



**REVISTA
ESPANOLA
DE
DERECHO MILITAR**

**ESCUELA DE ESTUDIOS
JURIDICOS DEL EJERCITO**

Servicio de Investigación y Publicaciones

Revista española de Derecho Militar

CONSEJO ASESOR

Don FRANCISCO JIMENEZ JIMENEZ, *General Consejero Togado*. Don JOSE MARIA DAVILA, *Ministro Togado de la Armada*. Don FRANCISCO LOUSTAU FERRAN, *General Auditor del Aire*. Don JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA, *Catedrático de Derecho Penal*.

DIRECTOR

Don JOSE LUIS FERNANDEZ-FLORES, *General Auditor del Ejército, Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado*.

SECRETARIO

Don DAVID ADAN HERRERO, *Coronel Auditor del Ejército*.

SECRETARIO ADMINISTRACION

Don JOSE MARIA SANCHEZ SILVA, *Capitán Auditor del Ejército*.

CONSEJO REDACCION

Don BALBINO TEIJEIRO PIÑON, *Coronel Auditor del Ejército*. Don JUAN GOMEZ CALERO, *Coronel Auditor del Ejército*. Don FERNANDO DE QUEROL LOMBARDELO, *Coronel Auditor de la Armada*. Don JOSE LUIS RODRIGUEZ VILLASANTE, *Coronel Auditor de la Armada*. Don FRANCISCO SANCHEZ DEL RIO SIERRA, *Coronel Auditor del Aire*. Don MIGUEL SAENZ SAGASTA DE ILURDOZ, *Teniente Coronel Auditor del Aire*.

CORRESPONSALES

Ejército del Tierra

1.º R. M. Don EMILIO DE MIGUEL ZAMORA, *Teniente Coronel Auditor del Ejército*. **2.º R. M.** Don ANTONIO MILLAN GARRIDO, *Capitán Auditor del Ejército*. **3.º R. M.** Don JOSE LUIS PALAU GIMENO, *Comandante Auditor del Ejército*. **4.º R. M.** Don ANTONIO MARTI COLL, *Coronel Auditor del Ejército*. **5.º R. M.** Don EDUARDO MONTULL LAVILLA, *Teniente Coronel Auditor del Ejército*. **6.º R. M.** Don GONZALO GUTIERREZ LANZA, *Coronel Auditor del Ejército*. **7.º R. M.** Don JOSE MUÑOZ SANCHEZ, *Coronel Auditor del Ejército*. **8.º R. M.** Don ADOLFO SEIRULO GARCIA ALVAREZ, *Comandante Auditor del Ejército*. **9.º R. M.** Don JOSE PEREZ SERRABONA SANZ, *Coronel Auditor del Ejército*. **Baleares** Don EDUARDO CALDERON SUSIN, *Comandante Auditor del Ejército*. **Canarias** Don JUAN LOPEZ-MONTERO VELASCO, *Capitán Auditor del Ejército*.

Armada

Jur. Cent. Don ANTONIO MOZO SEOANE, *Comandante Auditor de la Armada*. **Z. M. Medit.** Don JOSE RAMON FERNANDEZ AREAL, *Coronel Auditor de la Armada*. **Z. M. Estrecho** Don EMILIO CORBACHO DOMINGUEZ, *Comandante Auditor de la Armada*. **Z. M. Canarias** Don DIEGO RAMON GANCEDO, *Teniente Coronel Auditor de la Armada*. **Z. M. Cantábrico** Don JOSE MANUEL ARMADA VADILLO, *Capitán Auditor de la Armada*.

Ejército del Aire

1.º R. A. Don JUAN MANUEL GARCIA LA BAJO, *Capitán Auditor*. **2.º R. A.** Don PEDRO MORCILLO GUTIERREZ, *Teniente Coronel Auditor del Aire*. **3.º R. A.** Don AMALIO RODA LOPEZ, *Comandante Auditor del Aire*. **Z. A. Canarias**, Don JUAN ANTONIO SENEN RAMIREZ, *Comandante Auditor del Aire*.

Precio de este núm. 1.000 ptas.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

NUMERO

43

MADRID
JULIO-DICIEMBRE
1984



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**

**GRAFICAS MAR-CAR, S. A.
ULISES, 95
28043 MADRID**

Revista española 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.

**ESCUELA DE ESTUDIOS
JURIDICOS DEL
EJERCITO**

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

DIRECCION POLITICA DE LA DEFENSA Y MANDO MILITAR

Pablo CASADO BURBANO
Comandante Auditor
Doctor en Derecho

SUMARIO

I. Planteamiento.—II. Precisiones conceptuales: 1. Defensa del Estado, política de defensa y defensa militar. 2. Dirección política y mando militar.—III. Los órganos superiores de la defensa en los regimenes de tipo liberal-democrático: 1. Referencias históricas. 2. Sistemas presidencialistas. 3. El sistema semipresidencial de la V República francesa. 4. Sistemas parlamentarios: A) Monarquías. B) Repúblicas.—IV. Derecho español: 1. Precedentes. 2. Régimen actual: A) Disposiciones legales básicas. B) Organos de dirección política de la defensa: a) el Rey; b) las Cortes Generales; c) el Gobierno; d) el Presidente del Gobierno; e) el Ministro de Defensa; f) órganos asesores y colaboradores: la Junta de Defensa Nacional, la Junta de Jefes de Estado Mayor y el Jefe del Estado Mayor de la Defensa. C) Organos de mando militar en sentido técnico: a) el Jefe del Estado Mayor de la Defensa; b) los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. V. Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO

Uno de los principios básicos que caracterizan a los regimenes políticos democráticos es el de «supremacía civil», o de subordinación del poder (organización) militar al poder (organización) civil (1). A este principio, que de modo explícito o implícito figura en los

(1) Vid. VERGOTTINI, Giuseppe de: *Derecho Constitucional Comparado*, Padova, 1981, trad. española, España-Calpe, Madrid, 1983, pág. 293.

Textos constitucionales, responde toda una adecuada articulación jurídica, tendente a garantizar que la orientación política de lo militar sea decidida exclusivamente por los correspondientes órganos políticos, reservando a los órganos militares la ejecución de las decisiones al respecto. Como un corolario de ese mismo principio, viene a ser la no interferencia de los órganos políticos en el ejercicio del mando efectivo de las fuerzas armadas, de forma análoga a lo que acontece en otros campos de la acción estatal, donde se distingue y separa lo que es propiamente político de lo que es administrativo en sentido estricto.

Como es bien sabido, a lo largo de la azarosa vida del Estado liberal-democrático, no ha sido fácil, por muchas y muy complejas causas, poner en práctica tal principio y su corolario. En la actualidad, aunque superados muchos de los tradicionales obstáculos, van apareciendo, sin embargo, nuevas dificultades. Por una parte, la sofisticación de la tecnología bélica y sus inmensas repercusiones económicas hace que las decisiones en materia militar sean, cada día, más especializadas y técnicas, por lo que resulta muy problemático un efectivo control civil, no ya para neutralizar la influencia de acusadas personalidades castrenses, sino para mantener a raya a formidables e informales complejos militar-industriales (2). Por otra parte, como consecuencia también de ese progreso técnico, no es sencillo, en ocasiones, aislar lo que es decisión de lo que es ejecución, siendo concebible, entre otras cosas, que los propios órganos políticos, accionando un simple dispositivo, realicen o lleven a cabo las mayores operaciones bélicas sin participación de militares.

Ante este estado de cosas, poco margen de maniobra queda para el jurista, quien, no obstante, debe esforzarse en delimitar las respectivas esferas de competencia y responsabilidad de cuantos intervienen en la materia e inspirar los adecuados cauces legales para que aquel principio, todavía válido y necesario, se plasme en la realidad.

Como vamos a tener ocasión de ver más adelante, la cuestión en nuestro Derecho ha sido especialmente polémica y, en nuestros días, no ha perdido interés, como lo prueba el hecho de que el legislador, en cumplimiento de un mandato constitucional (3), la ha regulado dos veces en poco tiempo, lo que supone un motivo más para justificar nuestro trabajo.

(2) Desde el final de la década de los 60, el tema ha originado copiosa literatura, especialmente tras la publicación por J. K. Galbraith de sus obras *The new industrial State* y *How to control the military*. Un extenso repertorio bibliográfico puede hallarse en HARRIES-JENKINS, G., y MOSKOS, C. C.: *Las fuerzas armadas y la sociedad*. London, 1981, trad. española, Alianza Editorial, Madrid 1984, especialmente págs. 86 y 127 y ss.

(3) Art. 8, 2: «Una Ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución».

II. PRECISIONES CONCEPTUALES

1. *Defensa del Estado, política de defensa y defensa militar.*

El estudio de la defensa del Estado puede abordarse desde muy distintos puntos de vista. El primero de ellos podría ser el de la defensa como uno de los fines primarios y esenciales del propio Estado. Efectivamente toda institución y, en general, todo ser vivo siente como primera necesidad o exigencia básica la de asegurar su permanencia, su supervivencia. En este sentido, el Estado, «entendido como forma política de una determinada sociedad, provee institucionalmente a esa finalidad de producirse y reproducirse asimismo como organización política», por lo que fin primario del Estado será «hacer permanente su misma cualidad de Estado mediante la institucionalización de una función esencial: la defensa» (4).

Difícilmente esta idea de la defensa como fin del Estado puede independizarse de la idea de la defensa como causa del Estado, en tanto que en el origen de éste encontramos, frecuentemente, la imperiosa necesidad de sus fundadores o promotores de proveer a su defensa, mediante el recurso a la unión. Esta exigencia, que suscita el estímulo necesario para la formación o el nacimiento de un Estado, se convierte en finalidad permanente una vez que se ha constituido éste. El fenómeno se hace visible y patente en los Estados de tipo federal o confederal, donde es preciso justificar las causas generatrices de la nueva organización estatal, lo que, muchas veces, queda reflejado en sus propias Constituciones (5).

Desde otra óptica, podría hablarse de defensa como función, en el sentido de la actividad que realiza el Estado encamina a la consecución de aquélla finalidad; actividad que, a su vez, revestiría múltiples dimensiones —jurídica, diplomática, militar, económica, etc.—, y que, en su conjunto o globalmente, sería difícilmente distinguible de la total actividad del Estado.

A este aspecto funcional, en el que la defensa sería medio y la seguridad fin, parece referirse nuestra reciente «Ley Orgánica por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar» (L. O. 6/1980, de 1 de julio, reformada por la L. O. 1/1984, de 5 de enero), donde, tras definirse la defensa nacional con criterios maximalistas —todos los medios contra todo tipo de agresiones (6)—, se ha-

(4) LOPEZ GARRIDO, Diego: «Función de defensa, poder de defensa y mando militar. Una aproximación conceptual», *II Jornadas de Sociología*, Asociación Castellana de Sociología, Madrid, 1983, p. 1.

(5) Vid. VERGOTTINI, G. de. *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale* Guiffré, Milano, 1971, pág. 4 y ss.

(6) Cfr. art. 2.

bla de ella como actividad constitutiva de un «conjunto armónico» que debe producir como fruto la «efectiva seguridad nacional» (7). Aunque tradicionalmente la defensa se haya entendido como circunscrita a la actividad destinada a garantizar la inmunidad frente a todo evento de peligro o lesión que pudiera producirse por acciones provenientes del exterior del Estado, lo que, en términos más restrictivos se denominaría «defensa exterior», no hay duda de que nuestro legislador ha optado por comprender, dentro del concepto de «defensa nacional», también la inmunidad frente a las agresiones internas. En este punto, parece seguir la tendencia, cada vez más extendida, de no hacer distinciones entre uno y otro tipo de agresiones, que en la realidad de hoy día se presentan frecuentemente confundidas (8).

Junto a estos puntos de vista y otros más, desde los que pudiera enfocarse la cuestión, nos vamos a referir, últimamente a la defensa como organización», es decir, al aparato, en definitiva burocrático, civil y militar y al conjunto de medios técnicos, que vienen confiados habitualmente a un Departamento ministerial llamado de Defensa, y que, fundamentalmente están afectos a aquélla función. Sin embargo, interesa destacar, siguiendo a Vergottini que «el concepto de defensa-organización emerge hoy en muchos de los textos constitucionales y en la casi generalidad de los textos legislativos conexo a la organización de las fuerzas armadas» (9). Podemos apreciar éste fenómeno incluso en la propia terminología al respecto, donde se ha producido una clara evolución que va desde los Ministerios de la Guerra hasta los de Defensa, pasando por los de los Ejércitos o Fuerzas Armadas, sin que por ello deje de ser cierto que el núcleo fundamental de esa Administración siga siendo lo que, en términos usuales, se entiende por la temática militar, orientada fundamentalmente hacia la defensa exterior. Con independencia de las múltiples cuestiones que pueda plantear todo problema de límites, podemos concluir que si bien los actuales Ministerios de Defensa pueden entender de materias no estrictamente militares, lo cierto es que todo lo militar viene atribuido a ellos.

Hasta aquí hemos expuesto, desde distintas perspectivas, lo que significa la defensa del Estado en términos teóricos, pero es preciso pasar a lo práctico, es necesario «hacer realidad la función de defensa, en un lugar concreto, en un momento concreto» (10). La defensa hay que actualizarla; hay que ordenar, orientar y coordinar todos esos medios personales y materiales de cara a la finalidad que han de cumplir y esa actua-

(7) Art. 3.

(8) Vid. LABRIOLA, Silvano: «Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel Diritto pubblico italiano», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, Roma, 1979, 4, pág. 905.

(9) VERGOTTINI, *Indirizzo...*, cit. pág. 11.

(10) LOPEZ GARRIDO, cit., pág. 7.

ción, ese ejercicio continuo de opciones, esa toma ininterrumpida de decisiones en orden a alcanzar los objetivos propuestos, es lo que podríamos denominar «política de defensa», que nuestro propio ordenamiento legal define como «parte integrante de la política general», siendo la que «determina los objetivos de la defensa nacional y los recursos y acciones necesarios para obtenerlos» (11).

Paralelamente a lo que nos ocurría al tratar los aspectos orgánicos de la cuestión, dentro de ese conjunto de la política de defensa, podríamos distinguir como parte esencial de la misma, como núcleo en torno al cual todo gira, la «política militar», también legalmente definida como componente esencial de la política de defensa», siendo la que «determina la organización, preparación y actualización del potencial militar, constituido fundamentalmente por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, teniendo en cuenta las posibilidades de la Nación en relación con la defensa» (12).

2. Dirección política y mando militar.

La puesta en marcha de toda esa acción defensiva del Estado requiere, como es lógico, la instrumentación de los correspondientes órganos, a quienes es preciso atribuir su respectiva esfera de competencia y su correspondiente cuota de poder y responsabilidad.

Esta exigencia queda enmarcada dentro de la problemática general del proceso de actuación del poder que se desenvuelve de muy diversas formas y a través de múltiples fases, encomendadas unas y otras a órganos distintos.

Así en el ámbito del poder ejecutivo, podemos distinguir entre «órganos políticos», «titulares de la función de orientación consistente en elecciones tendencialmente libres de condicionamiento, encaminadas a satisfacer las exigencias de la colectividad nacional» y órganos de la administración pública, «encargados de ocuparse de las decisiones administrativas y gestoras a adoptar bajo directrices del gobierno, pero respetando la ley aprobada por el parlamento, representante de la soberanía nacional» (13).

Para comprender mejor la materia, puede sernos útil la opinión de Goodnow, quien, en su empeño en distinguir entre la elaboración y ejecución de los programas políticos afirmaba: «Hay, pues, en todos los sistemas gubernamentales dos funciones primarias o últimas de gobierno, verbigracia, la expresión de la voluntad del Estado y la ejecución de

(11) Art. 4, 1.

(12) Art. 4, 2.

(13) VERGOTTINI, *Derecho...* cit. pág. 290.



ésta. Hay también, en todos los Estados, órganos separados, cada uno de los cuales se ocupa principalmente del cumplimiento de una de ambas funciones. Y estas funciones son, respectivamente, la Política y la Administración» (14).

No siempre resulta fácil, en la práctica, discernir netamente estas funciones. Con Friedrich, podríamos decir que política y administración no constituyen dos cosas enteramente aparte, distinguibles absolutamente, sino, más bien, dos cosas estrechamente relacionadas del mismo proceso; la política pública se está formando a medida que se va ejecutando y se ejecuta a medida que se establece; la política, como la administración, juega un papel continuado lo mismo en el renglón de la formación que en el de la ejecución, aunque haya, probablemente, más política en la formación y más administración en la ejecución» (15).

A pesar de sus posibles imperfecciones, esta diferenciación básica entre política y administración es aplicable a la actuación del poder público en relación con la defensa militar y a la estructura operativa preordenada para garantizarla que es el ejército. Así puede distinguirse entre una función de dirección y orientación de lo militar encomendada a órganos propiamente políticos y una función de ejecución y gestión encomendada a órganos propiamente administrativos.

Dentro de este último campo de ejecución y gestión y como un sector muy cualificado del mismo destaca el ejercicio del mando militar en sentido estricto, es decir, el mando de carácter técnico, el mando castrense por antonomasia. Nos vemos precisados a hacer esta cualificación, porque la palabra «mando» y sus derivados vienen utilizándose, también, en sentido político, cuando, por ejemplo, se habla de «mando supremo» o «alto mando», «jefe» o «comandante supremo», refiriéndose a funciones netamente políticas, ejercidas por órganos políticos, que no dejan de tener este carácter aunque, en ocasiones, especialmente en tiempo de guerra, puedan tener una incidencia muy directa en la conducción de las operaciones militares (16). Efectivamente, el ejercicio del mando técnico militar reúne los caracteres esenciales de la actuación de la administración pública —legalidad, imparcialidad o neutralidad, formalidad, ejecutoriedad, etc.—, pero en tal forma matizados que requiere una consideración y un tratamiento específicos (17).

(14) GOODNOW, F. J., «Política and Administration; 1900, cit. por FRIEDRICH, Carl J.: *Gobierno constitucional y democracia*, Trad. española a la 4.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, Vol. II, pág. 229.

(15) FRIEDRICH, cit., pág. 230.

(16) Esta distinción es puesta de relieve por la generalidad de la doctrina, pudiendo verse entre los ya citados a VERGOTTINI, *Derecho...*, pág. 297 y a LOPEZ GARRIDO, cit. pág. 8 y 9.

(17) Vid. GUAITA, Aurelio: *Administración pública y defensa nacional*, Estudios Administrativos, Madrid, 1961, pág. 21 y ss.

Como rasgos más acusados, nos interesa destacar aquí: la rigidez de su estructura jerárquica y la amplitud del margen de discrecionalidad.

La organización de los ejércitos es esencialmente jerárquica, estando perfectamente definidos, para todo momento y circunstancia, el lugar que cada uno de sus componentes ocupa y su ámbito de facultades y responsabilidad; los militares, en el cumplimiento de su servicio, están subordinados unos a otros según un orden jerárquico, quedando obligados los inferiores a obedecer a sus superiores en virtud de un vínculo mucho más fuerte y riguroso que el de la jerarquía administrativa civil y cualquier desobediencia lleva aparejada la imposición de severas sanciones disciplinarias e incluso penales a través de procedimientos sumarios y ejemplares. Se trata así de asegurar la comunicación y la ejecución de lo ordenado en todos los niveles, sin escisiones ni rupturas, entre los distintos eslabones de lo que tradicionalmente se llama cadena de mando.

