintos, cuales son la traición y la desertión.

Como ya, en otra ocasión, destaqué (59), no comete traición quien deserta aunque sea huyendo a través de territorio enemigo. Comete traición quien «se pasa» al enemigo, quien se pone a su servicio, quien,

[59] Vid. MILLAN GARRIDO, Antonio: «El delito de desertión militar». Bosch, Barcelona, 1963, pág. 115.

abandonando su unidad, se adhiere a las fuerzas enemigas en la lucha contra la Patria (60), en suma, quien, «abandonando sus banderas, entra a formar parte del Ejército enemigo» (art. 258-1.º).

Por todo ello, el número 12 del artículo 258 fue siempre restrictivamente interpretado, considerándose «enemigo» sólo al exterior, lo que resultaba más coherente con la naturaleza de la traición que, en principio, parece no tener su campo en los conflictos bélicos internos, y exigiendo en la fuga el ánimo de, siquiera, ponerse en condiciones de encontrarse en la esfera de disponibilidad del Estado beligerante adversario, el que, si bien no es relevante para la desertión, lo es ciertamente para la integración del delito de traición.

Ante ello, la reforma ha suprimido, entiendo que con acierto, este precepto, cuya referencia, sin embargo, se mantiene inadvertidamente en el inciso final del artículo 375.

d) Finalmente, se ha suprimido el artículo 266 que castigaba al «español que intentare pasar a país enemigo cuando lo hubiere prohibido el Gobierno», hecho que indudablemente no constituye en sí traición común ni militar y que, además, era repetición literal del artículo 135 CP, que lo incluye entre los «delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado».

2. Han sufrido modificaciones el propio artículo 258 y el 262.

a) En el artículo 258 se ha suprimido, en su número 3, la referencia al «protectorado» que, sin embargo, se mantiene en el número 9.

En el número 5 se especifica, tras la reforma, que la coacción ha de ser «grave».

En el número 6 ha sido objeto de una redacción más precisa que concreta el objeto de entrega al enemigo, que ha de consistir en «la bandera, armas, vehículos, víveres, municiones y recursos o medios ofensivos y defensivos de importancia».

En el número 10 se ha sustituido la expresión «bandera de la Patria» por la de «bandera de España».

b) En el artículo 262, finalmente, se introduce la necesidad de que los planos, diseños o documentos secretos estén legalmente calificados con tal carácter. Asimismo, se concreta la penalidad, que hasta la reforma presentaba una extensión intolerable (seis meses y un día de prisión a pena de muerte).

XI. Dentro del título IX del Tratado Segundo, que, tras la reforma, lleva la rúbrica de «Delitos contra la seguridad militar del Estado y de los Ejércitos», regula el Código la *rebelión* que en el mismo encabezamien-

(60) Vid. PANNAIN, Remo: «Sulla diserzione al nemico», en «Archivio Penale», 1-1, Roma, 1945, página 268.

to del capítulo se califica ahora de *militar*, con lo que no se hace sino concordar el epígrafe inicial con el contenido de los artículos 286 y siguientes del CJM.

Se destaca así la distinción entre las dos modalidades, común y militar, de un delito, la rebelión, que, al igual que la traición, es esencialmente unitario.

Los amplios términos, sin embargo, en que, desde 1890, viene configurado este delito en el CJM implican una escasa aplicabilidad del CP en la materia (61), incluso después de la reforma, que, como veremos, al restringir algunos supuestos de rebelión militar, ha ampliado el ámbito de los correspondientes tipos comunes de rebelión.

El único precepto afectado por la Ley 9/80 ha sido el artículo 286. En él se han efectuado las siguientes modificaciones:

a) En el párrafo inicial, al alzamiento contra el Jefe del Estado, su Gobierno o Instituciones fundamentales de la Nación se añade el dirigido contra el *ordenamiento constitucional*, expresión ésta que, aparte de dar al precepto una mayor extensión, hace innecesaria la referencia a los conceptos restantes.

b) En el número 2, esto es, en la circunstancia de «que formen grupo militarmente organizado y compuesto de diez o más individuos», se exige también, tras la reforma, que *estén armados con armas de guerra*. Si las armas no fueren de guerra, podría darse, en su caso, un delito de rebelión común (62).

La determinación del concepto *armas de guerra* se verificará, a falta de otra definición legal más precisa, conforme al artículo 258, párrafo 2.º CP, según el cual se consideran tales:

1.º Todas las armas de fuego susceptibles de servir de armamento de tropas, con excepción de las pistolas y revólveres. Aquéllas no perderán su carácter de armas de guerra aunque se trate de modelos anticuados cuando sea posible adquirir sus municiones en el mercado libre.

2.º Las pistolas ametralladoras.

3.º Las bombas de mano.

c) En el número 3, que prevé la circunstancia de «que formen grupo en número menor de diez si en distinto territorio de la Nación existen otros grupos o fuerzas organizadas», se ha añadido, «en la forma que se señala en el apartado anterior, así como en cualquier caso que se empleen aeronaves o buques de guerra o carros de combate o se produzca

(61) Vid., sobre este tema, RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», cit., págs. 800 s. y 811 ss.

(62) Carece de fundamento la opinión de VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 111, según el cual, al caracterizarse la rebelión común «por el alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno, pero sin armas», la conducta en este caso no es inculpa en el artículo 214 C. P.

el asalto a un polvorín, parque de artillería, arsenal militar o almacén de armas de guerra, apoderándose de ellas». Se suprime, en cambio, la expresión «con el mismo fin» con que terminaba este apartado del artículo 286 antes de la reforma.

También, en este caso, se exige, pues, que, además de ofrecer una organización militar, el grupo disponga de «armas de guerra» o concorra alguna de las circunstancias añadidas en el inciso final. De no ser así, tampoco existen obstáculos para apreciar, en su caso, un delito común de rebelión del artículo 214 CP (63).

XII. La *sedición* se califica también de *militar* en la rúbrica del capítulo II del título XI, con lo cual el epígrafe responde más exactamente al contenido de los artículos 295 y siguientes del CJM.