Todo mando tiene el derecho de exigir obediencia de sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad; aunque todo superior es responsable de las órdenes que dé, éstas se desenvuelven en un amplio margen de discrecionalidad, debiendo ser obedecidas en tanto se refieran al servicio, no conduzcan manifiestamente a la comisión de un delito y revistan un mínimo de formalidad (18), quedando, por otra parte, los actos de mando militar excluidos de ulterior control judicial en vía contencioso administrativa (19).

III. LOS ÓRGANOS SUPERIORES DE LA DEFENSA EN LOS REGÍMENES DE TIPO LIBERAL-DEMOCRÁTICO

1. *Referencias históricas*

Dada la decisiva importancia de las facultades en materia militar, no es de extrañar que, en el tránsito de los regímenes absolutistas a los liberales, aflorase ya la cuestión en el capítulo referente a la división o separación de poderes, tanto el campo legal como en el doctrinal.

En los orígenes del constitucionalismo inglés podemos observar cómo, en el intento de hacer eficaces los frenos que intentaban ponerse

(18) Sin entrar en la problemática que plantea el tema de la obediencia en el ámbito militar, queremos dejar constancia de que estos criterios se hallan plasmados en la legislación penal y disciplinaria occidental y, en cuanto a nuestro Derecho, en los arts. 185, 12 del Código de Justicia Militar y 34 y 84 de las Reales Ordenanzas.

(19) Vid. TRILLO-FIGUEROA, Federico: «Discrecionalidad militar y Jurisdicción contenciosa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 20, Madrid, 1979, págs. 20 y 31.

al poder real, se proclamaba que «la formación y sostenimiento de un ejército en el reino, en tiempo de paz, sin el permiso del Parlamento, son contrarios a la ley» (20). El recelo con que los parlamentarios ingleses miraban al ejército permanente, como posible instrumento de opresión en manos del Monarca, no terminó con esa sola proclamación, por lo que sería preciso que cada año y solo por aquel año, el Parlamento legalizase la existencia del ejército (21).

Montesquieu, al formular la doctrina de la separación de poderes, en base a la experiencia política inglesa y al pensamiento de Locke, tras calificar la cuestión como uno de los puntos más importantes de la legislación, sostenía que al poder legislativo incumbía la facultad de establecer anualmente los ejércitos, si bien, una vez establecidos, su disposición y mando debían establecidos, su disposición y mando debían confiarse al poder ejecutivo (22).

Este criterio de distribuir o repartir las competencias en materia militar entre los poderes legislativo y ejecutivo se ha mantenido a lo largo de la evolución histórica del estado liberal, aunque se ha complicado al ir vaciándose de contenido los poderes de los Monarcas, como examinaremos más adelante.

2. *Sistemas presidencialistas*

En los llamados sistemas presidencialistas, la jefatura del Estado y la de Gobierno coinciden en una misma persona, siendo, quizá, el régimen político norteamericano el más representativo de ellos, muchas Repúblicas, especialmente latinoamericanas, han tomado o pretendido tomar modelo del mismo.

Históricamente, podría decirse que la figura del Presidente, en el constitucionalismo norteamericano, ha sido tomada de la figura del Monarca constitucional inglés de los inicios del liberalismo político, como titular, en exclusiva, del poder ejecutivo.

En lo que concierne a la materia militar, la Constitución de los Estados Unidos fue muy meticulosa, al deslindar lo que habría de ser competencia del Congreso, de lo que debería ser cometido del Presidente.

(20) Apto. 6 del Bill de Derechos, de 13 de febrero de 1689.

(21) Vid., entre otros, WADE, E.C.S. y GODFREY PHILLIPS, G.: *Constitutional and administrative law*, 9.ª ed. Longman, London, 1982, págs. 380 y ss.

(22) «Si la potestad legislativa estatuye, no cada año, sino para siempre, sobre la exacción de rentas públicas, corre riesgo de perder su libertad, porque la potestad ejecutiva cesará de depender de ella;... Lo mismo sucede si estatuye no cada año, sino para siempre, sobre las fuerzas de tierra y de mar... Una vez establecido el ejército no debe depender inmediatamente del cuerpo legislativo, sino de la potestad ejecutiva; lo que debe ser así por la naturaleza de la cosa, pues su incumbencia consiste más en acción que en deliberación», de *Del espíritu de las leyes*, Villapando, Madrid, 1820, T. II, pág. 55 y 56.

Al Congreso de los Estados Unidos se atribuirían, con carácter exclusivo, las facultades siguientes: «reclutar y sostener ejércitos, pero ninguna autorización presupuestaria de fondos que tenga ese destino será por un plazo superior a dos años»; «habilitar y mantener una armada»; «dictar reglas para el gobierno y ordenanza de las fuerzas navales y terrestres»; «disponer cuándo debe convocarse a la milicia nacional con el fin de hacer cumplir las leyes de la Unión, sofocar las insurrecciones y rechazar las invasiones»; y «proveer lo necesario para organizar, armar y disciplinar a la milicia nacional y para gobernar aquella parte de ésta que se utilice en servicio de los Estados Unidos» (23).

El Presidente, por el contrario, sería «comandante en jefe del ejército y la marina de los Estados Unidos y de la milicia de los diversos Estados cuando sea llamada al servicio activo de los Estados Unidos» (24).

Conforme a las previsiones constitucionales, el Presidente ha ejercido y ejerce una efectiva dirección de la política militar, disponiendo por sí y ante sí de los ejércitos, de sus mandos y de su preparación; son innumerables los precedentes en los que el Presidente, sin intervención decisoria de otros órganos ha asumido tal responsabilidad (25). Todo ello es coherente, por otra parte, con la concepción de la figura del Gobierno en aquel país, en el que los Ministros o Secretarios de Despacho son meros colaboradores del Presidente, dependiendo su influencia de su propia personalidad, no existiendo un Gabinete, como tal, en el que determinadas cuestiones decisivas son resueltas por mayoría de sus miembros. Ciertamente, el Despacho del Presidente cuenta con diversos centros u oficinas, como podría ser, en nuestro caso, el Consejo Nacional de Seguridad, todos ellos de carácter técnico y consultivo (26).

No quisiéramos cerrar este apartado sin aludir a la expresión de «comandante en jefe» que se atribuye al Presidente norteamericano, para hacer constar que la misma, a pesar de su apariencia, tiene, a nuestro juicio y al margen de lo simbólico o formal, un significado y alcance meramente político, en el sentido de dirección y orientación a que antes nos hemos referido y que no implica ejercicio de mando militar en sentido técnico.

3. *El sistema semipresidencial de la V República Francesa*

El sistema político francés es fruto o resultado de una larga evolu-

(23) Art. I, Sección 8.

(24) Art. II, Sección 2.

(25) Vid., entre otros, JIMENEZ DE PARGA, M.: *Los regimenes contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 464.

(26) *Ibid.*, págs. 470 y ss.

ción, que ha culminado en la configuración de una forma de gobierno genuina, que viene denominándose, con mayor o menor precisión, de carácter semipresidencialista.

En pura teoría, el régimen francés se sitúa dentro de los cánones de los regímenes parlamentarios, en cuanto que el Primer Ministro y los Ministros forman un Gabinete responsable ante al Asamblea Nacional, que puede forzarle a dimitir por un voto de desconfianza. Junto a ello, sin embargo, el Presidente de la República, el Jefe del Estado, es elegido ahora, mediante sufragio universal directo y posee unos poderes que exceden abiertamente de los de un Jefe de Estado en los regímenes parlamentarios tradicionales. El Presidente de la República preside los Consejos de Ministros, ya que el Gobierno solo puede ejercer su poder de decisión de manera colectiva, y tiene atribuidas, sin necesidad de refrendo, determinadas facultades; goza, también, de poderes excepcionales en casos de emergencia por él mismo apreciados, en los que frecuentemente se adoptan medidas militares (27).

Refiriéndose de modo expreso a la materia que nos ocupa, la Constitución establece que «el Presidente de la República es el Jefe de las Fuerzas Armadas» y «preside los consejos y las juntas supremas de la Defensa Nacional» (28). Junto a ello, el Gobierno, que determina y conduce la política de la nación, «dispone de la Administración y de las Fuerzas Armadas» y, a su vez, el Primer Ministro, que dirige la acción del Gobierno, es el «responsable de la Defensa Nacional», « nombra los cargos civiles y militares » y suple, en su caso, al Presidente de la República «en la presidencia de los Consejos y Juntas» a que hemos hecho referencia (29).

A partir de 1964, las facultades del Presidente de la República en materia militar se realzan todavía más, al ponerse en funcionamiento la «Fuerza Nuclear Estratégica», cuyo empleo se hace depender de la exclusiva voluntad del mismo; a tal fin, el propio Jefe del Estado dispone de una compleja red de comunicación —la red «Júpiter»— que le permite estar, en todo caso, informado de cualquier alerta eventual y de dar todas las órdenes pertinentes al mando de las fuerzas armadas (30).

Desde el punto de vista del mando técnico militar, es digno de resaltar el reforzamiento de la figura del Jefe del Estado Mayor de los Ejércitos, quien, a partir de 1982, puede asumir, sin necesidad de previo nombramiento y en toda circunstancia de crisis, el mando del conjunto de operaciones militares no nucleares, quedando bajo su autoridad los

(27) *Ibid.*, págs. 188 y ss.

(28) Art. 15.

(29) Arts. 20 y 21.

(30) Vid. COMAS, J.M y LABATUT, B.: «Los órganos superiores de la defensa nacional en Francia», *II Jornadas...*, cit. pág 8.

Jefes de Estado Mayor de los respectivos Ejércitos, apareciendo, por tanto, «como un generalísimo a título permanente, dotado de poderes y de medios suficientes para ejercer su mando, en caso de que una crisis limitada se presentará en tiempo de paz» (31).

4. *Sistemas parlamentarios*

A) *Monarquías*

Como hemos apuntado, en la evolución histórica del Estado liberal, se observa un progresivo vaciamiento de las originarias facultades del Monarca, en favor de órganos investidos, directa o indirectamente, por la confianza del electorado, concretamente en favor de un Gobierno dependiente de la confianza del Parlamento y bajo su control. Pues bien, en este proceso histórico, las facultades militares han tenido una especial relevancia. Así, se afirma que, cuando, en 1782, el rey inglés Jorge III aceptó la dimisión de su Primer Ministro, lord North, tras la derrota militar sufrida contra las Colonias norteamericanas, lo hizo, no porque hubiese perdido su confianza en él, sino porque consideró que no contaba ya con la confianza de los Comunes, dando con ello origen, «consuetudinariamente», al nacimiento de la llamada monarquía parlamentaria (32).

Efectivamente, en una primera fase, por estimarse que los asuntos militares se hallaban estrechamente ligados a los internacionales y quedar éstos en el ámbito de competencia propio de la Corona, los Monarcas europeos continuaron considerándose titulares del poder de disposición de ejércitos y armadas y de su mando supremo y así lo reconocieron los correspondientes Textos constitucionales. Paulatinamente y por razones contingentes, se fueron separando los campos de las relaciones internacionales y de lo militar, interviniendo el Parlamento en el primero, mediante la atribución de la facultad de ratificar los tratados, pero quedando todavía, como materia residual, en manos del Rey y sustraído al control parlamentario, lo relacionado con el mando y disposición de las fuerzas armadas. Durante un amplio periodo se vivió la «costumbre constitucional» de que el nombramiento de los ministros militares se hacía directamente por los Monarcas, recayendo siempre en miembros de la corporación militar y quienes, frecuentemente, invocaban su dependencia directa del Soberano a quien incumbía la prerroga-

(31) *Ibid.*, pág. 12.

(32) *Vid.*, entre otros, VERGOTTINI. *Derecho...* cit. pág. 707 y JIMENEZ DE PARGA, *cit.*, pág. 266.

tiva regia del mando. Hoy, sin embargo, puede decirse, que, consolidados plenamente los sistemas parlamentario-democráticos, estas facultades residuales han pasado, en términos generales, a manos de los Gobiernos y que sigue siendo difícil y problemático el efectivo control parlamentario sobre estos temas (33). No obstante, las Constituciones de las Monarquías europeas, con excepción de la danesa y de la sueca, siguen atribuyendo al Rey, nominalmente, el mando de las fuerzas armadas (34).

B) Repúblicas

En los regímenes parlamentarios republicanos, el punto de partida histórico es, obviamente, muy distinto, aunque sin embargo, la problemática de fondo pueda ser muy semejante a la de las monarquías.

La Jefatura del Estado, encarnada por el Presidente de la República ofrecía indudables ventajas para afirmar, en lo interno, la supremacía del «poder civil» y, en lo externo, para representar al Estado en las relaciones internacionales, por lo que no es de extrañar que muchas de las Constituciones republicanas, —especialmente las promulgadas inmediatamente después de la I Guerra mundial—, atribuyesen a aquél el mando supremo de los ejércitos. El alcance de esta atribución no solía rebasar el carácter de honorífico o formal y, en ningún caso comprendía la posibilidad de ejercicio del mando en sentido técnico (35),

Tras la II Guerra mundial, la Constitución italiana de 1947, establece que el Presidente de la República «tendrá el mando de las Fuerzas Armadas, presidirá el Consejo Supremo de Defensa constituido con arreglo a la ley y declarará el estado de guerra si lo acuerdan las Cámaras» (36). En el contexto del sistema político italiano, estas funciones presidenciales exceden de lo meramente honorífico y como señala Labriola, «la potestad de mando del Presidente parece constituirse como reafirmación específica de la responsabilidad formal del Jefe del Estado, dirigida a garantizar que los actos dispositivos de la fuerza armada no sean realizados con fines partidistas, sino en interés de toda la República, en la tutela de la seguridad externa del Estado y en el respeto de los valores constitucionales expresamente sancionados, entre los que merece particular mención el de la prohibición de toda guerra no defensiva» (37).

(33) Es una de las cuestiones implícitas en la problemática de los complejos militar industriales. Vid. Nota 2.

(34) Vid. LAFUENTE BALLE, J.M.: «Atribuciones del Rey», en *Constitución española de 1978 (Comentarios a las Leyes Políticas)* Edersa, Madrid, 1983, T. V., pág. 288.

(35) Vid. VERGOTTINI, *Indirizzo...*, Cit., págs. 189 y 190.

(36) Art. 87, 9.

(37) LABRALA, cit., pág. 913.

Especialmente polémica es en la doctrina italiana, la posición del Presidente de la República como Presidente del Consejo Supremo de Defensa. Este Consejo, regulado en 1950, se halla compuesto, además, por el Presidente del Consejo de Ministros, en calidad de vicepresidente, los Ministros mas relacionados con la Defensa (Exteriores, Defensa, Interior, Hacienda, Presupuesto e Industria) y el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y, entre sus atribuciones figura la de fijar las directrices políticas en materia de defensa nacional, sustrayendo tal función del Gobierno y, por tanto, del control del Parlamento, que no tiene ninguna relación con aquél (38).

Situación muy distinta era la de la IV República francesa, cuya Constitución se limitaba a decir que el Presidente de la República «ostenta el título de Jefe de los Ejércitos», situándole en una posición meramente honorífica (39).

La Constitución de la República federal de Alemania de 1949, enmendada en 1956, precisamente para incluir en la misma las disposiciones relativas a la materia de defensa, atribuye al Ministro federal de Defensa el ejercicio de «la jefatura y el mando de las Fuerzas Armadas» y en el caso de que se declare el «estado de defensa» (en los supuestos en los que el territorio federal estuviese siendo atacado por las armas o se hallase bajo la amenaza directa de tal ataque), tales jefaturas y mando «pasarán al Canciller federal» (40). La utilización de estos términos de «jefatura» y «mando» pretende dejar bien sentado que aquí sí que se da una conciencia entre la dirección política y el mas alto eslabón de la cadena de mando técnico, que se atribuyen a un solo órgano (41).

IV. DERECHO ESPAÑOL

1. *Precedentes*

La evolución que puede observarse en la Historia española contemporánea es similiar a la de los países de su entorno europeo y la multiplicidad y variedad de los sistemas políticos que se han sucedido, con la consiguiente repercusión en el tema que nos ocupa, hacen que la aproximación histórica al mismo en nuestro país revista un especial interés.

(38) Pueden verse abundantes referencias en BONANNI, Massimo: «Tecnoestructura militar y control político hoy», en *El poder militar en Italia*, Bari, 1971, Trad. española, Fontanella, Barcelona, 1973, págs. 82 y ss.

(39) Art. 33.

(40) Arts. 65 a) y 115 a) y b).

(41) Los contenidos de estos términos corresponden a los más expresivos, en lengua alemana, de *Befehls* y *Kommandogewalt*, este último tradicionalmente atribuido al Jefe del Estado Mayor de los Ejércitos.

Podemos adelantar que en las etapas monárquicas, que cubrieron la inmensa mayor parte de aquel período, se aprecia el tránsito del período, se aprecia el tránsito de un régimen absolutista a otro constitucional, en sus modalidades de liberal y liberal-doctrinario, para concluir, en la actualidad, en un régimen parlamentario.

Todas nuestras Constituciones monárquicas decimonónicas consideraron al Rey como Jefe del Poder Ejecutivo, por lo que, en tesis de principio, habría que estimar que a él se atribuía la efectiva dirección política de las fuerzas armadas. Los distintos Textos legales, sin embargo, ofrecen ciertas matizaciones.

La Constitución de 1812 establecía como principales facultades del Rey las de «proveer todos los empleos civiles y militares», «mandar los ejércitos y armadas y nombrar los generales» y «disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga» (42). Una única limitación coartaba, en este campo, las amplias facultades del monarca y era la de que, fuera de su respectiva provincia, no podría emplear los Cuerpos de Milicias Nacionales, «sin otorgamiento de las Cortes» (43). Especialmente explícita era esta Constitución en cuanto a las facultades militares del órgano legislativo, al que asignaba las de fijar anualmente, a propuesta del Rey, las fuerzas de tierra y de mar y el modo de levantarlas y de establecer, por medio de las respectivas ordenanzas todo lo relativo a la disciplina, orden de ascensos, sueldos, administración y cuanto corresponda a su buena constitución (44).

Las Constituciones de 1837, 1845 y 1869 no atribuían, de modo expreso, el mando de los ejércitos al Monarca, aunque coincidían en facultarle para la disposición y distribución de los mismos (45).

Merece especial atención el período constitucional de la Restauración, no tanto por el Texto fundamental de 1876, que, en definitiva, reproducía los criterios de sus predecesores, incluyendo, en esta ocasión, expresamente entre las facultades del Monarca «el mando supremo del Ejército y la Armada» y la concesión de «grados, ascensos y recompensas militares con arreglo a las leyes» (46), sino más bien por la legislación ordinaria que desarrolló esta materia.

En un contexto político en el que, de hecho, se avanzaba hacia un

(42) Art. 171, 5.ª, 8.ª y 9.ª.

(43) Art. 365. El carácter de estas Milicias y el alcance de los preceptos constitucionales a ellas referentes, puede verse en CASADO, P.: *Las fuerzas armadas en el inicio del constitucionalismo español*, Ederse, Madrid, 1982, especialmente, págs. 165 y ss.

(44) Cfr. arts. 357, 358, 359 y 363.

(45) Art. 47, 5.º, 45, 5.º y 70, respectivamente. LAFUENTE BALLE hace notar que la atribución expresa del mando al Rey sólo aparece, en el constitucionalismo español, cuando la promulgación de la Constitución coincide con el reinado de un varón, en op. cit., pág. 287.

(46) Cfr. arts. 52 y 53.

sistema parlamentario, en el que cada vez más se hacía depender el Gobierno de la confianza de las Cámaras, la «Ley Constitutiva del Ejército», de 1878, y su «Adicional», de 1889, dieron un carácter muy peculiar a la institución castrense y destacaron y, en cierto modo, reforzaron las facultades militares del Rey, como queriendo sustraer, de la acción ordinaria del Gobierno y del posible control parlamentario, las cuestiones militares.

En estas Disposiciones se resaltaba que las facultades regias de mando supremo del Ejército y de la Armada y de disponer de uno y otra, previstas en la Constitución, correspondían «exclusivamente al Rey» (47); se preveía la posibilidad de que el Rey tomase personalmente el mando técnico de las fuerzas, en cuyo caso «las órdenes que en el ejercicio de dicho mando militar dictase, no necesitarán ir refrendadas por ningún Ministro responsable», pasando, en su caso, el correspondiente General en Jefe a desempeñar las funciones de Jefe de Estado Mayor General, firmando las órdenes del Soberano y responsabilizándose de su ejecución (48); se excluían, también, de la necesidad del refrendo, «las proclamas dirigidas por el Rey con cualquier motivo a las tropas», aunque la determinación de ponerse el Rey al frente de fuerzas del Ejército quedaba «siempre bajo la responsabilidad de los Ministros» (49); y, entre otras prerrogativas, se exigía la «aprobación directa y previa del Rey» para la concesión de los mandos de ejército, cuerpo de ejército, división, brigada y cuerpos, así como para la publicación, previos los trámites correspondientes, de las disposiciones referentes a sueldos, funciones y responsabilidad de todas las autoridades militares, generales, jefes, oficiales y asimilados (50).

En cuanto a los breves períodos republicanos de nuestra Historia, tanto el Proyecto de Constitución Federal de la Primera República, en 1873, como la Constitución de la II, en 1931 —en contextos políticos muy diferentes—, omitieron toda referencia expresa a las facultades militares del Jefe del Estado.

En el primer caso, se atribuía al Poder Ejecutivo de la Federación, ejercido por el Consejo de Ministros —cuyo Presidente, a su vez, sería designado libremente por el Presidente de la República—, la facultad de disponer de los ejércitos «para seguridad interior y defensa exterior de la Federación» y «del desempleo de las reservas siempre que sean llamadas por una ley» (51). La Constitución de 1931, que configuró

(47) Art. 4 de la Ley de 29 de noviembre de 1978.

(48) Art. 5 de la Ley de 1978 y 2 de la «Adicional», de 26 de julio de 1889.

(49) Art. 2 de la «Adicional».

(50) Cfr. arts. 6 y 12 de la Ley de 1878.

(51) Art. 72, 1.º y 2.º.

un poder ejecutivo «bipolar» o «dualista», en el sentido de que el Presidente del Gobierno debía contar con la confianza del de la República, además de la de las Cortes (52), no asignó de modo explícito ni a uno, ni a otro, aquellas facultades de mando o disposición de los ejércitos, aunque atribuyó al Jefe del Estado la de «ordenar las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación, dando inmediata cuenta a las «Cortes» (53) y al Presidente del Gobierno, la dirección y representación de la política general (54). Muy significativo fue en este campo, sin embargo, un Decreto del Gobierno Provisional, dictado poco después de la proclamación de la República, el 4 de julio de 1931, que, tras un extenso preámbulo en el que se distinguía entre las funciones de dirección y las de carácter técnico militar, se atribuía la máxima responsabilidad de ambas al Ministro de la Guerra, considerado «como jefe supremo del ejército», con «facultades plenas en orden al mando, gobierno y administración de las fuerzas, institutos y servicios militares» (55).

2. Régimen actual

A) Disposiciones legales básicas

Por primacía de rango, corresponde citar en primer lugar a la Constitución, como Código donde se configura la organización del Estado, donde se determinan las reglas fundamentales «para el establecimiento y función de los diferentes poderes y autoridades, así como el reparto de competencias» (56).

Nuestra Constitución de 1978 contiene escasas referencias expresas al tema que nos ocupa; en unos casos constituyen disposiciones de carácter inmediato —asignación al Rey del mando supremo de las Fuerzas Armadas (art. 62, h) o al Gobierno la dirección de la Administración militar y la defensa del Estado (art. 97), la necesidad de previa autorización de las Cortes Generales para que el Rey declare la guerra o haga la paz (art. 63,3) o para que el Estado se obligue por medio de tratados o convenios de carácter militar (art. 94, l, b) o el señalamiento de competencia exclusiva del Estado sobre defensa y Fuerzas Armadas (art. 149, l. 4.º)—, y, en otros, constituyen normas de reenvío a otras

(52) Cfr. art. 75. Sobre esta configuración, puede verse, entre otros, BENEYTO PEREZ, J.M. «La Monarquía parlamentaria» (Comentario introductorio al título II), en *Constitución...*, cit. pág. 15.

(53) Art. 76, d).

(54) Cfr. art. 87.

(55) Art. 1.

(56) PEREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 457.

disposiciones, como en los casos de las Leyes orgánicas que habrían de regular las bases de la organización militar conforme a los principios de la propia Constitución (art. 8,2) y los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes (art. 116, 1).

Ahora bien, junto a la importancia innegable de estos preceptos, no debemos olvidar que la Constitución es el marco obligado de referencia para interpretar todas las otras normas jurídicas referentes al tema y, en especial, para valorar, conforme a sus principios rectores, el alcance de las esferas de competencia y responsabilidad de los distintos órganos, dentro de un sistema global coherente.

En cumplimiento de aquellos mandatos constitucionales, se han promulgado ya la «Ley Orgánica por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar», a la que ya nos hemos referido y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio».

Finalmente nos quedan por mencFinalmente nos quedan por mencionar dos leyes de rango ordinario que inciden en el tema: la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de «Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas», que, aunque constituye «la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros», contiene normas relativas a las facultades del Rey, en materia de defensa nacional, ratificadas por la L.O. de Criterios Básicos (57), y la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de «Organización de la Administración Central del Estado», en lo que se refiere al Ministerio de Defensa y a los órganos superiores existentes en el mismo (58).

B) Organos de dirección política de la defensa

a) El Rey

Como hemos apuntado, la Constitución establece que corresponde al Rey «el mando supremo de las Fuerzas Armadas» (art. 62, h). Por su parte, la referida Ley Orgánica, dentro de su Título I, «De los órganos superiores de la defensa nacional», determina que «corresponden al Rey las funciones que, en materia de defensa nacional, le confieren la Constitución, las Reales Ordenanzas y las demás leyes y, en especial, el mando supremo de las Fuerzas Armadas (art. 5). Las Reales Ordenanzas, al proclamar que las Fuerzas Armadas «están exclusivamente consagradas al servicio de la Patria», destaca que lo están «bajo el mando supremo del Rey» (art. 2).

(57) Art. 1 de las RR.OO. y art. 5 de la L.O. de C.B.

(58) Cfr. arts. 1, 2 y 9, 4.

Junto a la atribución de este genérico «mando supremo», hallamos otros preceptos que se refieren a específicas facultades regias en materia militar, como pudieran ser: conferir los empleos militares con arreglo a las leyes (art. 62, f. de la Constitución), declarar la guerra y hacer la paz, previa autorización de las Cortes Generales (art. 63, 3 de la Constitución) y nombrar y relevar libremente a los miembros militares de su Casa (art. 65, 2, de la Constitución); presidir, cuando asista, la Junta de Defensa Nacional, órgano superior y consultivo en materia de Defensa nacional (art. 9, 1, de la L.O. de C.B.); y resolver en última instancia el recurso de agravios que, a todo militar, reconocen las Reales Ordenanzas (art. 201 de las RR.OO.).

¿Cuál es el alcance de estas facultades del Rey en materia militar, especialmente el de ese mando supremo, y la forma o modo de ejercitarse?

Los correspondientes debates parlamentarios, en los que se gestaron estos preceptos legales, no nos facilitan luz especial como para disponer de una interpretación auténtica de los mismos. Únicamente, merece destacarse, a nuestro juicio, que fue la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, la que, aceptando el espíritu de una enmienda del Grupo Socialista, introdujo en el texto del art. 5 de la Ley de Criterios Básicos, la referencia a las Reales Ordenanzas (59); que en el transcurso del debate de la reforma de esta misma Ley, fue por iniciativa de la Comisión de Defensa del Senado, aceptando parcialmente una enmienda del Grupo Popular, por la que se incluyó entre las funciones de la Junta de Defensa Nacional, la de que «asimismo podrá asesorar a su Majestad el Rey» (60); y que, a lo largo, de este mismo debate, se reiteró que, en nada quedaban alteradas las facultades del Monarca en materia de defensa, pese al reforzamiento, en este campo, de las figuras del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa, como tendremos ocasión de ver (61).

Por otra parte, la doctrina no es unánime al valorar el significado de ese «mando supremo». La cuestión, lógicamente, está íntimamente ligada a la problemática de la posición y funciones de la Corona en el marco de la forma política del Estado español que es «la Monarquía parlamentaria» (art. 1, 3, de la Constitución). Esta forma política carece de

(59) Vid. B.O. de las C.G., C. de los D., de 19 de febrero de 1980, núm. 72-1, 2, pág. 6.

(60) Vid. B.O.C.G., Senado, 20 de diciembre de 1983, núm. 78, pág. 2.

(61) Vid. D. de S. del C. de los D., 29 novbre. de 1983, núm. 79, pág. 3827 y D. de S. del Senado, 22 de dicbre. de 1983, núm. 43, pág. 523, donde se contienen las oportunas referencias al tema, en los respectivos discursos del Ministro de Defensa, ante las Cámaras, en favor de la aprobación del Proyecto.

antecedentes similares en nuestro Derecho, como ya vimos, y aunque abunden los precedentes en la legislación comparada, lo cierto es que, en cuanto a este punto concreto, caben numerosas variantes y matizaciones, habiéndose reconocido la originalidad del sistema español de la Constitución de 1978 (62).

Un gran sector doctrinal entiende que este «mando supremo» atribuido al Rey tiene un carácter meramente simbólico o formal, conforme a criterios parlamentaristas puros, en el sentido de que la intervención real se limita, en todo caso, a suscribir lo decidido por órganos responsables (art. 64 de la Constitución). Junto a este argumento central, se esgrimen otros. Así, Alzaga Villaamil entiende que, admitiendo otra postura, se llegaría en último término a sostener que el Rey ejerce el mando efectivo, a la manera de los sistemas presidencialistas, lo que, a su vez sería incompatible con las facultades que la propia Constitución otorga al Gobierno de «dirigir la Administración militar y la defensa del Estado» (63). López Guerra resalta este carácter honorífico, exento de toda implicación práctica, incluso para justificar la presencia de las Fuerzas Armadas en la Constitución (64). Para Beneyto Pérez, se trata de «un mando simbólico que expresa tanto la integración en el Estado del estamento militar como la despolitización de las Fuerzas Armadas» (65). Posiciones similares comparten Entrena Cuesta, Aragón Reyes, Menéndez Rexach y Martínez Sospedra, entre otros (66).

Para Sánchez Agesta, sin embargo, «en esta competencia que se atribuye directamente al Rey, aunque no puede ejercitarse sin refrendo, parece que puede corresponderle una cierta iniciativa», lo que le lleva a sostener que, en caso de discrepancia y ante la insistencia regia, el órgano responsable se vería obligado a dimitir (67). Herrero de Miñón entiende que «no se trata de una atribución meramente simbólica de la Corona, como podría ser el que, en su nombre, se ejerciera la justicia,

(62) Vid., entre otros, BENEYTO PEREZ, cit., págs. 14 y ss.. En la doctrina extranjera, destaca la postura de VERGOTTINI calificando nuestro caso de «Monarquía presidencial», ya que «en cierto sentido los poderes del Rey se han estructurado, tomando como modelo los de un presidente de la República» (*Derecho...* cit., pág. 708).

(63) ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *La Constitución española de 1978. comentario sistemático*, Foro, Madrid, 1978, pág. 414.

(64) LOPEZ GUERRA, L.: *El Régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1982, citado por LAFUENTE, cit., pág. 289.

(65) BENEYTO PEREZ, cit., pág. 29.

(66) Vid. Las correspondientes referencias en LAFUENTE, cit., pág. 288 y ss..

(67) SANCHEZ AGESTA, L.: «Significado y poderes de la Corona en el Proyecto constitucional», en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 110.

sino de una atribución efectiva» y que, aunque esta competencia regia ha de ejercerse, como todas las demás, bajo refrendo, sin embargo, por tratarse de una competencia que se ha atribuido expresamente al Monarca, «esta exigencia de refrendo y consiguiente endoso de responsabilidad no puede interpretarse como una transferencia total de la decisión del Rey al Ministro refrendante, sino que exige que determinadas funciones públicas se realicen en un acto complejo donde concurren tanto la actividad del Rey como la actividad del Ministro»; consecuente con este planteamiento, Herrero de Miñón pone en duda la constitucionalidad de los preceptos de la Ley de Criterios Básicos, que atribuyen al Presidente del Gobierno la «dirección de la guerra», vaciando así de contenido las atribuciones en esta materia del Rey y del propio Gobierno (68). También Lafuente Balle, aun estimando que esta competencia regia es «preferentemente simbólica», considera que «puede tomar cierta dimensión efectiva» y que la dirección política de la defensa es «una corresponsabilidad del Rey y del Gobierno» (69).

Ciertamente, se hace difícil admitir que el «mando supremo» atribuido al Rey tenga un carácter meramente simbólico, no solo por razón de la expresión utilizada por la Constitución, sino por la reiteración que de esa misma atribución se hizo y se ha hecho en las Ordenanzas y en la Ley Orgánica de Principios Básicos, lo que resultaría notoriamente exagerado si la voluntad del legislador no hubiera sido otra que la de otorgar una primacía de honor, que, a todas luces y en todos los campos, resulta obvia. Es también de destacar, en este mismo sentido, el hecho de que esa misma Ley Orgánica, en su versión reformada de 1984, establece que la Junta de Defensa Nacional «podrá asesorar a Su Majestad el Rey», lo que implica el reconocimiento de cierta capacidad decisoria del Monarca en materia de Defensa Nacional, cuando se le asigna un órgano asesor, ya que, en caso contrario, carecería de razón de ser tal adscripción.

Frente a estos argumentos, nos encontramos con la rotundidad con que es afirmado el carácter parlamentario de nuestra Monarquía y la necesidad de que los actos del Rey han de ser refrendados por un órgano responsable, plenitud de responsabilidad que debe llevar aparejada plenitud de facultades decisorias. Junto a ello, hay que tener en cuenta que la repetida Ley Orgánica, al señalar explícitamente las facultades de las Cortes, el Gobierno, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa en esta materia, lo hace de un modo tan minucioso y exhaustivo, como veremos más adelante, que es difícil imaginar otras reservadas a órganos distintos.

(68) HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: «El Rey y las Fuerzas Armadas», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 7, Madrid, 1980, pág. 51.

(69) LAFUENTE. cit., pág. 290.

A la vista de estas argumentaciones entendemos que no puede ser exclusivamente honorífico ese «mando supremo» de las Fuerzas Armadas asignando al Monarca y que, por otra parte, tampoco le corresponden facultades decisorias que puedan hacerse efectivas sobre competencias determinadas y específicas en materia militar o de defensa nacional.

¿Dónde, entonces, situar el ámbito de actuación y su cauce pertinente para que ese «mando supremo» se haga realidad eficaz? Creemos que es en la esfera de actuación del Rey, como árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones —que le atribuye expresamente la Constitución (art. 56, 1)—, donde, precisamente en aras de la defensa nacional, se hallará adecuado campo para esa acción, que, en cada circunstancia, requerirá el cauce más propicio. Efectivamente, es ahí donde encontrará firme apoyo la habitual práctica regia de dirigir mensajes a las Fuerzas Armadas, en ocasiones dotados de una fuerte significación política (70); es ahí donde se justificará la acción del Monarca, supliendo a otros órganos políticos, para guardar la Constitución en situaciones de extraordinaria emergencia, ya que la realidad demuestra que las previsiones legales para estos casos suelen ser insuficientes; es ahí donde radicará la razón de ser y donde se enmarcará el ejercicio por el Rey en todos aquellos actos relacionados con las Fuerzas Armadas y, en general, con la defensa y refrendados por el competente órgano responsable, participación cuya entidad es imposible medir o cuantificar, porque depende de la autoridad moral de quien indica o sugiere y no del ejercicio de la potestad de quien decide o veta.

Finalmente quisiéramos poner de manifiesto que estas facultades regias no implican, en modo alguno, ejercicio de mando militar en sentido técnico, por no existir para ello el correspondiente fundamento legal, a diferencia de lo que acontecía en el ordenamiento básico de la Restauración, como tuvimos ocasión de ver, y porque, en cualquier caso, este mando técnico, hipotéticamente ejercido por el Rey, quedaría subordinado a los pertinentes órganos de dirección política —Ministro de Defensa, Presidente del Gobierno, Gobierno—, lo que resultaría incompatible con el régimen orgánico previsto en la propia Constitución.

b) Las Cortes Generales

La Ley Orgánica de Criterios Básicos no contenía, en su Proyecto inicial, referencia expresa a la competencia del órgano legislativo en materia de defensa nacional y fue durante las deliberaciones de la Po-

(70) Vid. «Mensajes de S.M. el Rey Don Juan Carlos I a las Fuerzas Armadas», Publicaciones del Ministerio de Defensa.

nencia de la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, encargada de redactar el correspondiente informe, cuando se propuso hacer tal referencia, dando origen al que luego sería el art. 6.º, que no tiene otro alcance, a nuestro entender, que el de explicitar competencias de las Cortes que ya se hallaban reflejadas en la Constitución (71). Así, establece que las Cortes Generales «aprueban las leyes relativas a la defensa, los créditos presupuestarios correspondientes y ejercen el control de la acción del Gobierno y de la Administración Militar», otorgan las autorizaciones para «declarar la guerra y hacer la paz» y para «los tratados o convenios internacionales de carácter militar» y «debatirán las líneas generales de la política de defensa y de los programas de armamentos con las correspondientes inversiones a corto, medio y largo plazo». Al final de este mismo artículo se incluye un párrafo, cuyo destinatario mas bien parece ser el Gobierno, en el que se determina que «los efectivos totales de las Fuerzas Armadas y sus plantillas se ajustarán a las previsiones determinadas en las leyes especiales de dotación y a la Ley de Presupuestos, sin sobrepasar los límites que en ellas se fijen».