En este caso, además, a diferencia de lo que ocurre en la traición y en la rebelión, estamos ante un delito genuinamente militar, sustancialmente distinto del delito de sedición regulado en el CP (64).

En efecto, la sedición común es un delito contra la seguridad interior del Estado que, en cierto modo, participa de la naturaleza de la rebelión. Por el contrario, la sedición militar es un delito contra la disciplina, caracterizado por la forma colectiva de incumplir, activa u omisivamente, los deberes militares. Mientras la sedición común (y la rebelión, en sus dos modalidades) ataca al normal funcionamiento del Estado, esto es, al orden público, la actividad judicial o administrativa o la estabilidad sociopolítica (65), la sedición militar afecta únicamente a la vida interna del colectivo militar (66).

En este sentido, la sedición, cuya naturaleza jurídica no se destaca sistemáticamente en la actual normativa, debe, en una futura reforma, ser objeto, como ahora, de tipificación autónoma, pero junto a los delitos de desobediencia, insubordinación y abuso de autoridad (67).

Además de esta innovación, acertada, en la rotulación del capítulo, la reforma ha afectado a la sedición suprimiendo el párrafo 2.º del artículo 296.

Decía dicho apartado que «cuando en el acto no se descubra el que dé la voz, sufrirán la pena de reclusión militar los seis individuos que

(63) Con posterioridad a la Ley 9/80, esta materia se ha visto afectada por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que reforma los artículos 290 y 291, introduciendo los 291 bis y 538 bis, en el C. J. M., a la vez que modifica los artículos 214 y 217 del C. P., e incorpora al mismo los artículos 160 bis, 174 bis a), 174 bis b), 174 bis c), 216 bis a) y 216 bis b). Vid., sobre esta reforma, CANTERO NUÑEZ, Federico: «Consideraciones en torno a la Ley Orgánica 2/1981, de 9 de marzo, en materia de rebelión y rebeldía militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 39, Madrid, enero-junio, 1980, páginas 187 y ss.

(64) Vid., sobre esta materia especialmente, JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco: «El delito de sedición militar», tesis doctoral inédita, Zaragoza, 1969. Del mismo autor, «Contribución a una exégesis del artículo 295 del Código castrense», trabajo inédito, Madrid, 1955.

(65) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», cit., pág. 817.

(66) Cfr. DIAZ-LLANOS LECUONA, Rafael: «Leyes Penales Militares», 10.ª edición, Edit. Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1974, pág. 278.

(67) Vid. MILLAN GARRIDO, Antonio: «Contestaciones al cuestionario elaborado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército», II, en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 37, Madrid, enero-junio 1979, pág. 218.

los jefes allí presentes conceptúen más próximos al sitio de donde hubiere salido aquélla, de cuya pena quedarán exentos si se averiguare cuál sea el verdadero culpable».

Sin entrar en un análisis, ya innecesario, de este tradicional precepto, ampliamente criticado, es lo cierto que incluso por aquellos autores que, como JIMENEZ, destacaron la culpabilidad en estas participaciones sediciosas, se convino siempre en que, «tratándose de una norma que en lo fundamental es redundante, en lo doctrinal reprochable y en la práctica carente de utilidad», se imponía su supresión (68), lo que acertadamente ha llevado a cabo la reforma de 1980.

XIII. En el delito de *insulto a fuerza armada*, se ha modificado el artículo 312 (concepto legal de fuerza armada) en los términos siguientes:

1. Se suprime la referencia expresa que en el párrafo primero se hacía a los individuos de la Guardia Civil, tradicionalmente equiparados, a estos efectos, a los miembros de las fuerzas armadas (69).

Tras dicha supresión, señala el artículo 312-1.º que, «a los efectos de este Código se reputarán fuerza armada a los individuos que en acto de servicio de armas, o con ocasión de él y vistiendo el uniforme reglamentario, presten servicios propios de las Fuerzas Armadas, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la Autoridad civil, judicial o administrativa».

La fórmula no es afortunada, porque si el precepto se refiere únicamente a los miembros de las fuerzas armadas (lo que, aun no quedando claro, parece ser la intención del legislador), es obvio que éstos cuando prestan servicio de armas, que siempre son propios de las fuerzas armadas, han de hacerlo vistiendo el uniforme reglamentario, por lo que tales requisitos resultan ya innecesarios en la definición legal.

La exigencia de la uniformidad reglamentaria y la alusión al servicio propio de la Institución, así como a su realización por mandato o en auxilio de la Autoridad civil, Administrativa o judicial, iban exclusivamente referidas a los individuos de la Guardia Civil y no a los miembros de los Ejércitos que se reputaban fuerza armada siempre que prestan servicio de armas o con ocasión del mismo.

La supresión en la reforma de la referencia a la Guardia Civil, manteniéndose, refundidas, las exigencias señaladas, ha dado lugar a una norma técnicamente deficiente que en su inciso final roza con la incongruencia (70).

(68) JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco: «En torno al requisito de culpabilidad en nuestro delito de sedición militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 5, enero-junio 1958, pág. 99.

(69) Vid. GARCIA SANTOLALLA, José Luis: «Insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Edit. F. Seix, tomo XIII, Barcelona, 1968, pág. 182.

(70) Vid., en este sentido, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 114.

2. Se mantiene sustancialmente el anterior párrafo 2.º, si bien, con la supresión del inciso final, la fórmula quede establecida en unos términos más genéricos de remisión, que deben estimarse correctos. Conforme a ellos, se reputará, asimismo, fuerza armada a «los miembros de los Cuerpos o Instituciones militarmente organizadas, cuando así lo dispongan sus Leyes Orgánicas u otras Leyes especiales».

Aquí puede tener acomodo, en su caso y en las circunstancias que se determinen, la Guardia Civil, cuyo carácter militar parece mantenerse en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar (71).

3. Se añaden dos apartados (1.º y 2.º del actual párrafo segundo) que constituyen una total innovación en esta materia, al considerarse en ellos fuerza armada al «Comandante y dotación de un buque de guerra en navegación dentro de las aguas jurisdiccionales españolas y, además, en alta mar respecto de los buques mercantes de bandera española y su tripulación y pasaje», así como al «Comandante y dotación de una aeronave militar en vuelo en el espacio aéreo de soberanía española, además de en los espacios aéreos no estatales respecto de la tripulación y pasaje de las aeronaves privadas o comerciales de matrícula española».

XIV. El *atentado a Autoridades militares* deja de ser, con la reforma, un delito objetivamente militar, en el que la condición del sujeto activo era indiferente.

Ahora, con la nueva redacción dada al artículo 314, el atentado a las Autoridades militares sólo será delito militar cuando su autor pertenezca a las fuerzas armadas. En otro caso, el hecho constituirá el delito común de atentado de los artículos 231 y siguientes del CP.

XV. El artículo 316 sufre en la reforma una profunda transformación:

1. Se suprime de su contenido el delito de *ultraje a la Nación*, aun cuando inadvertidamente se mantenga la referencia al mismo en la rúbrica del capítulo IV del título IX.

Con la supresión, acertada, desaparece el dualismo normativo existente también en esta materia (incluida, en su día, en la Ley de Jurisdicciones y, más tarde, en la Ley de Seguridad del Estado), al regularse el hecho, aparte de en el artículo 316 CJM en el artículo 123 CP, que, naturalmente, devenía en este punto inaplicable.

Tras la reforma, el delito de ultraje a la Nación recobra su naturaleza común y queda regulado exclusivamente en el artículo 123 CP como modalidad impropia del delito de traición.

(71) Artículos 38 y 39. El primero de ellos prevé, aparte de la Ley Orgánica reguladora de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, un Reglamento Orgánico del Cuerpo de la Guardia Civil, que determinará, desarrollando los principios de la Ley, su organización, funciones, armamento y el régimen de personal y de disciplina.

2. En el caso de los *ultrajes a la bandera nacional o estandarte*, el artículo 316 requiere, tras la reforma, que el hecho tenga lugar cuando la bandera o el estandarte se encuentren «en lugares o edificios militares, así como cuando fueran portadas por unidades militares o en paradas, desfiles o formaciones de tal carácter». Fuera de estos casos, la injuria o el desprecio no tendrá naturaleza militar, pero será incluíble en el artículo 123 CP como ultraje al sentimiento de unidad de la Nación española o a sus símbolos.

3. El *ultraje al himno nacional* ha de ser cometido, igualmente, en lugar militar, parada, desfile o formación, para constituir el delito militar del artículo 316.

4. La inclusión en el artículo 316, como objeto de protección, junto a la bandera, el estandarte o el himno, de las fuerzas (militares) constituye una novedad en relación al contenido tradicional de este precepto.

Como en los supuestos anteriores, las fuerzas, que son, a estos efectos, consideradas como símbolo (72), han de encontrarse en lugar militar, parada, desfile o formación, para que su ultraje integre el delito militar del artículo 316.

En los restantes casos, serían de aplicación los artículos 317 CJM ó 242 CP. Más problemática resultaría, en mi opinión, la inclusión del desprecio a la injuria a las fuerzas militares en el artículo 123 CP como ultraje a lo que, sin duda, puede constituir, en determinadas circunstancias, un símbolo de la Nación española.

5. Finalmente, la regulación de las *ofensas a emblemas o insignias militares* ha sido modificada en un doble sentido:

a) Exigiéndose, como en los casos anteriores, que la ofensa sea en lugares o edificios militares o que los emblemas o insignias sean portados por unidades militares o en paradas, desfiles o formaciones de tal carácter. Fuera de dichos supuestos, estas ofensas a emblemas o insignias no constituyen por sí delito militar ni son incluíbles, en principio, en ningún tipo específico del CP.

b) Estableciéndose la pena de prisión hasta tres años, en vez de hasta seis como figuraba en el párrafo segundo del modificado artículo 312 (73).

(72) Es la única interpretación posible que da sentido a la incorporación en el precepto de estos supuestos de ultraje contra las fuerzas militares, que, según señaló el Diputado socialista SANJUAN DE LA ROCHA, «no se corresponden con el contenido antiguo del artículo 316 y sí, en cambio, con el contenido del artículo 317» (Vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de Julio de 1980, pág. 6532).

(73) La reducción de la penalidad en estos supuestos tuvo lugar mediante la aceptación, en el Senado, de una enmienda del Senador socialista señor LABORDA MARTIN, justificada en el hecho de que estas ofensas a emblemas o insignias militares tienen menor gravedad que los ultrajes a la bandera nacional, estandarte, fuerza militar o himno nacional, lo que no se reconocía en el texto, al mantenerse para todas estas conductas la pena de prisión hasta seis años (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 42). Esta distinta trascendencia de las conductas incriminadas en el artículo 316 había sido ya advertida en la enmienda número 43 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, al texto del Informe de la Ponencia. Defendida en el Pleno por el Diputado señor SANJUAN DE LA ROCHA, quien destacó lo incorrecto de establecer «la misma pena para el ultraje a la bandera nacional en estas circunstancias que para las ofensas a emblemas o insignias militares», fue entonces rechazada con la oposición del Grupo Centrista (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de Julio de 1980, páginas 6551 y ss.).

XVI. La modificación sustancial del artículo 317, que regula las *injurias a los Ejércitos*, era objetivo primario de la reforma (74), en la cual, manteniéndose, en lo esencial, la redacción antigua, en virtud de la cual, «incurrirá en la pena de prisión hasta seis años el que (el texto anterior se refería a «los que»), de palabra, por escrito o por cualquier (se suprime «otro») medio de publicidad, injurie (se ha suprimido «u ofendan clara o encubiertamente») a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos», se restringe notablemente el alcance del precepto al añadirse un inciso final, según el cual sólo será aplicable en tres supuestos:

- a) Cuando el culpable fuese militar.
- b) Cuando el hecho se produzca ante un mando o en presencia de sus tropas, y
- c) Cuando tenga lugar la injuria en acuartelamiento, recinto o lugar militar (75).