Conforme a las previsiones constitucionales, es al Congreso de los Diputados a quien, por mayoría absoluta y a propuesta exclusiva del Gobierno, compete la declaración del estado de sitio y la determinación de su ámbito territorial, duración y condiciones (art. 116, 4 de la Constitución), pudiendo dicha Cámara «determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar» (art. 35 de la L.O. de los estados de alarma, excepción y sitio).

c) El Gobierno

La Constitución, en cuanto a las facultades del Gobierno en el tema que nos ocupa, se limita a decir que aquél dirige la Administración militar y la defensa del Estado (art. 97). La L.O. de Criterios Básicos reitera esas facultades directivas de la Administración militar y añade que el Gobierno, «asistido por la Junta de Defensa Nacional», «determina la política de defensa y asegura su ejecución» (art. 7). Junto a esta competencia genérica, de otros preceptos de esa misma Ley se desprende que corresponde al Gobierno la aprobación del «Plan Estratégico Conjunto» y de los programas económicos y financieros (art. 10), así como el nombramiento, previas las oportunas propuestas, del Jefe del Estado Mayor de la Defensa y de los Jefes de Estado Mayor de los tres Ejércitos (arts. 11 bis, 2 y 12, 2), la organización militar del territorio nacional, de lo que debe dar cuenta a las Cortes (art. 32) y el establecimiento, en su caso, de zonas de defensa bajo Mando Unificado (art. 34).

(71) Vid. B. O. de las C.G., núm. 72-I, 2, cit., págs. 6 y 7.

Para situaciones de emergencia y, en concreto, declarado el estado de sitio, lo que se hace a propuesta del Gobierno, la correspondiente Ley Orgánica reguladora nos recuerda que éste «dirige la política militar y la defensa, de acuerdo con el art. 97 de la Constitución» y que, por tanto, «asumirá todas las facultades extraordinarias previstas», a cuyos efectos «designará la autoridad militar que, bajo su direccitoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera» (art. 33 de la L.O. de los estados de A., E. y S.). En tiempo de guerra, es también al Gobierno a quien compete la posibilidad de nombrar General Jefe del Mando operativo de las Fuerzas Armadas al Jefe del Estado Mayor de la Defensa (art. 11 bis, 3 de la L.O de C.B.).

d) El Presidente del Gobierno

La Constitución no atribuye de modo expreso al Presidente del Gobierno competencias en materia militar o de defensa, que, lógicamente, quedan englobadas dentro de la misión que se le asigna de dirigir y coordinar la acción del Gobierno (art. 98, 2 de la Constitución); Consecuente con ello, la Ley Orgánica de Criterios Básicos, en su redacción primera, de 1980, establecía que «el Presidente del Gobierno dirige y coordina la acción del mismo en materia de defensa», añadiendo que, «corresponde, asimismo, al Presidente del Gobierno, ejercer la dirección de la guerra, asistido por la Junta de Defensa Nacional» (art. 8). La inclusión de este último apartado referente a la «dirección de la guerra» fue cuestionada, tanto en el correspondiente debate parlamentario, como en el campo doctrinal, por entenderse que se sustraía de la competencia del Gobierno, en cuanto órgano colegiado, tan trascendente materia en relación con la defensa nacional, ya que es al Gobierno y no a su Presidente a quien incumbe la dirección de la defensa, conforme al art. 97 de la Constitución (72).

La reforma de 1984, en la línea de «potenciar y clarificar las capacidades de los órganos unipersonales de decisión y de autoridad» en materia de defensa y Fuerzas Armadas, considerados como mucho más eficaces y mucho más coherentes con la idiosincrasia castrense (73), ha dado un paso adelante, desglosando y especificando las competencias militares del Presidente del Gobierno, estimándolas implícitamente incluidas, a efectos de su fundamentación y respaldo, en la facultad de dirección de la acción del Gobierno que le atribuye la Constitución.

(72) *Ibid.*, págs. 8 y 9. Vid., también, HERRERO DE MIÑÓN, cit. pág. 55.

(73) Vid., especialmente, Discurso del Ministro de Defensa ante el Senado, ya citado, en el D. de S. del Senado, de 22 de diciembre, de 1983, pág. 2215.

A tal efecto, el art. 8 de la L.O. de Criterios Básicos, en su versión actual, establece que corresponde al Presidente del Gobierno «la dirección de la política de defensa», por lo que, «en consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas»; «la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar»; y asimismo, «define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los Ejércitos». También le compete la propuesta para el nombramiento de Jefe del Estado Mayor de la Defensa (art. 11 bis, 3).

Para el desempeño de estos cometidos, el Presidente cuenta con el asesoramiento de la Junta de Defensa Nacional y de la de Jefes de Estado Mayor, cuya presidencia ostenta, salvo en el caso de que a la primera de ellas asista el Rey (Cfr. 9, 11 y 11 bis).

Las facultades del Presidente en relación con los objetivos de la política de defensa son delegables expresamente en un Vicepresidente o, con carácter tácito y genérico, en el Ministro de Defensa (Cfr. art. 10).

Especial atención merece el hecho de que, en tiempo de guerra, el Presidente del Gobierno es el órgano de dirección política que enlaza directamente con el más alto eslabón de la cadena de mando militar en sentido técnico, ya que, en su caso, el General Jefe del Mando Operativo de las Fuerzas Armadas «ejercerá, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, la conducción de las operaciones militares» (art. 11, bis, 3).

e) El Ministro de Defensa

Otro de los grandes objetivos de la reforma de la Ley Orgánica de Criterios Básicos ha sido el de potenciar el Ministerio de Defensa, de corta historia entre nosotros, y la figura de su titular, sobre la idea, en cuanto a política militar se refiere, de que tal Departamento no puede ser el resultado de la superposición de los tres Ejércitos, «sino que debe ser mucho más que éste, debe ser el resultado de conjuntar los tres Ejércitos al servicio de los objetivos estratégicos de la defensa nacional» (74). Un valioso antecedente en este punto había sido la Ley de Organización de la Administración Central del Estado que distinguía, dentro del Ministerio de Defensa, los órganos de mando y dirección de la cadena de mando militar y los de defensa y política de defensa (art. 9, 4).

(74) *Ibid.*, pág. 2216.

Bajo este prisma se recoge en la L.O. de Criterios Básicos una serie interminable de competencias y funciones específicas de muy difícil sistematización. En un intento de síntesis, podríamos decir que el Ministro de Defensa dirige, por delegación del Gobierno, la Administración militar y, por delegación de su Presidente, ordena, coordina y dirige la actuación de las Fuerzas Armadas; que supervisa el estado de adiestramiento y eficacia operativa de las mismas y la enseñanza militar; que ejerce las facultades reglamentarias y disciplinarias que las leyes le asignan; que formula el Plan Estratégico Conjunto y que propone, dirige, coordina y ejecuta todo lo relativo a recursos personales y materiales, programación económica y financiera, investigación científica y técnica y acción social (Cfr. art. 10).

El Ministro de Defensa forma parte de la Junta de Defensa Nacional y cuenta con el asesoramiento de la Junta de Jefes de Estado Mayor, que preside cuando no asista a la misma el Presidente del Gobierno, y con la colaboración del Jefe del Estado Mayor de la Defensa (Cfr. arts. 9, 11 y 11 bis).

Finalmente, nos queda por destacar que, en tiempo de paz, el Ministro de Defensa es el órgano de dirección política que enlaza con el vértice de la cadena de mando técnico de cada uno de los tres Ejércitos, ya que «bajo la autoridad y directa dependencia» del mismo, los Jefes de Estado Mayor «ejercen el mando de sus respectivos Ejércitos» (art. 12, 1). Igualmente entendemos que enlaza directamente con el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, en cuanto éste ejerce los Mandos Unificados o Especificados (art. 11 bis, 7, c).

f) Organos asesores y colaboradores: la Junta de Defensa Nacional, la Junta de Jefes de Estado Mayor y el Jefe del Estado Mayor de la Defensa.

La Junta de Defensa Nacional es definida como «el órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de Defensa Nacional», pudiendo asimismo «asesorar a Su Majestad el Rey y al Presidente del Gobierno». A pesar de esta definición contenida en el apartado primero del art. 9 de la L.O. de Criterios Básicos en su versión reformada, lo cierto es que ese mismo precepto le atribuye facultades precepto le atribuye facultades que exceden de aquel carácter, como son el estudio y elevación al Gobierno de «las propuestas que estime oportunas en aquellos asuntos relacionados con la Defensa Nacional que, afectando a varios Ministerios, exijan una propuesta conjunta» y la asistencia al Presidente del Gobierno «en la dirección de la guerra», definición de grandes objetivos, distribución de fuerzas y provisión de las necesidades de los Ejércitos. El mismo artículo establece que la Junta «será presidi-

da por el Presidente del Gobierno, cuando no asista a la misma Su Majestad», entendiendo que queda a la discreción del Monarca tal asistencia, ya que, en otro caso, se habrían previsto las condiciones, como, análogamente, hace la Constitución, en el caso de la presidencia de las sesiones del Consejo de Ministros (Cfr. art. 62, g) de la Constitución); también determina sus componentes, que serán los Vicepresidentes del Gobierno, si los hubiera, el Ministro de Defensa, el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y los Ministerios competentes en las áreas de Asuntos Exteriores e Interior, así como aquellos otros que el Presidente del Gobierno considere oportuno.

La Junta de Jefes de Estado Mayor es el órgano colegiado de asesoramiento militar del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa, en todo aquello que se refiera a la evaluación y conducción estratégica de las operaciones militares y a las medidas necesarias para asegurar que los Ejércitos mantengan en todo momento la máxima eficacia operativa conjunta; está presidida por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, cuando no asista el Presidente del Gobierno o el Ministro de Defensa y está constituida por dicho Jefe y los Jefes de Estado Mayor de los tres Ejércitos, actuando de Secretario, con voz, pero sin voto, el Jefe del Estado Mayor Conjunto de la Defensa (Cfr. arts. 11 y 11 bis).

Independientemente del carácter de mando técnico militar que puede ejercer el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, al que nos referiremos más adelante, se define también este órgano unipersonal, configurado en la reforma de la L.O. de Criterios Básicos por primera vez, como «el principal colaborador del Ministro de Defensa, de quien depende orgánica y funcionalmente, en el planteamiento y ejecución de los aspectos operativos de la política militar» (art. 11 bis, 1).

C) Organos de mando militar en sentido técnico

a) El Jefe del Estado Mayor de la Defensa

En la primera versión de la L.O. de Criterios Básicos, la Junta de Jefes de Estado Mayor constituía «el órgano colegiado superior de la cadena de mando militar de los tres Ejércitos» (art. 11, 1), función que la reforma de 1984 no ha asignado, en tiempo de paz, a ningún órgano, ni colegiado, ni unipersonal. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, en tiempo de paz, únicamente ejerce el mando de los Unificados y Especificados, que se hayan establecido, pudiendo delegar tal mando en el Jefe del Estado Mayor que conviniera (art. 11 bis, 7, c). Entendemos que la condición, que al mismo se atribuye, de «más antiguo en su empleo, a todos los efectos, de las Fuerzas Armadas» no implica ejercicio de man-

do, aunque suponga primacía de rango y facultades disciplinarias (art. 11 bis, 4).

En tiempo de guerra, sin embargo, sí que está prevista la posibilidad de que este jefe del E.M. de la Defensa asuma la responsabilidad del mando único de las Fuerzas Armadas, siguiéndose con ello una práctica generalizada en los países occidentales (75) y así, se establece que «el Gobierno, en tiempo de guerra, podrá nombrar General Jefe del Mando operativo de las Fuerzas Armadas al Jefe del Estado Mayor de la Defensa, quien ejercerá, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, la conducción de las operaciones militares» (art. 11 bis, 4).

b) Los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire.

Como ya hemos visto, estos Jefes constituyen el eslabón más alto en cada uno de los tres Ejércitos y así se refiere a ello la misma Ley Orgánica, estableciendo que «bajo la autoridad y directa dependencia del Ministro de Defensa», tales Jefes «ejercen el mando de sus respectivos Ejércitos» (art. 12, 1).

V. CONCLUSIÓN

Tanto los cambios políticos, como los progresos técnicos inciden de manera decisiva en el modo y en la forma en que el Estado trata de satisfacer esa primera y esencial necesidad que es la de proveer a su propia defensa. Unos y otros se reflejan en la respuesta que los distintos ordenamientos jurídicos dan a la articulación de los órganos especialmente responsables de cumplir aquella misión, de acuerdo, en nuestra área occidental, con el principio de una efectiva supremacía civil.

La nueva realidad política española ha exigido profundos cambios en esta materia, mutaciones que, desde una perspectiva histórica, presentan rasgos análogos a las de otras habidas en países de nuestro entorno. Pieza clave de este proceso ha sido la Constitución de 1978 y las Leyes Orgánicas, relativas al tema, que la han desarrollado. De ellas se desprende la neta distinción y separación entre los órganos de mando militar en sentido técnico, ya que unos y otros ejercen sus respectivas facultades conforme a principios, en ámbitos y por métodos muy distintos. En este sentido, se ha dejado bien patente que, incluso en situaciones de grave emergencia, cuya apreciación corresponde a los órganos

(75) *Ibid.*, pág. 2215.

políticos, sean éstos quienes sigan ejerciendo aquellas facultades directivas.

En el marco de nuestra forma política de Monarquía parlamentaria, no exenta de matices genuinos, se atribuyen al Rey, en esta materia, no solo facultades de preeminencia formal, sino también arbitrales y moderadoras, que, a nuestro juicio, no pueden traducirse en competencias tasadas o específicas, pero que se manifiestan de muy diferentes formas y en muy diversas ocasiones (mensajes a las Fuerzas Armadas, presidencia de la Junta de Defensa Nacional, intervenciones directas para guardar la Constitución en circunstancias de necesidad, especial valoración de la participación regia en los actos refrendados relativos a estos temas, etc). Se ha potenciado la figura del Presidente del Gobierno, quién, en tiempo de guerra, ha de asumir personalmente la dirección inmediata de ésta, si bien, en tiempo de paz, las funciones presidenciales de defensa se delegan, sustancialmente, en el Ministro del ramo, cuya posición de enlace directo con el vértice o vértices de la cadena de mando, también, se destaca.

En cuanto al ejercicio del mando militar en sentido estricto, se ha optado por órganos superiores unipersonales, frente a anteriores criterios. En tiempo de guerra podrá encomendarse al Jefe del Estado Mayor de la Defensa la responsabilidad del mando único de las Fuerzas Armadas. En tiempo de paz, a este propio Jefe incumbe, en su caso, el mando de los Unificados y Especificados y a los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire el mando de sus respectivos ejércitos.

Entendemos que estos planteamientos responden adecuadamente a las necesidades hoy sentidas y que los textos legales que han desarrollado la Constitución han respetado, en lo esencial, su espíritu, aunque, ciertamente, algunos de sus preceptos no se hallen debidamente coordinados o no ofrezcan la deseable claridad, lo que puede hacer más difícil y, a la vez, mas necesaria su interpretación armónica y coherente, labor a la que, aquí, hemos pretendido contribuir.

EL TESTAMENTO MILITAR: SU REALIDAD Y SU FUTURO

Eduardo GUTIERREZ-SOLAR Y BRAGADO,
Doctor en Derecho. Comandante Interventor
Profesor de Derecho Civil en la Universidad Complutense

I. PLANTEAMIENTO

La seguridad jurídica, como idea sustentadora del ordenamiento jurídico, no es un principio al que sólomente deba atenderse en circunstancias sociales de normalidad; por el contrario la seguridad jurídica es sentida como una necesidad más palpable en situaciones sociales extraordinarias en las que los individuos toman decisiones en la esfera personal o económica que bien pudieron ir demorando ante la falta de un motivo apremiante. La necesidad de formalizar fehacientemente esas decisiones requiere unos cauces particularmente cuidadosos de la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, acomodados a las peculiaridades de la situación que, normalmente, será poco proclive a las exigencias formales más propicias de momentos de sosiego y normalidad. (1).

En circunstancias de guerra o de situaciones de grave alteración social no resulta posible observar las solemnidades testamentarias previstas por el legislador para los testamentos comunes. El redactor del Código Civil, sin duda haciéndose las anteriores consideraciones, previó como especial una forma testamentaria, el testamento militar, que permite al disponente, que se encuentra en circunstancias impeditivas del

(1) GUTIERREZ-SOLAR, E. «La Fe Pública Extranotarial». Madrid, 1982, pág. 93.

ejercicio de la función autorizante de los notarios, manifestar su voluntad por causa de muerte con plenas garantías de autenticidad para quien posteriormente va a decretar su eficacia.

También hay situaciones de normalidad social en que resulta necesario establecer un cauce adecuado para la eficaz disposición por causa de muerte. En tiempo de paz respecto de fuerzas expedicionarias participes en maniobras o alianzas internacionales o, en territorio español, en aquellos casos en que las particularidades de la organización y actividad castrense impiden al individuo acudir a un Notario o a éste penetrar en un establecimiento o zona militar.

Lo señalado en los dos párrafos anteriores permite dejar ya constancia, sin perjuicio de ulteriores precisiones, de un hecho para mí indudable: la institución del testamento militar continúa teniendo plena actualidad y, si se pensase en una modificación de su regulación en el Código Civil, siempre deberá inclinarse el tratamiento de ella hacia la ampliación de los supuestos en que puede ser utilizada.

Una conveniente sistemática del presente estudio exige un análisis de la realidad legislativa, es decir de los artículos 716 al 721 del Código Civil, para posteriormente considerar los posibles criterios que, entiendo, deben presidir una previsible reforma de unos preceptos que, desde la promulgación del Código han permanecido inalterables.

La especialidad de las circunstancias en que puede otorgarse y de las personas que pueden otorgarlo llevó consigo la peculiaridad de la forma de su autorización, ya que el testamento militar no puede ser autorizado por el Notario, pues sería necesario constituir un cuerpo tan numeroso que permitiese garantizar la expresión de las últimas voluntades en el momento y lugar en que quisieran ser manifestadas. Es deber del Notario la residencia y su competencia se limita a un territorio; sería necesario, salvado el problema del número, modificar estas cualidades tan arraigadas en la figura del notario.

La Ley no ha querido que el militar, en circunstancias realmente extraordinarias, hubiera de resignarse a no disponer de sus bienes para después de su muerte, y previniendo las contingencias a que halla expuesto y a fin de no negarle en ningún momento los derechos que los demás ciudadanos ostentan, permite que pueda prescindirse del Notario.