Para cubrir el vacío normativo que la reforma implicaba, se ha dado nuevo contenido al artículo 242 del CP, en virtud del cual, «incurrirán en la pena de prisión menor los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos o a sus Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados. Cuando las injurias o amenazas a que se refiere el párrafo anterior no fueren graves, se impondrá al culpable la pena de arresto mayor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas».

XVII. En el delito de *desobediencia*, se ha añadido un tercer párrafo al artículo 328, conforme al cual, «las citadas conductas no se considerarán delictivas cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución».

El precepto, complementario, como hemos visto, de la actual regulación de la obediencia debida en el número 12 del artículo 185, y que tiene también su origen en el artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, debe ser extensivo a cualquier conducta de desobediencia, aun cuando de una interpretación estrictamente gramatical y sistemática se deriven argumentos suficientes para entender referida la norma exclusivamente a los tipos previstos en los dos primeros párrafos del artículo 328 (76).

(74) Así lo reconoció, en el Pleno del Congreso, el Diputado señor BUSQUETS BRAGULAT, quien destacó, además, cómo la nueva redacción permitía dejar el margen de estos preceptos casos como los de «Els Joglars», «Pilar Miró» o «Miguel Ángel Agullar», que pasarían, como así ha sido, a la jurisdicción ordinaria (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, pág. 6553).

(75) La supresión de este tercer supuesto fue propuesta por una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista de Cataluña que defendió, ante el Pleno del Congreso, el Diputado señor BUSQUETS BRAGULAT, siendo rechazada con la oposición del Grupo Centrista (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6553 y ss.). Reproducida la enmienda en el Senado por el Grupo Parlamentario «Catalunya, Democracia i Socialisme», a través de su portavoz, señor ANDREU I ABELLO, tampoco fue tomada en consideración (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 42).

(76) A favor de esta interpretación estricta, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 118.

XVIII. Bajo el concepto genérico de *fraudes*, agrupa el CJM una serie de conductas atentatorias de la integridad de la Hacienda castrense, que, en cuanto tales, pueden afectar a la eficacia general de las fuerzas armadas. Su nota común es la defraudación, entendida como perjuicio que en todos los supuestos regulados en los artículos 403 y siguientes del CJM se produce o puede producirse para el patrimonio militar y el buen régimen de los Ejércitos (77).

En esta materia, que procede del CJM de 1890 y para la que se reclama una profunda remodelación, sobre la que se trabaja con vistas al nuevo CJM, la reforma ha introducido escasas modificaciones:

1. El artículo 403, que regula los tipos propios del fraude militar, no se ha visto sustancialmente afectado. Tan sólo hay que destacar:

a) La supresión del último párrafo del precepto, según el cual, «cuando los hechos a que se refiere este artículo constituyan también delito castigado en el Código penal con pena más grave que la de prisión, podrá el Tribunal imponer la inmediatamente superior a ésta».

Sin esta norma, que reconocía la posibilidad de que el propósito agravatorio que anima la tipificación en el CJM de estas conductas fracasase (78), se da paso a un posible concurso de leyes, en el que, en virtud del artículo 257 CJM, siempre será de aplicación la legislación militar, aun cuando el hecho esté más severamente castigado en el CP. Es ésta una intolerable consecuencia de los términos insatisfactorios en que están regulados estos delitos en el CJM, donde, en ningún caso, se tiene en cuenta la cuantía de lo defraudado para la graduación de la pena, con lo que difícilmente puede obtenerse para todos los supuestos una penalidad proporcionadamente superior a la que correspondería al hecho de aplicarse la legislación común.

b) La elevación de la cuantía en el párrafo 5.º que desde 1945 se había mantenido inalterada en cincuenta pesetas y que ahora se fija en *tres mil*. Esta actualización era imprescindible porque carecía de sentido seguir ignorando en el CJM, como durante treinta y cinco años se ha hecho, la depreciación de la moneda, que, en estos delitos, exige progresivas revisiones que impidan un desfase normativo determinante de soluciones materialmente injustas (79).

2. La defraudación en los suministros viene regulada, en sus dos modalidades de incumplimiento y de cumplimiento irregular, en los artículos 404 y 405, que distinguen según que el autor del delito pertenezca o no a las fuerzas armadas.

La reforma ha afectado tan sólo al artículo 405, referido al no militar «que, estando encargado de suministrar a los Ejércitos víveres, municio-

(77) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Fraude militar», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Editorial F. Selix, tomo X, Barcelona, 1960, págs. 166 y ss.

(78) Vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Fraude militar», cit., pág. 166.

(79) La necesidad de elevar esta cuantía fue puesta de manifiesto por RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Fraude militar», cit., pág. 173. A favor de su supresión, CANTOS GUERRERO, Antonio: «El delito de fraude», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 17, enero-junio 1964, pág. 62.

nes u otros efectos o elementos dejare de hacerlo maliciosamente o los entregare adulterados o nocivos», conducta que, desde ahora, únicamente constituirá delito militar «si fuere en tiempo de guerra o estado de sitio». En otro caso, el fraude será sancionado conforme a las normas del CP (80).

XIX. En el título XIV, que dedica su único capítulo a la *reincidencia en faltas graves*, ha sido suprimido el artículo 410, según el cual «el Oficial o Suboficial que, por segunda vez, asista a manifestaciones políticas o, por segunda vez también, acuda a la Prensa sobre asuntos del servicio sin estar debidamente autorizado, incurrirá en la pena de prisión militar hasta seis años».

La supresión, que viene motivada por el nuevo contenido de los artículos 437-4.º y 443, párrafo segundo, somete al tratamiento general de los artículos 411 y 412 la reincidencia en faltas graves de esta naturaleza, con independencia de que, por lo que a las infracciones derivadas de actividades políticas o sindicales respecta, se aplique lo prevenido en el artículo 7 del Real Decreto-Ley número 10/1977, de 8 de febrero y, tras la reforma, lo establecido en el artículo 1.011 del CJM.

XX. En el título XV de su Tratado segundo se ocupa el Código de las *faltas militares*, excediendo su contenido de lo que puede considerarse materia disciplinaria (81).

En dicho título se regulan, además de infracciones disciplinarias (descuido en la conservación del vestuario, juego en cuarteles, manifestación de disgusto en el servicio), faltas de manifiesta naturaleza criminal (hurto, estafa, apropiación indebida, lesiones) y conductas esencialmente delictuales (quebrantamiento de condena, desertión, abuso de autoridad). Y todas ellas tienen en nuestro Derecho naturaleza penal, de forma que, con el Código vigente, sólo impropiamente puede hablarse de la existencia en él de un Derecho disciplinario (82).

(80) En este mismo sentido se propusieron dos enmiendas por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, pretendiendo que los artículos 387 (usurpación de funciones y uso indebido de uniforme militar) y 408 (allanamiento de dependencia militar) quedasen limitados a «tiempo de guerra», aplicándose en paz los correlativos preceptos del C. P. Las enmiendas, defendidas en el Pleno del Congreso por el Diputado señor TORRES BOURSAULT y reproducidas en el Senado por el señor LABORDA MARTÍN, fueron en ambos casos rechazadas, quedando las dos disposiciones excluidas del ámbito de la reforma (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6555 y ss.; B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 42).

(81) Sobre la distinción entre lo penal y lo disciplinario es fundamental la obra «Action pénale et action disciplinaire», Recueil de la Société Internationale de Droit pénal militaire et de Droit de la Guerre, Strasbourg, 1960. En ella se recogen, en su mayor parte, las ponencias y comunicaciones, así como las conclusiones, del I Congreso Internacional de la «Société» celebrado en Bruselas del 14 al 16 de mayo de 1959. Del mismo Congreso, vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La "acción penal" y la "acción disciplinaria" en el Derecho militar español» (comunicación española), en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 7, Madrid, enero-junio 1959, págs. 73 y ss.; GARDON, Gratien/GILISSEN, John: «Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones» (Ponencia General), traducción de Eduardo de No Louls, en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 8, Madrid, julio-diciembre 1959, págs. 75 y ss.

Asimismo, GILISSEN, John: «Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núms. 33-34, Madrid, enero-diciembre 1977, págs. 11 y ss.

(82) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La "acción penal" y la "acción disciplinaria"», cit., página 97.

La no inclusión, por el contrario, de las infracciones disciplinarias en el futuro CJM constituye ya una de las bases sobre las que éste debe proyectarse. Así lo concreta, a nivel legislativo, en su Disposición final Segunda, la propia Ley 9/80, según la cual «el Gobierno presentará a las Cortes, en el plazo de seis meses, un proyecto de ley que establezca los principios fundamentales del régimen disciplinario en los Ejércitos».

De esta forma, el legislador aplaza la reestructuración de lo disciplinario, que conforme a lo que es técnica legislativa usual en la legislación extranjera, quedará regulado en un Reglamento General de Disciplina, independiente en todo caso del CJM, que limitará su contenido a las infracciones de naturaleza delictual.

Ante esta situación de provisionalidad normativa, la reforma de 1980, que ya en sí se presenta con marcado carácter transitorio, no ha efectuado más que algunas modificaciones que no afectan, sino muy ligeramente, a la estructura general de esta materia.

Así, las *disposiciones generales* sólo se han visto afectadas por un par de innovaciones cuyo contenido y alcance pasamos a examinar:

1. En los artículos 415 y 416, al señalarse las distintas correcciones con que se castigan las faltas, se establece para los no militares la de arresto mayor de dos meses y un día a seis meses, en las faltas graves, y la de arresto menor en las faltas leves, añadiéndose en la reforma la expresión *en el supuesto de estado de sitio*, de donde se desprende que, a partir de ahora, sólo en tal circunstancia de anormalidad constitucional puede castigarse a un paisano por responsabilidades derivadas de una falta militar.

Tal planteamiento, que pudiera ser correcto respecto a las infracciones meramente disciplinarias, resulta inadmisibles en nuestro Derecho, en el que, según hemos visto, se regulan como faltas conductas de naturaleza delictual.

En tales supuestos, la jurisdicción militar, competente siempre conforme al párrafo primero del artículo 7 CJM, corregirá al autor de la falta, que necesariamente será un militar, pero, tras la reforma, no podrá sancionar al partícipe paisano, ni incluso en los casos de los artículos 433 y 439-3.º, en los que la participación viene elevada a la categoría de falta grave independiente, porque, aunque, como en el segundo de los supuestos, se prevea expresamente para los no militares el «arresto común», de acuerdo con lo que establece el artículo 415, dicho correctivo sólo puede imponerse al paisano, como arresto mayor, una vez declarado el estado de sitio.

Cuando la conducta (participativa) del no militar sea en sí constitutiva de un delito o falta común (así, por ejemplo, en la falta grave de quebrantamiento de prisión preventiva del artículo 437-7.º CJM, la par-

ticipación del no militar puede integrar el delito del artículo 336 CP), su enjuiciamiento corresponderá a la jurisdicción ordinaria de no venir atribuida la competencia a la militar por otro motivo.

Esta interpretación, materialmente insatisfactoria pero ineludible dados los términos en que han sido modificados los artículos 415 y 416, no supone, como algún autor ha pretendido (83), dejar prácticamente sin contenido el artículo 7 del Código.

Dicho precepto se limita, en su párrafo primero, como hemos señalado, a atribuir a la jurisdicción militar la competencia para conocer de las faltas comprendidas en el Código. Después, éstas se corrigen con arreglo a las normas sustantivas de los artículos 414 y siguientes, donde puede considerarse impune la participación de paisanos en tiempos de normalidad constitucional. Y ello será políticocriminalmente incongruente, pero no contradice en modo alguno la regla de competencia que el artículo 7-1.º establece.