El autor del Código Civil, ante las circunstancias extraordinarias en que se dan los testamentos militares, ha dado toda clase de facilidades para su otorgamiento, empezando por la no exigencia de concurrencia de Notario, hasta llegar a las facilidades sumas del artículo 720; pero del espíritu que dimana de la sección séptima se desprende que ha considerado como supuesto más cercano al de un testamento otorgado ante Notario en una situación de normalidad social, el testamento ante el

Comisario de Guerra, hoy día Interventor Militar, pues solamente hace a él referencia como actuante de funciones notariales señalando esta circunstancia expresamente.

II. NATURALEZA

Los criterios de clasificación de las formas testamentarias no comunes no son unánimes. La categoría de alguno de los defensores de otras clasificaciones distintas de la legal (2) obliga a detenernos en este punto.

Aunque el Código Civil, en su artículo 677, afirma que se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero, la equiparación de éste último a los otros dos no es exacta por lo menos en parte. En efecto, bajo la rúbrica de la Sección IX, del Título III, del Libro III, «Del testamento hecho en país extranjero», el Código regula dos formas testamentarias. Una, la del 732, que supone la observancia de la regla histórica tradicional «locus regit actum», es decir, el otorgamiento de un testamento por español en país extranjero siguiendo las solemnidades previstas en las leyes de ese país. Es una concreción de la regla general de seguimiento del estatuto formal en la realización de cualquier acto jurídico, que, como tal regla general, ha sido reconocida desde tiempo inmemorial en todos los ordenamientos jurídicos y que, en el nuestro, inspira el artículo 11 antes de la reforma del Título Preliminar de 1974 y después de ella.

La otra posibilidad que ofrece dicha Sección IX es la de otorgar testamento el español que se encuentra en país extranjero siguiendo las formalidades establecidas por la legislación española pero actuando como autorizante el Agente diplomático o consular; fórmula prevista en el artículo 734.

Estas dos maneras de disponer «mortis causa» en el extranjero, más que una tercera forma especial de testar, constituyen la regulación del derecho de los españoles a expresar con eficacia unas postreras voluntades fuera de España. Como ha dicho un importante sector de la doctrina (OSSORIO, CASTAN, LACRUZ, etc.) en realidad, más que una

(2) CASTAN distingue entre testamentos especiales y excepcionales, llamando especiales a los que exigen mayores formalidades que los comunes —testamento del loco en intervalo lúcido, del ciego, del mudo, hecho en lengua extranjera— y excepcionales a los que permiten prescindir de algunas formalidades, incluso de la presencia del Notario, como ocurre con el marítimo, el otorgado en país extranjero, en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia. A este segundo grupo pertenece el testamento militar. CASTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil Español, Común y Foral, t. VI, vol. II, Madrid, 1979, págs. 24 y 25.

forma especial de testar, el contenido de la Sección IX constituye la regulación de la testamentifacción de los españoles en el extranjero.

Siendo exageradamente respetuoso con la calificación del legislador, a lo más que llevo es a considerar como testamento especial la forma de testar del 734, es decir, la autorización por Agente diplomático o consular de un testamento otorgado en país extranjero conforme a la legislación española. La posibilidad que establece el artículo 732 de testar sujetándose a las leyes del país en que el español se halle, no es sino, insisto, una manifestación o aplicación más de la regla general de sometimiento al principio tradicional «locus regit actum» vigente en la realización de todo negocio jurídico. Una regla concreta —la del 732— concorde con la regla general —la del artículo 11—; un precepto específico conforme con la prescripción general malamente puede ser tildado de especial en cuanto opuesto a ordinario o común.

Y ya creo forzado admitir como especial la forma testamentaria del 734 pues en realidad, la única especial de este testamento radica en la persona del autorizante que no es el fedatario ordinario, es decir el Notario, sino un fedatario especial como es el *Cónsul*. Parecido es el esfuerzo que tengo que realizar para considerar como especial una de las variedades del testamento militar, la del 717 ante Comisario, hoy Interventor Militar, pues en ambos supuestos el autorizante especial, como señala expresamente el legislador, ejerce funciones de Notario, hace las veces de Notario, y se observan las solemnidades de los testamentos comunes. Pero aún existe una diferencia entre éstos dos testamentos.

En efecto, los testamentos del 717 y del 734 sólo pueden ser equiparados calificándolos de especiales si consideramos que lo que caracteriza a los testamentos especiales es que en ellos se prescinde del fedatario público por excelencia: el Notario. Entre ambas formas testamentarias, calificadas legalmente como especiales, hay una característica diferenciadora: las circunstancias de tiempos en que se dan. El testamento ante Interventor Militar en momentos de grave alteración social por circunstancias bélicas. El testamento ante Cónsul en situación de tranquilidad y normalidad social.

Por ello, apartándome de la clasificación legal, solamente entiendo son testamentos especiales el militar y el marítimo. En efecto, en estos dos testamentos a la especialidad de la figura del autorizante, se une la concurrencia de especiales circunstancias de tiempo y lugar. Así sucede con el testamento militar en el que no interviene Notario por razón de tiempo —de guerra—y lugar —en campaña—. Así acaece en el testamento marítimo en el que concurre la circunstancia de tiempo —durante la navegación— y de lugar —a bordo—.

III. REQUISITOS

A) *Subjetivos*

El carácter de privilegio para la clase militar que en otras épocas el testamento militar tuvo, ha desaparecido en el Código Civil (3) pues este Cuerpo legal no reserva el testamento militar a los que han elegido la carrera de las armas.

El fundamento de la institución se halla en la situación de peligro que supone el estar en tiempo de guerra y en campaña. Por tanto, toda persona que se encuentre en esa comprometida situación, podrá servirse de una forma de disponer de sus bienes por causa de muerte mucho más simplificada y adecuada a las circunstancias, y le estará vedada a quien no corra riesgo, como puede ser el militar que está en retaguardia. Abona esta interpretación la referencia como posibles otorgantes, incluida en el párrafo primero del 716, a los individuos que sigan al ejército. Debe afirmarse que pueden usar el testamento militar cualesquiera personas que compartan, aunque no sea por su voluntad, la suerte de una fuerza armada.

B) *Temporales*

El artículo 716 del Código Civil comienza diciendo cuándo es posible el testamento militar al hablar de tiempo de guerra.

La frase «en tiempo de guerra» adolece de cierta imprecisión. No es necesario que la guerra conste declarada, pues, de admitir lo contrario, llegaríamos a indudables absurdos. Podría presentarse el caso de que una disposición testamentaria otorgada «en tiempo de guerra» hubiera precedido a la declaración de ésta, y dándose la circunstancia de riesgo real, hubiera de declararse la nulidad del testamento por una cuestión formal.

Por el contrario, si declarada la guerra no subsigue la lucha, la disposición testamentaria se ha dado en tiempo que verdaderamente no puede calificarse de «guerra».

La declaración formal de guerra no puede tener lugar en una civil y el interviniente corre el mismo peligro que en una guerra internacional. Por otra parte cabe preguntarse si una sublevación interna, que obliga al empleo de fuerzas militares, puede estimarse que es caso de guerra, a lo cual de acuerdo con el espíritu del precepto, habría que contestar

(3) PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil Español*, t. IV, vol. II, Barcelona, 1966, pág. 1.210.

afirmativamente, ya que el presupuesto de hecho, entiendo, previsto por el legislador ha de interpretarse extensivamente.

Por este criterio interpretativo, al supuesto de haberse declarado oficialmente la guerra o de participar tropas españolas en una guerra ya declarada se equipara la declaración de estado de guerra hecha en consideración a un inminente peligro exterior o interior, sin perjuicio de que la ausencia de operaciones lleve consigo la falta del requisito «estar en campaña». Es evidente que la declaración de guerra ha caído en desuso, por las ventajas que proporciona la sorpresa. En las contiendas civiles no hay previa declaración del estado de guerra. En estos casos, lo frecuente es que haya una declaración a posteriori, bien explícitamente, bien resulte indirectamente de algunas leyes o disposiciones.

C) De lugar

El artículo 716 utiliza una doble expresión: «tiempo de guerra» y «en campaña».

Será, por tanto, necesaria la concurrencia de un elemento temporal, como es que la situación social reinante esté gravemente alterada que exista de hecho un estado de guerra. Pero aun es ese estado de gravísima anormalidad social es preciso que concurra una circunstancia de lugar: que el otorgante, por su situación dentro del emplazamiento de la conflagración o lucha, se encuentre impedido de acudir a notaría y se vea amenazado en su integridad física tan gravemente y de manera tan inmediata que no pueda utilizar la forma común ológrafa.

Esta concurrencia de ambas circunstancias es lógica, pues podría ocurrir que, aun en tiempo de guerra, pudiera encontrarse uno de los posibles otorgantes señalados en el artículo 716 alejado del teatro de la lucha y en condiciones de acudir a un Notario.

Lo que pudiera considerarse es que, siendo tan vago el concepto “tiempo de guerra”, no dándose hoy día declaraciones formales de guerra y existiendo situaciones como las de guerras locales subversivas y otras parecidas, que encontrarían su encaje formal en un estado o tiempo de guerra, lo que nos da la esencia de la posibilidad de utilización del testamento militar es el estar en campaña, el estar en campaña bélica. Por ello quizás el vocablo campaña, en relación con la institución del testamento militar, englobe la expresión tiempo de guerra.

Además de la circunstancia de tiempo ha de concurrir, para poder otorgar testamento militar, la de estar el testador en campaña, pues de lo contrario la razón de ser de la institución, el fundamento del testamento militar desaparecería al no haber riesgo de muerte.

El requisito de estar en campaña se exige no solamente a los militares, como de una lectura superficial o de una interpretación literal del

artículo 716 pudiera deducirse, sino a las demás personas citadas en dicho artículo, y, en general y como he señalado anteriormente, a todo aquel que comparte la suerte de una fuerza armada y que, en consecuencia, puede erigirse en otorgante de esta forma testamentaria especial.

El párrafo 2 del artículo 716 amplía el ámbito territorial al referirse a fuerzas expedicionarias con una redacción que puede inducir a confusión. Creo que para que los individuos de un ejército que se halle en país extranjero puedan otorgar testamento militar, se requiere la concurrencia de las circunstancias de «tiempo de guerra» y «estar en campaña», y no basta que estén en país extranjero, pues el artículo 732 y siguientes están dictados con carácter de generalidad para todos los españoles que testen en el extranjero. Quienes pueden acudir al Cónsul, a este fedatario ordinario habrán de encomendar la autorización de su disposición testamentaria. Quienes se encuentren imposibilitados, por circunstancias y actividad castrense, de realizar esta comparecencia, es decir quienes se hallen afectados por las circunstancias de tiempo y lugar previstas en el párrafo primero del 716, interpretadas en ese sentido amplio que resalte anteriormente, encontrarán en el fedatario militar el autorizante adecuado para su disposición por causa de muerte.

El testamento militar y el testamento hecho en país extranjero son dos testamentos especiales y, por tanto, perfectamente compatibles. Será válido un testamento militar otorgado en territorio de la jurisdicción de Cónsul español, pues las circunstancias excepcionales que exige esta forma testamentaria obligan a otorgar la fe pública al funcionario militar ante la imposibilidad de acudir al Notario excepcional de primer grado: el Cónsul. El testamento militar no puede otorgarse cuando es posible, sin grave dificultad, recurrir a la forma ordinaria de testar. Se puede considerar que hay dificultad extraordinaria siempre que el Notario (o Cónsul, en su caso) tuvieren motivo de excusa, como es el peligro que supone trasladarse al lugar en que se encuentre el testador.

IV. OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS COMUNES

Podríamos preguntarnos si en los testamentos militares se observan las formalidades de los correlativos testamentos comunes. A éste respecto entiendo que las referencias expresas de los artículos 717 y 721 y la remisión tácita que puede apreciarse en el 716, así como la alusión a requisitos formales concretos, como la idoneidad de los testigos o la firma de todos ellos en el testamento, plantean un interesante problema de aunar una interpretación restrictiva consecuente con el carácter especial del testamento militar y la conveniente flexibilidad que, basada

en la equidad, permita respetar la finalidad de la norma y el espíritu del legislador que, no cabe duda, es allanar obstáculos y facilitar la testamentifacción a quien, por las especialísimas y graves circunstancias en que se halla, requiere de ello.

El problema resulta agravado por el hecho de que la figura del testamento militar, evidentemente, no ha podido ser objeto de la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo, por lo que es imposible determinar hacia dónde se inclinaría el fiel de la balanza en esa lucha que, en una materia tan formal como los testamentos, se observa entre el Derecho estricto y la equidad.

Supongo que si en algún supuesto de otorgamiento de un testamento pudiera justificadamente tenerse en cuenta determinadas circunstancias para obviar la inobservancia de alguna solemnidad externa que no amigre la garantía de la realidad del testamento, éste sería el caso del testamento militar.

Creo que los artículos 716 a 721 han de interpretarse, en lo referente a formalidades, teniendo muy presente la alusión del artículo 3 del Código Civil a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas y a su espíritu y finalidad.

V ACREDITACION DE LA CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DE OTORGAMIENTO

Ya ha quedado de manifiesto que para poder utilizar esta forma testamentaria especial se requiere estar incluido en la amplísima fórmula de enumeración de los posibles otorgantes que recoge el párrafo primero del artículo 716, así como que se dan las circunstancias de tiempo y lugar de este párrafo tal como deben ser interpretados.

En algunos otros supuestos concretos, además de darse las tres circunstancias señaladas anteriormente, personal, de tiempo y de lugar, se preven otras circunstancias como la de encontrarse el posible otorgante en expedición militar en el extranjero, enfermo o herido.

Solamente será válido el testamento militar, tratándose de una forma testamentaria especial prevista por el legislador precisamente para facilitar la testamentifacción, cuando estas circunstancias concurren y dificultan el otorgamiento de las últimas voluntades; precisamente cuando dichas circunstancias existen realmente. Pero puede uno preguntarse fundadamente si la existencia de las circunstancias debe demostrarla quien pretenda su validez o, por el contrario, debe reputarse válido sin perjuicio de que su eficacia pueda ser impugnada por aquel a quien perjudique. En síntesis, determinar si, en el procedimiento de protocolización, el Juez debe decidir acerca de dichas circunstancias para acceder o denegar la protocolización.

Si bien no lo dice expresamente la Ley de Enjuiciamiento Civil —que dedica a la materia los artículos 1.934 y siguientes—, es práctica indubitada que en el procedimiento deben acreditarse las circunstancias que permiten el uso de una forma testamentaria especial, tales como la inminencia del peligro de muerte o la imposibilidad racional de acudir a Notario (4) sin lo cual el Juez debe denegar la protocolización. El informe de la autorización militar de que el testador estaba en campaña será elemento de prueba, pero no puede vincular al Juez.

Tratándose de testamento cerrado, la solución es menos clara. La remisión al Juez ordenada en el artículo 718 se efectúa con el fin de que éste proceda a su apertura y posterior protocolización, que, según el artículo 714, es la regulada por los artículos 1.956 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este procedimiento no tiene más finalidad que la de la identificación del escrito testamentario, desconocido para el Notario, pero no acreditar ninguna circunstancia especial. No obstante, en base al artículo 1.966 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede sostenerse que entre las solemnidades prescritas por la ley, que el Juez debe examinar si se han guardado, deben comprenderse las circunstancias que hacen posible el testamento militar. Lo que no ofrece duda es que, en todo caso, queda a salvo el derecho de los perjudicados para impugnar la validez del testamento militar por falta de algún requisito en el juicio ordinario correspondiente.

VI. FORMAS

A) Testamento ordinario abierto

Consistirá en la manifestación oral o escrita, convirtiendo siempre la primera a la escritura, ante un oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán, ante el Capellán o facultativo que asista al testador, si éste se halla enfermo o herido, o ante el jefe que mande el destacamento, y siempre presenciando el acto dos testigos idóneos.

La expresión del Código «por lo menos» me hace pensar que lo que el legislador ha querido exigir es que el autorizante tenga como mínimo el rango jerárquico de Capitán. Este creo es el espíritu de la norma, pues dado que los empleos superiores al de capitán son ya jefes u oficiales generales, una interpretación literal llevaría a considerar que sólo puede autorizar la disposición de quien sirve en el grueso de un Ejército o en una unidad importante del mismo, caso que pudiera considerarse

(4) CASTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil... Op. cit., págs. 123 y ss.

normal, un capitán, lo que restringiría enormemente las posibilidades de otorgamiento del testamento militar, cuando precisamente la institución tiene como finalidad dar facilidades para testar a quien está necesitado de ellas por las circunstancias en las que se encuentra.

Dado que el Código nada dice y teniendo en cuenta la hermenéutica de la institución, creo que solamente es preciso que el autorizante sea como mínimo Capitán, por elevado que sea el rango del testador.

Si el testador está herido o enfermo podrá otorgar el testamento ante el Capellán o facultativo que le asista. El legislador está refiriéndose evidentemente al miembro del Cuerpo Eclesiástico, ya sea profesional, de complemento o asimilado o a quien, sin pertenecer a dicho cuerpo realiza permanentemente esa espiritual función. Pienso que en el término Capellán nunca estaría incluido el sacerdote que por cualquier circunstancia no hubiera sido movilizadado y se encontrara a la sazón en el lugar en que el testador quisiera testar. Tengo en cuenta para pensar de esta manera que el supuesto del artículo 716, dentro de los distintos supuestos en que el testamento militar puede otorgarse, es un supuesto de relativa normalidad. Esta relativa normalidad la deduzco de que en su enfermedad se encuentra el posible otorgante asistido tanto corporal como espiritualmente, lo que no ocurrirá en muchas situaciones en que, dentro de una actividad bélica, un combatiente quiera testar. Y en esa relativa normalidad siempre habrá cerca alguien que tenga por lo menos la categoría de capitán y si no la hubiera y existiera un evidente riesgo de muerte, siempre podrá acudir a las formas testamentarias del 720 y del 700.

También puede otorgarse ante el facultativo que asista al otorgante. En contra del criterio de algún autor, como DIEZ GÓMEZ (5), quien considera que, llegado el caso, puede autorizar un simple enfermero, creo que sólo es facultativo quien tenga un título de tal, normalmente médico y solamente en su defecto y forzando extensivamente el texto legal, un ayudante técnico sanitario, con el título correspondiente, pues no es conveniente olvidar que nos encontramos ante una forma de testar especial que no habrá de interpretarse analógicamente.

Establecida en la Constitución Española de 1978 la aconfesionalidad del Estado y la consideración que los poderes públicos tendrán por todas las creencias religiosas, ha de estimarse como algo futuro pero cierto, la existencia de capellanes de otras confesiones distintas de la católica que puedan autorizar testamentos militares de los no católicos a que asistieren, pues en otro caso en las excepcionales circunstancias en que

(5) DIEZ GÓMEZ, A.: «El testamento militar español» en Rev. de Derecho Notarial, t. XLIII, enero-marzo, 1964, pág. 152.

esta forma testamentaria se puede otorgar, los no católicos se encontrarían en una situación de inferioridad respecto a quienes lo sean.