Por otra parte, la restricción introducida por la reforma no afecta para nada a las faltas del número 3 del artículo 7, que se corrigen conforme a lo previsto en los artículos 168 y siguientes (jurisdicción disciplinaria), como tampoco a las del número 5, esto es, a aquellos incendios de edificios militares, daños, robos, hurto y receptación de armas, municiones y material de guerra de las Fuerzas Armadas que revisten tan sólo la consideración de faltas (84), porque, en tales supuestos, no nos encontramos ante faltas militares, corregidas en el CJM, sino ante faltas de naturaleza común, cuya punición por la jurisdicción militar se lleva a cabo con arreglo o lo dispuesto en los artículos 587 y siguientes del CP.

2. En el artículo 424 se establece la facultad del Coronel o Jefe principal de las fuerzas o unidades de su mando de anular, reducir o aumentar los correctivos impuestos por sus subordinados, lo que hará conforme a *la más estricta justicia* y no necesariamente «teniendo siempre como norma dejar bien puesta la disciplina y subordinación», según señalaba este precepto con anterioridad a la reforma.

XXI. En el capítulo dedicado a las *faltas graves*, sólo la Sección 3.ª ha sido objeto de algunas modificaciones que exponemos sucintamente:

1. Se suprime la falta grave del antiguo número 3 del artículo 437, esto es, la de «contraer matrimonio sin la autorización reglamentaria o

(83) Vid. VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 128, quien llega a la conclusión de que, en los artículos 415 y 416, «una interpretación literal dejaría sin contenido buena parte del artículo 7 C. J. M.», partiendo de dos premisas que no estimo correctas: que pueden los paisanos cometer faltas militares y que tienen tal carácter aquellas a que se refiere el número 5 del artículo 7 C. J. M. De este segundo punto me ocupo en el texto. En cuanto al primero, de la simple lectura de los artículos 431 y siguientes se desorende que el autor de las faltas militares es siempre un militar. La intervención en ellas del paisano sólo es posible a título de partícipe. Incluso en los supuestos de los artículos 433 y 439-3.º, lo que se castiga son diversas conductas de participación en faltas graves militares.

(84) De estas infracciones, todas ellas delictuales, sólo los daños, hurtos y, en su caso, la receptación son degradables a faltas.

antes de los plazos marcados», en la que se añadía que «el sacerdote que autorizare estos matrimonios quedará sujeto a las responsabilidades canónicas correspondientes, a cuyo efecto se pondrá el hecho en conocimiento de la Autoridad eclesiástica de la que dependa».

La supresión de este precepto, al que servía de base la Ley de 13 de noviembre de 1957, reguladora de los matrimonios de militares y marinos, ha venido motivada por su contradicción con las Reales Ordenanzas, que en el artículo 183 consagran el derecho del militar a contraer matrimonio «sin autorización especial».

2. El antiguo número 5 (4 en el texto vigente) del artículo 437 sufre una profunda transformación en buena medida determinada por el Real Decreto-Ley número 10/1977, de 8 de febrero, sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las Fuerzas Armadas, y disposiciones complementarias, considerándose, en la nueva redacción, falta grave el «acudir a la prensa o a otros medios de difusión análoga, por primera vez, sobre asuntos del servicio propios del implicado o pendientes de petición o recurso en favor de su pretensión o sobre aspectos concretos que pueden afectar a la debida protección de la seguridad nacional, o se utilicen datos sólo conocidos por razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas o se expusiese conculcando una prohibición expresa del Ministerio de Defensa, aun no afectando a los anteriores intereses el tema debatido o tratado». Se entienden «comprendidos en dicho párrafo:

a) Los escritos contrarios a la disciplina o al respeto a la Constitución, al Jefe del Estado, al Gobierno, al Ministro de Defensa y a las Autoridades militares y superiores jerárquicos cuando no constituyan responsabilidad más grave.

Las reclamaciones por medio de la imprenta y otro medio de difusión y publicidad y cuantas manifestaciones violen un deber de secreto sin incurrir en responsabilidad más grave.

b) Las discusiones que susciten antagonismos (85) entre los distintos Cuerpos o Institutos de los Ejércitos.

c) La murmuración (86) sobre el Jefe del Estado, el Gobierno, el Ministro de Defensa y las demás Autoridades que ostenten mando militar superior (87).

d) Incurrir en segunda falta de las previstas en el artículo 443, párrafo segundo».

(85) En el Pleno del Congreso se mantuvo una enmienda «in voce» por el Diputado señor TORRES BOURSALT, del Grupo Parlamentario Socialista, que proponía la sustitución del término «antagonismo» por el de «enfrentamiento» (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, pág. 6557). En el Senado se mantuvo la enmienda por el señor LABORDA MARTÍN, quien propuso la expresión «grave enfrentamiento» (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 43).

(86) En contra del término «murmuración» defendió, en el Pleno del Congreso, una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista su portavoz, señor SOLE BARBERA (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6557 y s.).

(87) Una enmienda del Grupo Parlamentario «Catalunya, Democracia i Socialisme», suscrita por su portavoz en el Senado, señor ANDREU I ABELLO, propuso sin éxito la inclusión de la Constitución en primer lugar, antes del Jefe del Estado (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 43).

De entre los múltiples problemas de interpretación que este nuevo apartado del artículo 437 suscita, destaca el de la reincidencia, porque, al establecerse por la norma que los hechos descritos son constitutivos de esta falta grave cuando tienen lugar por *primera vez*, se está impidiendo su aplicación al reincidente, sin que, para él, se señale un régimen especial como hacía, antes de la reforma, el artículo 410.

Este vacío normativo exige una rectificación legislativa que, en mi opinión, debiera limitarse a suprimir la referencia a la «primera vez» en el artículo 437 y así dejar sometidas estas infracciones al régimen general de las faltas graves, con total independencia de los efectos que, en lo gubernativo, se estime conveniente atribuirles.

3. En el actual número 10 del artículo 437 se establece que la utilización para necesidades particulares de elementos de carácter oficial es falta grave, *salvo que concurren razones de necesidad o urgencia*, expresión que sustituye a la de «no estando autorizado», que innecesariamente figuraba en el texto modificado.