El artículo 716 establece junto al principio general de que el autorizante sea un oficial con categoría al menos de Capitán y las excepciones del Capellán y el facultativo, la posibilidad de que, si el testador se encuentra prestando servicio en un destacamento, lo otorgue ante quien mande las fuerzas destacadas, aunque sea subalterno. El destacamento habrá de estar aislado, aunque no tiene por qué estar incomunicado. La exigencia de aislamiento es lógica si tenemos en cuenta que este supuesto es una excepción a la regla general del testamento militar ordinario abierto del 716, consistente en que se otorgue ante un oficial al menos con categoría de Capitán. Si el destacamento estuviera en constante contacto con la unidad o núcleo táctico a que pertenece, habría posibilidad de que el otorgante testare ante dicho oficial.

Además de la exigencia de la escritura ha de observarse en el otorgamiento de este testamento militar ordinario abierto, en la medida en que las circunstancias lo permitan, las prevenciones establecidas para el testamento abierto común en los artículos 694 y 699, incluso el requisito de la unidad de acto.

Entre las prevenciones que deben observarse destaca la expresión de la fecha. Si la ley autoriza el testamento militar solamente en el caso de que se den determinadas circunstancias excepcionales, será necesario saber la fecha del otorgamiento para tener certeza de que dichas circunstancias concurrían.

El último párrafo del 716 dice que en todos los casos del mismo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos. Ahora bien, como dice ALBALADEJO, «... parece claro que el término idóneos que utiliza ese artículo, o simplemente significa reunir unas mínimas condiciones (no especificadas) de aptitud para el caso, o si es que la ley lo usa en la acepción del artículo 681, por lo menos los requisitos de la idoneidad no serán todos los que se exigen para la de los testigos de los testamentos comunes. También la materia es polémica. De cualquier modo parece claro que lo que no cabe exigir es que el testigo esté domiciliado en el lugar del otorgamiento (como pide el artículo 681, segundo» (6). Lo más normal es que el Ejército se encuentre en despoblado y alejado de un pueblo o lugar cuyos vecinos pudieran ser testigos. Por tanto, en la mayoría de los supuestos de la forma testamentaria que analizo, los testigos forzosamente han de ser elegidos de entre los individuos que forman el Ejército o que siguen a éste, en los que, integrantes de las fuerzas destacadas o acampadas, no concurrirá la domiciliación en el lugar del otorgamiento.

(6) ALBALADEJO, Derecho Civil, V, 1982, pág. 231.

Decía que, en materia de solemnidades, se había de seguir en el otorgamiento del testamento militar del 716, en lo posible, las reglas previstas en los artículos 694 y siguientes para los testamentos comunes abiertos. La Sección quinta que encabeza el anterior artículo, finaliza con un precepto, el 705, que establece la responsabilidad en que incurre el autorizante que haya incumplido alguna formalidad legal. El problema radica en la exigencia de responsabilidad a un autorizante como el del testamento del 716 que no es un perito en Derecho. Por otra parte es preciso tener en cuenta que en el testamento común abierto el autorizante lleva a cabo no solamente la función autenticadora del Notario, sino también la otra función que en nuestro Derecho caracteriza la figura, es decir, la función asesora como profesional del Derecho. Del mal desempeño de esta función asesora puede originarse para el Notario una responsabilidad. El militar autorizante del testamento militar previsto en el artículo 716 interviene autenticando un testamento abierto, pero no es un profesional del Derecho. Por ello, si no acierta en la acomodación de la voluntad del testador a la Ley, o no utiliza fórmulas claras que demuestren palmariamente que el testador tenía serio propósito de testar, como se exige conste claramente en todos los testamentos especiales, su responsabilidad por dolo, culpa o negligencia inexcusable, debe ser apreciada de manera muy atenuada y diferente a aquélla en que puede incurrir un Notario. Por esa preparación en conocimientos jurídicos, que permitirá cumplir en alguna medida la labor de asesoramiento, la responsabilidad del autorizante jurídico o Interventor Militar podrá estar cerca de la que pueda exigirse a un Notario, e irá disminuyendo a medida que pueda presumirse una inexperiencia en derecho de sucesiones, hasta llegar a la no exigencia de responsabilidad, salvo en caso de conducta dolosa, en un supuesto en que el autorizante fuera un suboficial o clase de tropa.

La norma del artículo 719, que debía de haberse insertado dentro del artículo 716, como una aclaración que se incluyera en un apartado más, ha recogido un criterio análogo al del artículo 703 fijando un plazo, relativamente corto, para la subsistencia del testamento especial cuando ha cesado la anormalidad. Los testamentos otorgados conforme al 716 son condicionales, como todas las formas privilegiadas de testar, introducidas por circunstancias anormales, cuya cesación supone la pérdida de la razón de ser de aquéllas. Si concluyó la epidemia, o el peligro inminente de muerte sin que ésta sobreviniera, si el militar vuelve a la misma situación de normalidad que todos los demás ciudadanos, deja ya de tener justificación el privilegio.

El testamento militar ordinario abierto caduca cuatro meses después de que el testador haya dejado de estar en campaña, es decir, desde que desapareció la imposibilidad de testar en forma notarial. La vuelta a la

situación en que el testamento militar es posible, antes de transcurrido el plazo de caducidad, deja sin efecto el tiempo transcurrido y hay que volver a empezar el cómputo siempre que esa vuelta lo sea a una situación permanente, no, por ejemplo, si se trata de una mera visita al frente. Los testamentos que obren en el Ministerio conforme al artículo 718 deberán ser entregados al testador o al Juez, si aquél hubiere fallecido, pero no serán destruidos, pues de ello pudieran derivarse responsabilidades.

El plazo de caducidad ha de referirse a cada testador y a su correspondiente testamento militar ordinario abierto. No ha de servir en todas ocasiones de punto de partida para el cómputo de ese tiempo la declaración del fin de la guerra o de la campaña, como sucede tratándose de los testamentos otorgados en período de epidemia respecto de ésta. Bien puede seguir la guerra y continuar acampado el ejército y, no obstante, alguna unidad o algún militar recibir la autorización para retirarse a un lugar que no se vea afectado por las acciones bélicas o a su casa, por lo que, recuperadas sus condiciones ordinarias de vida, deberá adoptar las formas ordinarias de testar.

B) Testamento ordinario cerrado

Cuando existe la relativa tranquilidad de no haber peligro inminente de acción bélica, el legislador admite, junto a la forma testamentaria abierta del 716, el testamento militar ordinario cerrado del artículo 717.

Muy tranquila ha de ser la situación, si han de cumplirse todos los requisitos de los artículos 706 y siguientes del Código, porque la única excepcionalidad que introduce el artículo 717 es en cuanto a la persona que haya de ejercer la función notarial. En lo demás, habrá de acudirse a las prescripciones de la Sección sexta anterior.

Normalmente se utilizará esta forma testamentaria porque el testador tenga ya escrita de antemano su última voluntad, y prefiriendo que permanezca ésta en secreto, necesita un fedatario y unos testigos para la formalización de aquélla.

Testamento especial lo es por la especialidad del funcionamiento depositario de la fe pública. En el testamento militar ordinario cerrado ni hay excepción de solemnidades y requisitos ni otra diferencia respecto al cerrado común (salvo el supuesto de la custodia) que la persona autorizante, el Comisario, hoy día Interventor. Su otorgamiento es tan especial como el testamento cerrado que autorizan los cónsules en el extranjero.

El hecho de que se exijan las circunstancias personales y las de tiempo y lugar del testamento militar ordinario abierto, es argumento que

abona la consideración del testamento del 717 como un testamento especial. El texto de este artículo me inclina a suponer la identidad de circunstancia entre las formas cerrada y abierta. Comienza con la palabra «también» y hace referencia a las «personas mencionadas en el artículo anterior». La remisión se entiende a las personas que se encuentren en las circunstancias del artículo anterior, es decir, a quienes se encuentren en tiempo de guerra y en campaña. Interpretar de otra forma sería conceder a determinados individuos la posibilidad de otorgar testamento militar por el solo hecho de que fuera cerrado. Si el legislador hubiese pensado que el testamento militar ordinario cerrado pudiera otorgarse en época de paz, lo hubiera regulado aparte y con normas procedimentales diferentes.

Autorizante de este testamento es el Comisario de Guerra, hoy Interventor Militar.

Debido a la remisión del artículo 717 las formalidades de este testamento serán las previstas en los artículos 706 y siguientes para el testamento cerrado común. La aplicación de toda la anterior Sección sexta puede plantear dificultades, pues los formalismos que ella encierra, previstos para el otorgamiento de un testamento en condiciones de normalidad, pueden resultar de difícil observancia y en algún caso inadecuados para una forma de testamentifacción que se utilizará en circunstancias de tiempo de guerra y situación en campaña.

Aunque el 706 permite la escritura del testamento por un amanuense, resultará más indicado en el supuesto previsto por el 717 que el disponente escriba de su propia mano su última voluntad, pues, si, como puede resultar relativamente frecuente en condiciones tan adversas, se omiten involuntariamente algunas de las exigencias legales de los testamentos cerrados comunes, el testamento podría ser válido como testamento ológrafo, cumpliendo los escasos requisitos de éste.

La remisión del artículo 717 determinará la exigencia, según el 707, de que asistan al otorgamiento cinco testigos, tres de los cuales han de poder escribir. Esta prescripción en los testigos resulta lógica y fácil de cumplir en la situación de normalidad en que se otorgan los testamentos cerrados comunes de la sección sexta, pero resultará excesivamente rigurosa y en muchos casos difícil de cumplir en una situación bélica; además, resulta paradójico que, en el otorgamiento de un testamento como el marítimo cerrado, en el que el autorizante no es un fedatario, exija el último párrafo del 722 solamente dos testigos, mientras que, ejerciendo el autorizante militar cerrado las funciones de Notario, se requiera la presencia de cinco. Sobre su idoneidad basta recordar lo dicho para el testamento previsto en el artículo 716.

Debido a que el testamento militar más parecido al testamento común correlativo es el ordinario cerrado del artículo 717 y a causa, así-

mismo, de la remisión de este precepto a la anterior Sección sexta; actuando, por otra parte, el Comisario de Guerra, hoy Interventor Militar, en funciones de Notario, resulta imprescindible hacer mención expresa a la responsabilidad en que el Interventor puede incurrir.

Aparte de estas razones teóricas, es obligado tratar de esa responsabilidad, pues el artículo 715 es de directa aplicación al autorizante del 717 en virtud de la remisión de este precepto a la totalidad de la Sección sexta.

Podrá el futuro otorgante presentarse al Interventor Militar, que, como fedatario excepcional, ejerce funciones de Notario, al cual corresponderá examinar si concurren las circunstancias subjetivas, por estar comprendido el otorgante entre las personas señaladas en el artículo 716, y objetivas, por reinar una situación de conflicto bélico y estar imposibilitado de acudir a un Notario, o Cónsul español si las tropas se encontraran en país extranjero.

El Interventor Militar podrá apreciar que no concurren las circunstancias que le otorgan competencia autorizante o que el testador carece de capacidad para otorgar testamento negándose a actuar. Si esa decisión fuera desacertada y el que pretendiera testar no pudiese acudir realmente a un fedatario ordinario, se le habrá causado un grave perjuicio, al no haber podido disponer en última voluntad. Si ese desacierto fuere debido a malicia, negligencia o ignorancia inexcusable, el Interventor podrá incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios, por aplicación de lo prevenido en el artículo 715 para el caso de nulidad del testamento por inobservancia de formalidades debida al Notario, precepto al que el 717 se remite y que podrá motivar también responsabilidad del Interventor cuando no haya seguido las exigencias de los artículos 706 al 714.

Resulta inevitable preguntarse a través de qué procedimiento vendría a concretarse la responsabilidad del Interventor Militar por negativa a autorizar o por inobservancia a él imputable de exigencias formales.

Si el Interventor Militar ejerce funciones de Notario pudiera pensarse que la solución podría venir a través de la normativa notarial reguladora de esta materia. No obstante, pese a las disposiciones promulgadas para reglamentar minuciosamente el ejercicio de la Notaría, el supuesto de negativa a autorizar una escritura tan sólo ocupa un par de líneas en la cabecera misma de la Ley Básica de la Organización Notarial, como para dar a entender que se parte de la existencia de la obligación y que se considera tan elemental que no es necesario otra cosa que enunciarla en términos generales.

Y, en efecto, toda la legislación referente a ella queda circunscrita al artículo 2 de la Ley de 28 de mayo de 1862, orgánica del Notariado, el

cual se limita a decir que el Notario que se niegue, sin justa causa, a actuar en un caso de su incumbencia, incurrirá en las responsabilidades que resulten de las leyes.

El Reglamento de la citada Ley, vigente desde 1944, en este aspecto sólo preceptúa, en el párrafo tercero de su artículo 3, que la prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida.

Hay, sin embargo, una razón práctica o de sentido común que impide el reglamentar extremadamente la supuesta negativa y es la imposibilidad de conseguirlo sin violentar la conciencia del Notario, en su caso del Interventor Militar, obligándole a autorizar un testamento que él crea que moralmente o legalmente no pueda autorizar.

Dándose todas las exigencias subjetivas y objetivas, si el Interventor Militar, se negase a autorizar, incurrirá en responsabilidad legal. El problema se presenta al preguntarse por el cauce a seguir y el organismo competente para materializar esta responsabilidad en la oportuna sanción.

Si ya he señalado que la responsabilidad de los notarios no está detallada por disposición alguna, pues la Ley de 1862 y el Reglamento de 1944 se limitan a prever en términos generales esta responsabilidad, e igualmente he reflejado las razones de esta situación, fácilmente podrá comprenderse que concretar la lógica responsabilidad de un Interventor Militar que indebidamente se niega a autorizar un testamento es algo sumamente delicado y escurridizo. A la imprescindible libertad de apreciación de las exigencias legales que ha de tener todo fedatario para prestar su facultad autenticadora, se une en este caso la no pertenencia del autorizante a corporación notarial que podría establecer las sanciones profesionales y la existencia de dos esferas independientes, la civil y la militar.

Si el Interventor Militar provocare con su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable la nulidad del testamento por inobservancia de las formalidades prevenidas en los artículos 706 y siguientes, la exigencia de responsabilidad aún se complica más, teniendo en cuenta que realmente no es un profesional del Derecho, como lo es el Notario, por buena que sea su preparación jurídica.

Ejerciendo una función puramente técnico-jurídica de carácter civil, no parece oportuno pensar que pudiera ser sancionado mediante la aplicación del Código de Justicia Militar por incumplimiento por parte de un militar de deberes castrenses. Aunque el citado Código, en su artículo 38, prevea como de competencia de la jurisdicción militar los testamentos especiales otorgados con arreglo a los artículos 716 a 731 del Código Civil, quien, como el Interventor Militar, aun perteneciendo a los cuadros del Ejército, ejerce una función como la notarial, que por

su propia esencia requiere una absoluta libertad de apreciación y enjuiciamiento, no podrá ser fácilmente inculcado como responsable por negligencia o ignorancia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo militar.

Pero si no será sancionado en aplicación del Código de Justicia Militar, sí responderá el autorizante a través de lo prevenido en los artículos 705 y 715 del Código Civil.

Ambos preceptos como concreciones de la norma general de responsabilidad de 1902, servirán de apoyo legal a la exigencia de responsabilidad al autorizante del testamento militar, apreciándose, eso sí, los presupuestos del mismo por el juzgador con extremo cuidado, ya que, no nos olvidemos, el autorizante no es un profesional del Derecho como el Notario, a quien pueda razonablemente exigírsele un mínimo grado de acierto en el enjuiciamiento jurídico de las circunstancias.

Otra cuestión de interés es la relativa a la posible caducidad de la forma testamentaria del artículo 717. El legislador, cuando se refiere a la caducidad en el artículo 719, no incluye al testamento militar cerrado del 717, por ser de estricta lógica que, si el Comisario ejerce funciones de Notario, a los testamentos autorizados por aquél se les aplique las mismas reglas que a los autorizados por éste. Por ello creo que, dejando a un lado distintas opiniones doctrinales, es algo meridianamente claro que el testamento militar ordinario cerrado del 717 no caduca y conservará su vigencia, aunque el testador deje de estar en las circunstancias de tiempo y lugar que posibilitaron el otorgamiento de un testamento militar, mientras no sea revocado.

En situación de peligro actual o próximo proveniente de acción de guerra, el militar o persona a él equiparada puede otorgar testamento abierto de palabra según el artículo 720.

El otorgante de este testamento será una de las personas señaladas en el 716. El testamento se otorgará en tiempo de guerra y en una de las situaciones expresadas en el artículo 720, que sustituyen, al requisito general de lugar representado por «estar en campaña». Para el testamento militar extraordinario basta el peligro de muerte procedente de acción de guerra, haya surgido éste en campaña o fuera de ella, es decir, que puede hacerlo quien, encontrándose incluso en su propia casa, sufre un ataque aéreo o un herido aun después de terminado el combate.

El testamento se manifiesta verbalmente ante sólo dos testigos, sin que se exija el requisito de la idoneidad, pudiendo ser, como dice VALVERDE (7) menores de edad, aunque mayores de dieciséis años, de uno u otro sexo, como sucede en el testamento en caso de epidemia.

(7) VALVERDE Y VALVERDE, C.: Tratado de Derecho Civil Español, t. V, Valladolid, 1962, pág. 137.

Esta falta de exigencia, debida a la gravedad e inminencia del riesgo que corre quien se encuentra en determinadas situaciones, determina que si el testador se salva del combate o peligro el testamento caduca automáticamente, pues ya puede usar de otra forma testamentaria no ya común, sino menos excepcional, como sería una de las otras formas de testamentos militares previstas en el 716 y el 717.

Aunque no se salvara, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de Guerra o funcionario de justicia que siga al Ejército, para que éste lo envíe al Ministerio de Defensa a través del Cuartel General. No dice el Código en qué plazo deben los testigos cumplir con esta formalidad, pero lógicamente será inmediatamente que cese el asalto, combate o situación de peligro.

D) Testamento extraordinario cerrado

Esta forma testamentaria del artículo 721, al igual que la prevista en el artículo precedente, podrá ser utilizada cuando dándose las circunstancias de tiempo y lugar del párrafo primero del 716, en los términos en que se ha visto debían ser interpretadas las referencias al «tiempo de guerra» y situación de «campana» de este texto legal, además existe un inminente peligro.

Hubiera sido mucho más acertado incluir el 721 como un párrafo más del artículo 720. La propia redacción del precepto, que comienza diciendo «si fuera cerrado» me induce a pensar que esta idea estuvo en el ánimo del legislador. El testamento del artículo 721 es impracticable, pues exigiéndose en su otorgamiento formalidades y requisitos del testamento cerrado en tiempo de paz, no hay posibilidad de cumplirlos durante una batalla, asalto, combate o peligro próximo de acción de guerra, circunstancias en las que se da este testamento.