4. Se actualizan las cuantías en el artículo 439. En su número 3 se requiere ahora que *el valor de lo defraudado exceda de 1.500 pesetas y no pase de 3.000*. En el número 4, que *no exceda de 1.500 pesetas*.

5. En el artículo 440, según el cual incurría en falta grave el militar que «tolere a las fuerzas a sus órdenes... conversaciones contra los Oficiales», se añaden aquellas *contra los Suboficiales*, subsanando así lo que sin duda fue un olvido en la Ley de 21 de abril de 1949, que equiparó la Suboficialidad a la Oficialidad en prácticamente todo el articulado del Código.

6. Finalmente, se ha modificado el artículo 442 que considera falta grave el cometer por cuarta vez falta leve.

Este precepto establecía, hasta la reforma, en la que inicialmente no estaba incluido, el correctivo de seis meses de arresto como penalidad única, lo que hacía más reprochable un sistema de incriminación ya en sí sumamente discutible.

La incorrección técnica que esta penalidad única supone fue destacada, junto a los inconvenientes prácticos del sistema, por el Diputado señor BUSQUETS BRAGULAT, quien, defendiendo, en el Pleno del Congreso (88), una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista de Cataluña, solicitó se incluyera en la reforma el artículo 442, en el que se establecería como correctivo a imponer el arresto militar en toda su extensión, esto es, de dos meses y un día a seis meses.

La enmienda, rechazada en el Congreso, pese a la debilidad de los argumentos que en contra de la misma sostuvo el Diputado centrista señor VEGA y ESCANDON, fue reproducida en el Senado por el Grupo

(88) Vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de Julio de 1980, págs. 6559 y s.

Parlamentario «Catalunya, Democracia i Socialisme» y por el propio Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático, que, de esta forma, reconocía en la Cámara Alta la necesidad de incluir el artículo 442 en el ámbito de la reforma.

Se aceptó la enmienda suscrita por el Senador de UCD señor VILLAR ARREGUI y la expresión «y castigado con seis meses de arresto» fue sustituida por la de *y castigado con arreglo al prudente arbitrio de la Autoridad judicial, sin que pueda exceder de seis meses de arresto*, que figura en el texto en vigor (89). En la fórmula, con la que desde luego se consigue la finalidad pretendida, resulta, sin embargo, superflua la referencia al «prudente arbitrio de la Autoridad Judicial» e innecesario el límite máximo fijado que, en las faltas graves, conforme al artículo 415 CJM, no puede ser otro.

Técnicamente era, sin duda, más correcta la enmienda del Senador de CDiS, señor ANDREU I ABELLO, quien proponía simplemente suprimir la frase «y castigado con seis meses de arresto» (90), con lo que se obtenía el mismo resultado, esto es someter la falta del artículo 442 al régimen general de las faltas graves, conforme al cual se corrige con dos meses y un día a seis meses de arresto militar, a concretar por el Juzgador.

XXII. Las *faltas leves* (91) se regulan en los artículos 443 a 445 CJM. De ellos, sólo el primero ha sido afectado por la reforma (92), tras la cual presenta dos párrafos: el primero reproduce, con ligerísimas variantes, el anterior texto del artículo 443; el segundo incorpora al Código las faltas leves derivadas del ejercicio de actividades políticas y sindicales por miembros de las Fuerzas Armadas.

1. El párrafo primero del artículo 443 continúa siendo, pues, el gran cajón de sastre donde, de forma conjunta y asistemática, se prevén las faltas leves militares. En él, las modificaciones introducidas por la reforma han sido:

a) En el encabezamiento, la expresión «son faltas leves» ha sido sustituida por la *incurre en falta leve el militar que comete una de las siguientes*. Se ha querido destacar con ella que sólo los militares pueden cometer estas faltas, lo que, en mi opinión, era innecesario (93), abandonándose así una formulación tradicional que el legislador recoge en el párrafo segundo de este mismo precepto al decir que «igualmente serán faltas leves...».

(88) Vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 61.

(90) Vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 43.

(91) Vid. LANDIN CARRASCO, Amancio: «La regulación de las faltas leves militares y su posible reforma», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 6, Madrid, julio-diciembre 1958, págs. 57 y ss.

(92) En los artículos 445 y 446 se mantiene el sistema de penalidad única. En el segundo de dichos preceptos, además, no se ha actualizado la cuantía de 25 pesetas que tendría que haber sido elevada en la misma proporción que la de los artículos 403-3.º, 438-3.º y 4.º y 443-1.º

(93) Vid. DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: «Principios de Derecho Militar Español», tomo II, citado, págs. 652 y s.

b) Se moderniza la redacción de la falta leve de concurrir los «Oficiales a tabernas o establecimientos de rango incompatible con la calidad de los mismos», que ahora queda como «la concurrencia de Oficiales a establecimientos de *carácter* incompatible con la *dignidad* de los mismos».

c) Se actualiza la cuantía de la falta leve de «enajenar o distraer prendas o efectos de equipo» que, en concordancia con la fijada en el artículo 439-3.º, será de *hasta 1.500 pesetas*.

No ha ocurrido lo mismo con los «hurtos, estafas o apropiaciones indebidas de dinero o efectos» que se castigan como falta leve militar cuando se trate de «cuantía no superior a 250 pesetas» y, además, «el culpable no hubiera sido condenado anteriormente por delitos de robo, hurto, estafa o apropiación indebida o dos veces corregido o condenado por faltas de hurto o estafa».

Teniendo en cuenta que el límite diferencial entre delito y falta se encuentra y en la legislación común en 15.000 pesetas, con la redacción actual del artículo 443-1.º se crea un vacío normativo respecto a aquellos hurtos, estafas o apropiaciones indebidas que excediendo de 250 pesetas no alcancen las 15.000. En estos casos, no puede apreciarse un delito común contra la propiedad y tampoco una falta militar (94). La solución, única legalmente admisible, de sancionar la falta común es materialmente insatisfactoria, porque, conforme a ella, resultan castigadas con más rigor las faltas contra la propiedad en que el valor de su objeto no exceda de 250 pesetas que aquellas en que el importe de lo hurtado, estafado o indebidamente sustraído es superior a dicha cifra: mientras en el primer caso, por aplicación del CJM, artículos 416 y 443, se impondrá un correctivo de hasta dos meses de arresto militar, en el segundo se aplicará el CP, artículo 587, párrafos 1.º y 3.º, y la pena a imponer será de uno a treinta días de arresto menor (95).