Según los artículos 706 y 707, a los que se remite expresamente el 721, el testamento lo ha de escribir el testador u otra persona a su ruego, rubricando o firmando las hojas según los casos; se pondrá en un sobre cerrado y sellado que se entregará al autorizante en presencia de los testigos idóneos; habrá de extender el autorizante acta en el sobre expresando que se han cumplido todas las formalidades exigidas por la Ley; esta acta, una vez leída, la firmará el oficial autorizante y los testigos, así como el testador, si pudiere.

La observancia de tales requisitos, y de otros señalados en los artículos 706 y 707, resulta casi imposible en situaciones de tan grave riesgo, en las que ha de prescindirse de todo ritualismo incompatible con las circunstancias. No hay posibilidad de cumplir los requisitos generales y si no existiese la fórmula más simplificada del extraordinario abierto, quien se viera en las circunstancias del 721 quedaría condenado al

abintestado. Por tanto, puede calificársele de superfluo, pues en esos instantes decisivos nadie acudirá al testamento extraordinario cerrado, sino a la forma abierta regulada en el artículo 720.

Sólo se usará cuando el testador lleve ya consigo escrita su última voluntad y encerrada en el pliego que ha de autorizarse sobre el campo de batalla o en un punto en que experimente el peligro próximo de una acción de guerra.

El artículo 721 no remite a todas las formalidades del testamento cerrado común, pues se refiere a los «artículos 706 y 707».

Ejercerá las funciones notariales el oficial que tenga por lo menos categoría de Capitán, y no podrá, intervenir como tal el Comisario de Guerra, porque el artículo 721 sólo alude al 716, lo cual representa un evidente contrasentido.

La referencia al Oficial del artículo 716 creo ha de entenderse considerando incluidos también el Capellán facultativo o el que mande un destacamento. Sin duda el legislador, al introducir la forma testamentaria del 721, quiso dar facilidades, aunque en la práctica no lo haya logrado.

Respecto a los testigos, el artículo 721 se remite a los de 716, que, como se recordará, debían tener la cualidad de ser idóneos en los testamentos militares ordinarios abiertos, lo cual añade una nueva dificultad a esta forma de testamento extraordinario cerrado. La exigencia del 721 de que ambos testigos sepan firmar viene a añadir un obstáculo más para que en la práctica se pueda dar la forma testamentaria militar extraordinaria cerrada, pues puede en las particularmente extraordinarias circunstancias de una batalla, asalto, combate o en peligro próximo de acción de guerra no encontrarse dos testigos que sepan hacerlo. En cualquier caso resulta una incongruencia que en un testamento común como el recogido en el artículo 695 se prevea que alguno de los testigos no pueda firmar, mientras que en una forma testamentaria tan excepcional y extraordinaria como la del 721 no se prevea esta posibilidad. Asimismo resulta incomprensible cómo el artículo 721, remitiéndose expresamente al 707, no guarda una cierta proporción entre el número de testigos exigidos y los que puedan firmar como hace el número segundo del último de los artículos señalados.

Si la norma del artículo 721 hubiese tenido una mejor redacción y se hubiera incluido en el anterior artículo 720, se hubieran evitado vacilaciones acerca de si se refiere o no a las circunstancias señaladas en el segundo de los artículos citados, o si es el artículo 721 incompatible con el 717.

El 721 se refiere a las circunstancias de peligro grave señalados en el 720 mientras que el 717 se refiere a las más generales de «tiempo de guerra» y «campaña» del 716. Dada la mayor gravedad resulta lógica la

mayor simplificación del 721. Pero tal gravedad hubiera exigido una simplificación mucho mayor y nunca una remisión a las formalidades establecidas para el testamento cerrado común.

Resulta difícil decidirse en favor de la caducidad del testamento militar previsto en el artículo 721 pues existen argumentos en pro de una u otra postura.

La postura favorable a la permanencia del testamento militar extraordinario cerrado hasta el momento en que sea revocado o sustituido por otro, que es la dominante en la doctrina, se basa en el hecho de que el legislador lo haya rodeado de solemnidades que le aproximan al testamento común cerrado aún a riesgo de hacer menos frecuente su uso, lo que parece concederle un cierto carácter de permanencia. No hay en la Sección séptima, en que se regula el testamento militar, precepto alguno que trate de la caducidad de los testamentos cerrados, pues el artículo 719 se refiere a los testamentos abiertos conforme al 716, y el artículo 720 se refiere al testamento verbal en él regulado, no habiendo motivos para la aplicación análoga de dichos preceptos a la forma testamentaria del 721.

La posición favorable a la caducidad encuentra asimismo sólidos argumentos. Piensa ALCUBILLA (8) que el artículo 721, al hablar del testamento militar, se refiere al regulado en el artículo anterior, es decir, al extraordinario, limitándose a dar reglas para la forma cerrada, de manera que en lo no establecido por aquel precepto habrá que aplicar las normas del extraordinario a que se refiere, entre ellas las relativas a su caducidad.

Me inclino por esta segunda posición, pues para mí no ofrece duda el que el 721 se refiere al supuesto de quien, encontrándose en la situación del artículo 720, quiera que su disposición testamentaria permanezca en secreto y no pueda esperar a que pueda asistir un Comisario, hoy día Interventor Militar. Si no se refiriera el 721 a las circunstancias del 720 sobraría, existiendo el artículo 717. Lo que puede concebirse es una redacción desafortunada, pero nunca que el legislador pudiera para una misma situación establecer dos formas testamentarias distintas. Por eso comienza el 721 con la conjunción si, y por ello, según decía, debía haber sido recogido el texto como un párrafo más del artículo 720.

La observancia en esta forma testamentaria de las solemnidades del testamento cerrado común precisamente hace impracticable este testamento, pues es inconcebible que durante un combate, asalto, batalla o situación semejante pretenda, quien se encuentre en esta situación, escribir o que le escriban su testamento, meterlo en un sobre, cerrarlo, la-

(8) MARTINEZ ALCUBILLA. «Diccionario de la Administración Española. 6.ª ed., tomo III, an. Código Civil, pag. 741

carlo y comparecer ante su Capitán y dos testigos, que además sepan firmar, para que se extienda el acta de otorgamiento. La intervención del legislador, sin duda, no fue exigir todas las solemnidades de los artículos 706 y 707 cuando eliminaba la más importante, la exigencia de Notario. Lo que sin duda pretendió fue establecer algunas garantías cuando el testador deseara mantener en secreto su última voluntad, y precisamente en esa presunta intencionalidad creo ver que el legislador hubiera deseado poner un límite temporal a la vigencia del testamento.

Encuentro fundamento para interpretar así la intención del legislador en la caducidad que para los testamentos cerrados otorgados también en unas circunstancias de excepción establece el artículo 730, que fija un plazo de caducidad a contar desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en forma ordinaria. Si ninguno de los dos preceptos procede de una reforma parcial del Código Civil; si la naturaleza jurídica del testamento militar y del testamento marítimo es la misma; si la finalidad de ambas instituciones es dar facilidades para la testamentifacción, no resulta en absoluto forzado traer a esta forma de testamento militar lo prevenido para su concordante marítimo en materia de caducidad.

También obsérvese que la gravedad de las circunstancias de quién está en un combate, asalto o batalla es mucho mayor que las de quien se encuentra en un viaje por mar, lo que le impedirá al primero en mayor medida observar las solemnidades del testamento común.

Asimismo corrobora mi opinión considerar que el Comisario, verdadero Notario excepcional, como del 717 se deduce, ha sido sustituido por un simple Oficial. Al no haber un autorizante en funciones de Notario, no está justificado dar a este testamento la cualidad de los autorizados por Notario, la no caducidad.

El 721 al referirse a la situación de inminente peligro del 720 motiva la aplicación de la caducidad establecida en este último precepto para un testamento abierto, pues pasado el inminente peligro, aunque el testador continúe en campaña, podrá otorgar un testamento cerrado en el que se puedan observar todas las solemnidades de la Sección sexta, reguladora del testamento común cerrado, y ante una persona, el Interventor Militar, que según establece expresamente el Código en su artículo 717, ejerce funciones de Notario.

VII. FUTURO DEL TESTAMENTO MILITAR

Puesto que los preceptos de la Sección séptima de ese Título III, del Libro III, conservan la redacción de 1889 y no tenemos referencia reciente sobre el parecer del legislador sobre ellos, podemos preguntarnos si siguen teniendo realidad hoy día, si es útil su presencia en el artículo

del Código o se trata de unas normas absolutas que si han resistido casi un siglo las reformas parciales del Código es debido a que, por inanes, nadie reparó en ellas.

Indudablemente es necesaria una forma testamentaria que pueda utilizar cualquier persona, que se encuentre inmersa en una actividad bélica participando en operaciones militares, con independencia de que esté o no formalmente declarada la guerra y del ámbito o las modalidades que en las conflagraciones modernas se pueden distinguir. Quien se encuentre en esas circunstancias normalmente no podrá acudir a un Notario para otorgar un testamento común abierto o cerrado; si pudiera, por estar en retaguardia o por cualquier otro motivo, no le estaría permitido servirse de esta forma testamentaria especial. Tampoco podrá hallarse en condiciones idóneas para formalizar un testamento ológrafo, aunque siempre podrá utilizar, aún concurriendo las situaciones precisas para otorgar el testamento militar, aquella forma testamentaria común.

Quien se encuentre en una situación de campaña militar en tiempo de guerra, y mucho más si está enfermo, herido o va a entrar en combate con la amenaza de un peligro próximo de muerte, será proclive a disponer en última voluntad, pues si en tales circunstancias no será normal pensar en otros actos o negocios jurídicos, sí es muy frecuente pretender disponer el destino de los bienes ante el riesgo de morir.

La imposibilidad de acudir a Notario y la proclividad en las situaciones que impiden dicha comparecencia hacia la disposición testamentaria, justifican que el legislador haya incluido y deba conservar en el futuro la forma testamentaria especial prevista en el artículo 677 y desarrollada en el 716 y siguientes con unas formalidades que facilitan el otorgamiento del testamento.

Pero no solamente tiene utilidad hoy día el contenido de la Sección séptima, sino que incluso creo que ha de pensarse en una ampliación o por lo menos una reforma del texto de los artículos 716 a 721 para poder cubrir nuevas facetas propias de la época actual.

En efecto, la regulación del otorgamiento de testamentos por quienes se encuentran en especiales situaciones militares es una necesidad cuya satisfacción es inaplazable, pues no es ya el atender el tratamiento de una importante parcela de la vida jurídica en una situación de abierta conflagración bélica que, por indeseable, inconscientemente se ignora como de posible planteamiento. Se trata de resolver también este ejercicio de la testamentifacción, en las fuerzas expedicionarias y en las situadas en territorio español, en tiempo de paz.

Hoy en día España va perteneciendo a organizaciones internacionales o tiene relación de amistad y defensa con otros Estados, lo que puede llevarnos a formar parte de fuerzas internacionales destacadas, en

misión de vigilancia, en zonas o territorios de tensión internacional; de hecho ya está sucediendo en el caso de maniobras con el Ejército de otras potencias. En el caso —absolutamente normal en este tiempo— de fuerzas españolas que se hallen en el extranjero realizando maniobras conjuntas con ejércitos de otros países, un procedimiento sería recurrir entonces a los cónsules de nuestro país acreditados ante aquél en que se realicen las maniobras. Pero puede suceder que en la zona correspondiente no haya Cónsul o, más probablemente todavía, que no se le permita el acceso a ella. En estos casos no se va a negar al militar —empleando el término en su más amplio significado— la facultad de disponer de sus bienes por causa de muerte.

Es práctica constante que, por necesidades de secreto militar, queden, aun dentro del territorio nacional, zonas en que, por su importancia o por los secretos militares que en ellas hay, se encuentre prohibida la entrada a toda persona ajena a las mismas. Puede ocurrir en un caso extremo que, ante un peligro inminente de guerra, se acuerde la evacuación de todo el personal civil de determinadas zonas que se suponga que estén directamente amenazadas por el enemigo. Pueden darse circunstancias que aconsejan, igualmente, proveer a la sustitución del Notario bien porque éste no pueda acudir —o no pueda acudirse ante él—, bien porque la situación personal del posible otorgante exija precauciones especiales. Piénsese en una alteración grave del orden público con la consiguiente suspensión legal de los derechos establecidos en la Constitución. Piénsese en un acuartelamiento de tropas por el mismo motivo o por cualquier otro. En esta situación no es lógico que cualquiera de los sometidos a ese acuartelamiento pueda quebrantarlo mediante su deseo, muy respetable por otra parte, de hacer testamento, y no es procedente, de otro lado, negarle su derecho a disponer en cualquier momento de sus bienes y más en un momento de presumible peligro.

Y en último caso, sin llegar a estos extremos más o menos revolucionarios, no dejan de existir circunstancias que justifican sobradamente la sustitución del Notario. La realización de maniobras en las que se practican ejercicios de tiro real es cosa absolutamente normal en el Ejército. Estas se realizan en zonas que estarán dentro de una demarcación notarial, pero no será posible requerir al Notario o exigirle que se traslade a una zona de evidente peligro, ni tampoco podrá permitirse que el posible otorgante se separe de las fuerzas y abandone su función, en el caso de que pueda materialmente hacerlo.

SOBRE LA CRUZ ROJA

Manuel ANTON AYLLON
*Secretario del Centro de Estudios
de Derecho Internacional Humanitario
de la Cruz Roja*

ORIGEN HISTORICO DE LA CRUZ ROJA

Antecedentes históricos remotos

Acompañando la vida del hombre, encontramos situaciones circunstancias, en las que parece triunfar la destrucción de la vida, la desgracia en sus diversas manifestaciones.

Unas veces, originadas por el pensamiento y la acción del propio hombre. Otras, por fuerzas ajenas a su voluntad.

En todos los casos, el dolor, la angustia, el sufrimiento, aparecen como constantes que acompañan su vida individual y social, en su dimensión temporal e histórica.

El solo repaso, a lo largo de la historia o de la vida individual, de las muchas manifestaciones de cuanto antecede dicho, nos llevaría a una visión pesimista y angustiosa de la propia vida a niveles de pensamiento, y a una tendencia nihilista, al «no hacer», en la actividad que la existencia vital demanda constantemente.

Sin embargo, si todo ello es cierto, no lo es menos que, aún en medio de los más pavorosos desastres, de las situaciones más trágicas, han surgido hombres y mujeres, y con ellos instituciones capaces de alumbrar la esperanza y la fe en la naturaleza bondadosa del ser humano, vencedora del mal, aspirante a una vida mejor, más justa y más solidaria.

De hombres y mujeres que no sólo han estado predispuestos al ejercicio de la justicia —voluntad permanente de dar a cada uno «lo suyo»— sino además de la caridad, es decir, no sólo dar al otro «lo suyo», sino también «lo mio».

A resaltar estas acciones, se orientan estas líneas que se inician resumiendo el viejo principio que nos dice tan antiguo como la guerra misma, exponente significativo de la incomprensión y la insolidaridad humana, es el deseo y la actividad del ser humano por aminorar sus males.

Así podríamos afirmar, por vía de hipótesis, que la acción humanitaria en que consiste el socorro a otro ser que lo necesita, en cualquiera de sus manifestaciones, es tan antiguo como el propio hombre.

Primeros Antecedentes

Quizá un primer antecedente concreto de lo hasta aquí escrito, lo hallamos cuando las tropas asirias que manda el rey Senaquerib, en el año 701 antes de J.C., en el asedio de Jerusalen, capital de Judea, colocaron tiendas de campaña con acomodo idóneo para el tratamiento de los guerreros heridos o enfermos.

En Babilonia, ya en el siglo VII antes de J.C., según relato histórico de Heterodoto de Halicarnaso, la acción hospitalaria era desarrollada por los propios ciudadanos que atendían en la plaza pública a los enfermos en ella depositados o que a ella acudían en solicitud de socorro.

Primeros antecedentes en Oriente

En Oriente, encontramos antecedentes en la India, donde ya existían hospitales funcionando durante el reinado del rey Asoka, 272 a 232 años antes de J.C., y en Ceylán doscientos años antes.

El mundo clásico, Grecia y Roma

El mundo clásico conoce las famosas Iatreias griegas en el siglo V antes de J.C., donde la acción hospitalaria aparece más racionalizada en la atención de enfermos y heridos, adaptada a la situación económica y condición de los mismos, así como, posteriormente, las famosas Veltudinarias Romanas, que aparecen en los años finales de la República auténticas enfermerías de carácter privado, en las que se atendía a los gladiadores y heridos en las fiestas circenses, o las ubicadas en las grandes explotaciones agropecuarias, a iniciativa de los señores, para atender la curación de esclavos enfermos o lesionados, de las que se tienen abundantes referencias a través de la obra literaria de Séneca y Tácito. Es posible que, durante la dominación romana, fuera en las provincias donde se instalan los primeros hospitales de carácter público, subvencionados por el estado, mediante la transformación de las propias Veltudinarias, según parece desprenderse de la lectura de algunos pasajes de la obra de Galeno, fundador de un hospital en Pérgamo.

Los hospitales militares romanos

No obstante, las Valetudinarias no llegan a alcanzar la perfección organizativa de los hospitales militares dedicados a la curación y recuperación de los que, integrantes de las famosas Legiones Romanas, constituyen pieza clave en la acción expansiva que, en gran medida, conforma la razón histórica y el sustento del Imperio Romano. Su organización, basada en una larga experiencia de lucha en los más dispares lugares del mundo conocido, constituye un antecedente importantísimo, donde la atención al soldado rebasa el mero cuidado del herido o del enfermo para extenderse en tareas de previsión e higiene, con una significativa modernidad respecto de otros antecedentes históricos.

La aparición del cristianismo

Con la aparición del Cristianismo, a la concepción utilitaria que Roma tenía con respecto del cuidado de sus soldados heridos o enfermos, se añade un elemento afectivo originado en la nueva concepción del hombre como unidad y armonía entre cuerpo y alma, de una parte, y de otra, la obligación que para el cristianismo entraña el amor al prójimo y por tanto el ejercicio de la caridad a través del auxilio o socorro al necesitado.

Es por ello, por lo que las instalaciones hospitalarias, concebidas en un amplio sentido, instituciones de auxilio al necesitado, sean, en su creación y proliferación, consustanciales a la propia expansión de la nueva doctrina. Pero además, la específica acción de socorro o de auxilio al necesitado alcanza con el Cristianismo, un sentido más universal en la medida en que la caridad que se predica, no conoce, al menos en sus fuentes más genuinas, diferencias entre hombres. Más aún, es precisamente la superación de la diferencia la que engrandece a los ojos de Dios la acción realizada, porque ha sido predicado que amar al amigo es bueno, pero más difícil y por ello, más meritorio, es amar al enemigo.

El sentido de la caridad

Es pues la caridad la nueva razón que ha de mover al hombre. Su ejercicio, entre otras manifestaciones, traerá como consecuencia el nacimiento de múltiples instituciones para el auxilio del necesitado, del enfermo.

Uno de los grandes centros hospitalarios de que tenemos noticia, es el fundado en el siglo IV, en Cesaréa de Capadocia, por San Basilio, independientemente de centros como los Xenodosias fundados para dar cobijo a los caminantes, los Orphanotrophias para el auxilio de niños

abandonados, los Ptoctropias que eran albergues para menesterosos, o lo Gerantocomios para el socorro de los ancianos, todos ellos regulados en sus funciones y protegidos por las leyes, según las referencias contenidas en el Código de Justiniano.