Urge, por tanto, una rectificación legislativa que, elevando la cuantía del artículo 443-1.º hasta 15.000 pesetas permita, en materia de faltas contra la propiedad, la aplicación, según los casos del CJM o del CP, con inclusión de estas normas especiales en las sucesivas revisiones de cuantías que, como consecuencia de la deprecación de la moneda, hayan de efectuarse en la legislación común.

d) Termina el artículo 443-1.º con unas tipificaciones genéricas entre las que se prevenían como faltas leves aquellas que «afecten al decoro con que las clases militares deben dar público ejemplo de moralidad, decencia y compostura», expresión que ha sido sustituida por la de que

(94) Es incontestable la opinión de VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 135, para quien la solución está en «olvidar el límite de cuantía absurdamente conservada y tener presentes los que en cada caso señale el Código penal». A las «extravagantes interpretaciones» surgidas al respecto, en las distintas regiones militares se ha referido recientemente José María RODRIGUEZ DEVESA en «Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal», en «Revista de Derecho Público», núm. 87, Madrid, abril-junio 1982, pág. 246.

(95) Vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español, Parte Especial», cit., págs. 1242 y siguientes.

afecten al prestigio de la Institución militar, destacándose con ello más exactamente el bien tutelado en este caso por la norma.

e) Por último, se ha suprimido el inciso final del artículo 443, conforme al cual los hechos en él descritos integran faltas leves militares «aunque las mismas faltas tengan señalada corrección en el Código ordinario», disposición técnicamente defectuosa (en el CP las faltas no se castigan con correctivos sino con penas leves) que, además, era innecesaria dado el carácter preferente de la legislación militar.

2. El párrafo segundo del artículo 443 incorpora al Código, como hemos señalado, las faltas leves derivadas del ejercicio de actividades políticas o sindicales por miembros de las Fuerzas Armadas, provisionalmente incluidas en el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero. Señala este precepto, que se encuentra en correlación con el número 4 del artículo 437, que «igualmente serán faltas leves las que por primera vez se corrijan por incumplir el militar sus deberes de neutralidad en el ejercicio de sus derechos políticos por:

a) Estar afiliado, colaborar o prestar apoyo a alguna organización política o sindical o asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical, promovidas por los referidos partidos, grupos o asociaciones (96).

b) Expresar públicamente opiniones de carácter político o sindical en relación con las diversas opciones de partido, grupo, asociación u organización.

c) Asistir de uniforme o haciendo uso de su condición militar a cualquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical.

d) Ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político o sindical sin haber solicitado previamente el pase a la situación que legalmente esté señalada.

e) Quienes siendo individuos de la clase de Tropa, Marinería o de Escalas de Complemento, no se abstengan de realizar los actos a que se refieren los párrafos anteriores durante el tiempo que se encuentren prestando servicio militar activo, sin perjuicio de que puedan mantener su anterior afiliación».

XXIII. La reforma que, con independencia de sus principios básicos rectores, no siempre acertados, ofrece graves defectos técnicos en las modificaciones orgánico-procesales introducidas, no puede ser obje-

(96) Una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, defendida en el Pleno del Congreso por el Diputado señor SANJUAN DE LA ROCHA, proponía añadir a este primer apartado un segundo párrafo, en virtud del cual «no será falta, sin embargo, la asistencia a actos públicos de carácter político durante periodos de campaña electoral, siempre que sea individualmente, sin uniforme y no se participe activamente» (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6561 y ss.). La enmienda fue reproducida en términos idénticos en el Senado, donde tampoco prosperó (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 44).

to de una valoración positiva por lo que a su incidencia en las leyes penales respecta.

En este punto, el texto es criticable no ya por no afrontar las innumerables cuestiones que suscita una legislación penal militar evidentemente anacrónica, lo que no era tarea de una reforma de marcado carácter transitorio, sino porque los temas tratados lo han sido, como se desprende del examen efectuado, de modo apresurado, anteponiéndose, en muchos casos, motivaciones políticas a criterios estrictamente jurídicos y, sobre todo, con un manifiesto desconocimiento de lo que es el Derecho militar.

En la misma fijación por la ley del plazo de un año para la elaboración de la nueva legislación militar, se ha ignorado la realidad actual del Derecho castrense, en el que, por desgracia, con la mayor parte de los temas intratados doctrinalmente y carentes de una configuración jurisprudencial adecuada, casi todo está por hacer.

Limitándonos a las leyes penales militares, su reforma integral requiere, en mi opinión, una detenida fase de estudio y de investigación. Deben, en ella, ser objeto de un análisis minucioso las legislaciones extranjeras afines y más representativas, pero con la comprobación de su funcionamiento efectivo y no olvidándose en ningún momento la base sociopolítica, jurídica y criminológica sobre la que se mantienen. Ha de examinarse nuestro Derecho histórico y el positivo vigente en su totalidad, porque sólo partiendo del exhaustivo conocimiento de éste es factible iniciar con posibilidades de éxito el intento de reforma. Finalmente, resulta imprescindible investigar la realidad criminológica de nuestra delincuencia militar como única forma de establecer unos principios válidos sobre los que fundar los criterios de política legislativa a seguir en la reforma.

Sólo así, evitándose la improvisación a que parece abocar el plazo establecido en la ley, podría conseguirse una auténtica renovación de nuestra legislación penal militar y, con ello, un Código que responda plenamente a las actuales exigencias de la realidad jurídicopenal militar española.

FRANCISCO
· O · T · U · T · I · S · M · I ·
· D · E · V · I · T · O · R · I · A ·



SECCION DE
DERECHO
MILITAR