Las grandes fundaciones

Así, puede afirmarse, como decíamos, que la expansión y paulatino reconocimiento del Cristianismo, va acompañado de la fundación de instituciones y de comunidades que ejercen la caridad a través de la asistencia al prójimo necesitado. Desde las fundaciones de San Basilio en Oriente y de Fabiola en Occidente, la acción hospitalaria, contemplada desde una perspectiva general y acomodada a las vicisitudes de los tiempos, es consustancial al gradual establecimiento de las comunidades cristianas y de su organización en Iglesia.

La acción asistencial en la Edad Media

Este carácter se trasvasa a la Edad Media, donde alcanza especial importancia la fundación de instituciones hospitalarias para el auxilio de los peregrinos que recorrían los caminos conducentes a los lugares de devoción. Buena muestra de esta acción de socorro al caminante la constituye el auténtico rosario de hospitales que se suceden a lo largo de la ruta Jacobea, que tiene en España un especial significado.

Las Ordenes Hospitalarias

En los primeros años del siglo XI, Gastón de Viena y su hijo fundan la Orden de los Caballeros de Viena, cuya finalidad es el auxilio a los necesitados, transformada a finales del siglo XIII, en orden religiosa. Con parecida finalidad funda Guido de Montpelier la Orden de los Caballeros del Espíritu Santo, hacia la segunda centuria del primer milenio.

Las Cruzadas

De otra parte, las Cruzadas, con su hondo significado religioso, militar, político y cultural, constituyen, en la Edad Media, marco apropiado para el ejercicio de actividades de socorro y auxilio a heridos, enfermos y prisioneros. Como ejemplo representativo del espíritu de la época, destacamos la fundación de la Orden de Hermanos Hospitalarios de San Juan de Jerusalen, así como la Orden de los Caballeros de San Lázaro, dedicados al cuidado de los enfermos de lepra.

La preocupación por la paz

Igualmente, encontramos antecedentes de movimientos por la paz y la solidaridad, en la llamada Tregua de Dios que pretendía la eliminación de cualquier tipo de violencia de miércoles a lunes o el Convenio de Sampach acordado por los primitivos cantones suizos para la protección de las mujeres, los heridos y los lugares sagrados.

La Edad Moderna

Ya en la Edad Moderna, con la revolución que para la humanidad entraña el Renacimiento, nos encontramos con un renovado concepto de la acción hospitalaria que inicia, especialmente a partir de Paracelso, un nuevo camino basado en la investigación y la experimentación.

Las instituciones para el socorro de enfermos

A mediados del siglo XVI, dos figuras destacan especialmente en la fundación de instituciones dedicadas al socorro de enfermos: El Gentilhombre de los Abruzzos, Camilo de Lelis, en un tiempo de su vida soldado y en calidad de tal, conocedor a causa de una herida, de la situación en que se encontraban los hospitales y la escasa formación de las personas en ellos dedicados al cuidado de los enfermos, que funda en Roma la Congregación de Enfermos Voluntarios, adoptando como símbolo, una Cruz Roja sobre el hábito negro. Congregación que tuvo destacado papel en el auxilio a las víctimas de la peste que asoló Roma el año 1590 y Felipe Neri, fundador del Hospital del Peregrino dedicado al auxilio de los peregrinos pobres o enfermos que acudían a Roma.

El interés por las consecuencias de los conflictos armados

La nueva situación de la sociedad moderna, lleva a concitar el interés de los nacientes estados cerca de los problemas que, para el hombre, generan los conflictos armados, con lo que nos encontramos con un remoto antecedente de la actividad internacional que busca la implantación de un derecho humanitario que proteja al hombre de todo abuso.

Los acuerdos Internacionales

En esta línea se enmarcan el Convenio de Maguncia del 9 de Febrero de 1689, acordado entre el imperio alemán y Francia para el socorro, traslado y curación de heridos y enfermos pertenecientes a ambos ejércitos enemigos. También acuerda Francia con Brandeburgo el Convenio de Bonn del 12 de Octubre de 1689, para la protección del trans-

porte de los heridos. El Convenio de Grottkan del 9 de julio de 1741, firmado entre Austria y Prusia para la protección de prisioneros.

Francia e Inglaterra en 1743 y 1759, establecen acuerdos para la protección de hospitales, y con la misma finalidad, se establecen también acuerdos entre Prusia y Austria de una parte, y entre Francia y Rusia de otra, en el año 1759.

Esta serie de acuerdos internacionales comienzan a generar, ya en pleno siglo XVIII, un incipiente movimiento de tratadistas del Derecho y políticos en torno a la idea conducente a ordenar, jurídicamente, acciones encaminadas a la protección y socorro de las víctimas de la guerra en el marco de las relaciones internacionales.

En el mismo siglo aparecen en Wutemberg y Baden, las primeras agrupaciones formadas en torno al fin específico del auxilio a los heridos en conflictos armados.

ORIGEN HISTORICO DE LA CRUZ ROJA

Antecedentes próximos

Los finales del siglo XVIII y el siglo XIX, van a dar al mundo las primeras figuras insertables en lo que puede calificarse como origen inmediato de la Cruz Roja.

Hacer una referencia concreta a las mismas es un deber en esta tarea divulgadora y también un acto de gratitud para quienes iniciaron personalmente, la acción que ha conducido, a lo largo de los años a esta realidad prestigiada y prestigiosa que es la Cruz Roja.

El General Dufour

Así, en primer lugar, siguiendo un cierto orden cronológico, destacamos la figura del General Dufour, que nace Constanza el año 1787. Tras estudiar en la Escuela Politécnica de París y en la Escuela de Ingenieros de Metz, sirvió en el ejército francés hasta 1817, siendo distinguido por Napoleón con la Cruz de la Legión de Honor. Organiza la Escuela Militar de Thun y en 1831, siendo Jefe del Estado Mayor, inicia la confección del mapa topográfico de Suiza y crea la bandera de dicha nación, con la cruz blanca sobre campo rojo. Fue Jefe del Ejército Federal en 1847, con motivo del Sonderbund, sofocó la insurrección en dos meses con gran pericia militar y sobre todo, con profunda humanidad, quedando como documento histórico de este humanitarismo que aplicó en la práctica de la guerra, su proclama a las tropas bajo su mando, en la que establece, de una manera clara y contundente, los principios en

que ha de basarse el respeto al enemigo, la moderación en la lucha, la protección a los bienes de la cultura, civiles y religiosos y el socorro al enfermo, al herido y a la población civil.

En 1876, se publicaron en París sus memorias, bajo el título de «Campagne du Sonderbund et evenements de 1856». El 26 de octubre de 1863, el general Guillermo Enrique Dufour, tuvo la ocasión histórica de abrir la primera sesión, inaugural, de la Cruz Roja. Murió en Ginebra el año 1875.

Elizabeth Fry

Elizabeth Fry, nace en Inglaterra el año 1780 y muere el año 1845. Hija de Juan Gurney, se casa en 1800 con el comerciante y cuáquero londinense Jose Fry. Sus visitas a la cárcel de Newgate, la puso en contacto con la triste realidad del sistema carcelario inglés, trabajando desde entonces, incansablemente, por la reforma del sistema, a la búsqueda del objetivo de la regeneración del delincuente en lugar del castigo. Constituye el año 1817, una asociación para la mejora de la situación de las presas, a través de la cual consiguió influir, eficazmente, sobre la sociedad y los gobiernos, tanto en Europa como en América, para lograr un mejor trato en las instituciones penitenciarias.

Florence Nightingale

En Florencia, Italia, nace el día 12 de mayo de 1820, Florence Nightingale, aunque de padres ingleses. Creció en las posesiones que su acaudalada familia tenía en Hampshire y Devonshire. Durante su juventud realiza grandes viajes en los que tuvo la oportunidad de visitar, preferentemente, los grandes hospitales. El año 1849, inicia un curso en la escuela de enfermeras protestantes de Kiserserwerth del Rin y posteriormente, visita frecuentemente el hospital de San Vicente de Paul en París, así como otros establecimientos hospitalarios de Edimburgo y Londres, donde fue nombrada Superintendente de un hospital para damas inválidas. El año 1854, a través de los artículos publicados en la prensa inglesa, tiene conocimiento de la desastrosa situación en que se encontraban los soldados heridos y enfermos en la guerra de Crimea. Se ofrece al entonces ministro británico de la guerra y consigue organizar un cuerpo de treinta y ocho enfermeras y en noviembre de 1854, llega y organiza el hospital ambulante de Scutari, donde su ferviente e incansable actividad logra frutos inmediatos, no solo en las acciones de auxilio sanitario en sentido estricto, sino también en la terapéutica educativa y recreativa de sus pacientes.

Nombrada jefe de todos los hospitales de sangre, reorganiza los servicios de tan eficaz manera que, en tres meses, quedó asegurada la asis-

tencia a más de diez mil enfermos, logrando un descenso en el índice de mortalidad, del cuarenta y dos al veinte por ciento.

En 1855, contráe unas fiebres que le producen invalidez no regresando, sin embargo, a Inglaterra hasta el año 1856. En 1860, funda en el Hospital de Santo Tomás de Londres, el Hogar Nightingale, para la formación de enfermeras, cuyo método es adoptado posteriormente por numerosas instituciones sanitarias.

Escribe varias obras: «Notes on Nursing», «Notes on Hospital», «Introductory notes on lying-in institutions», y un estudio sobre las condiciones sanitarias de la India. En el año 1907, se convierte en la primera mujer galardonada por el gobierno británico con la Orden del Mérito.

Desde el primer momento, se convierte en paladín y propagandista de la fundación de la Cruz Roja esta mujer singular, dotada de acusada personalidad y capacidad de trabajo impresionante, cuyo afecto por el enfermo la llevó a ser conocida popularmente, con el cariñoso apodo de la «Dama de la lámpara», por la que portaba en las noches del frente a la búsqueda de heridos en el campo de batalla, o el «Ángel de Crimea».

Clara Barton

Clara Barton nace en Oxford, estado de Massachusetts, el día de Navidad de 1821 y vive intensamente la guerra civil norteamericana, donde unas dos mil mujeres actuaron como enfermeras. La actividad desplegada por esta mujer cerca de los combatientes, su capacidad de organización y disciplina, hace posible que su labor cuaje cerca de la Comisión Sanitaria de los Estados Unidos y del propio ejército, donde llega a convertirse en figura casi legendaria de los soldados federales. Finalizada la guerra, hace un viaje a Suiza para restablecer su salud en exceso quebrantada y conoce, en Ginebra, a Gustavo Moynier, y a través suyo, entra en contacto con los demás miembros del Comité Internacional de la Cruz Roja que ya estaba constituido y funcionando. Posteriormente, 1870, actúa en Europa con ocasión de la guerra franco alemana, como agente de dicho Comité Internacional de la Cruz Roja, organizando los servicios de la Cruz Roja Prusiana.

Cuando en 1875 regresa a los Estados Unidos, ejerce, por encargo del Presidente del Comité Internacional, una vigorosa campaña en pro de la adhesión del Gobierno de Washington a la Convención de Ginebra, esfuerzo que se vé coronado por el éxito ya que, el día 16 de marzo de 1882, el Senado de los Estados Unidos aprueba la adhesión a la misma, con lo que logró ver como la Cruz Roja Americana consigue el derecho de intervenir, oficialmente reconocida, para prestar sus auxilios, no solo en tiempo de guerra, sino en toda clase de calamidad pública, de incendio, inundación, peste y hambre.

En 1881, había sido nombrada Presidente de la Cruz Roja de los Estados Unidos de América, y en los años 1899 y 1902, tomó parte en tareas de socorro en las guerras de Cuba y en la angloboer.

Es autora de una «Historia de la Cruz Roja en la Paz y en la Guerra» y de un interesante y ameno relato sobre la expedición de la Cruz Roja al Asia Menor.

HENRI DUNANT Y LA FUNDACION DE LA CRUZ ROJA

Infancia y juventud

El día 8 de mayo de 1828, nació en Ginebra Henri Dunnat. Hombre de negocios dotado de un fino espíritu y una gran sensibilidad adquirida, seguramente, en la tradición humanitaria de su hogar familiar que le incitaba, desde joven, con el ejemplo de sus mayores, a integrarse en asociaciones benéficas que le llevaron, desde el ejercicio de la ayuda a ancianas inválidas o moribundas, hasta ser portador de consuelo para quienes, en la cárcel, purgaban sus delitos y escuchaban atónitos, al joven Dunnat, la lectura de libros educativos, en visitas constantes los días festivos.

Este alma sensible del joven ginebrino, dotado de una capacidad extraordinaria para la percepción del dolor ajeno, se complementaba, en su modo de ser inquieto y universalista, con la formación en las técnicas comerciales y financieras adquiridas bajo la experta dirección de la Casa Lullin y Sautter de modo que, humanitarismo, ciencia y técnica se conjugaban de tal manera que armonizados facilitaban en Henri Dunnat la posibilidad de aplicar, a los fines humanitarios, su gran atracción, las frías técnicas del conocimiento de mercados, organización de empresas y conformación de la opinión pública al servicio de los nobles ideales que, con los años, se plasmarían en su obra genial y trascendente: La Cruz Roja.

Las influencias en su formación

Y si la Casa Lullin y Sautter proyectó sobre el joven ginebrino el conocimiento del complicado mundo de los negocios, fueron tres mujeres excepcionales las que influyeron sobre su espíritu inquieto en el favor de los más necesitados: la señora Beecher Stowe, autora de «La cabaña del Tío Tom», Florencia Nightingale y Elizabeth Fry.

En el año 1855, se organiza en París la I Conferencia Universal de las Uniones Cristianas, y ya en 1852, Henri Dunant participa activamente en la fundación de la Unión de Jóvenes Cristianos, realizando toda una serie de viajes por Holanda, Francia, Bélgica, Alsacia y toda

Suiza en relación con la expansión y consolidación de este movimiento, actividad que compartió, desde 1854, con sus trabajos en la Compañía de Colonias Suizas de Sétif, con abundantes intereses en el norte de Africa, lo que le permitió viajar frecuentemente por Argel, Kabilia, Túnez, etc.

Su preocupación por el trato a los esclavos

En 1855 deja la Sociedad para fundar en 1856 la S.A. de los molinos de Mons Djemilia, pasando una temporada en Túnez, donde en 1857 escribe sus «Noticias sobre la regencia de Túnez», en donde incluía un interesante capítulo, que fue publicado separadamente, bajo el título de «La esclavitud entre los musulmanes y en los Estados Unidos de América», donde se contienen durísimas críticas a la situación de los esclavos en los Estados Unidos.

La experiencia de la Batalla de Solferino

En 1859, Henri Dunnant tenía treinta y un años, emprende un viaje de negocios a Italia que iba a ser decisivo en su vida y en su obra posterior. El día 24 de junio de 1859, el hombre de negocios se enfrenta con la cruda realidad de una guerra entre los ejércitos franceses y sardo que tiene por escenario la región lombarda. Se enfrentaban las fuerzas de Napoleón III con las del Emperador Francisco José. La noche de aquel día, que marcaría definitivamente su alma sensible, se había cuajado de gritos lastimeros, de hondos gemidos, bajo las estrellas. Allí, sobre el campo de batalla de Solferino, morían y sufrían los soldados combatientes sin el consuelo ni la ayuda de unos servicios sanitarios, tan escasos e inexpertos, que puede afirmarse que casi ni existían siquiera.

Aquel hombre, joven aún, curtido en los frecuentes viajes de negocios, sensibilizado por sus lecturas y sus actividades piadosas, recorre el campo de batalla ayudado por algunas mujeres, cuatro médicos austriacos y uno alemán, intentando el socorro en medio de una desorganización total. Su propio coche es utilizado para acarrear hasta el campo de batalla desde Brescia, útiles y víveres.

Las primeras iniciativas en la organización de socorros

El deprimente espectáculo del que es testigo, le incita a recabar del Emperador, por medio de los buenos oficios del general Mac Mahon, las autorizaciones pertinentes para organizar en medio de las difíciles circunstancias, los socorros mínimos. Y Solferino, con la triste experiencia vivida, vá a ser motivo de un libro que constituye ya, una auténtica obra histórica por cuanto en él, no solo se relatan las trágicas expe-

riencias de las que fue singular testigo, sino que, a lo largo de sus tres partes, se contienen los elementos básicos que constituirán su ideal humanitario: descripción de la estrategia, experiencias personales y demandas para el porvenir. «Un recuerdo de Solferino», título de la obra, no es solo un relato, sino sobre todo la afirmación de una actitud posible para el logro de la paz como consecuencia de la armonía y el entendimiento entre las naciones y los individuos. La instalación de la tolerancia superadora de los prejuicios, de las diferencias de clase, raza, religión y sexo. El respeto a las opiniones políticas, sin caer en ninguna militancia, y sobre todo, la proyección de las enseñanzas evangélicas, fuente de la caridad, que hace posible la unión sobre las divergencias.

«Un recuerdo de Solferino», libro trascendental

El libro, «Un recuerdo de Solferino», adquiere una amplia difusión entre la sociedad ginebrina, y especialmente, conmueve su lectura a Gustavo Moynier, a la sazón, Presidente de la Sociedad Ginebrina de Utilidad Pública.

La Comisión de los Cinco. Primer paso hacia la fundación de la Cruz Roja

A partir de entonces, Dunnant, no descansa de hacer gestiones a todos los niveles con la tenacidad del que cree en el posibilismo de sus ideas. Así, el 9 de Febrero de 1863, Gustavo Moynier consigue la formación de una Comisión en la que se integran, con él, el General Dufour, el Dr. Luis Appi, el Dr. Teodoro Maunoir y el propio Henri Dunnant. Se había de esta forma iniciado el primer paso hacia la Cruz Roja. El día 17 de Febrero, se reunía por primera vez la Comisión de los Cinco y, en escaso tiempo, formalizaban las cinco proposiciones que pretendían apoyara el Congreso Internacional de Beneficencia que se celebraría en Berlín en el mes de septiembre del mismo año. Estas proposiciones eran:

Las Cinco Proposiciones

1. Creación de Comités Nacionales, con carácter permanente, para la organización del socorro a los heridos militares.
2. Alianza internacional de los Comités.
3. Neutralidad para los heridos, enfermos, personal y material de hospitales y ambulancias.
4. Creación de Comités auxiliares a fin de lograr un crecido número de personas capaces para la asistencia, cura y cuidado de los heridos.
5. Organización de reuniones periódicas, por medio de conferen-

cias internacionales, encargadas de perfeccionar las mejoras de hospitales, transporte y cuidado a los heridos.

Nacimiento de la Cruz Roja. El primer Convenio de Ginebra

Al suspenderse el Congreso Internacional de Beneficencia que iba a celebrarse en Berlín, la Comisión procedió a convocar en Ginebra, el día 26 de octubre, una Conferencia Internacional a partir de la cual, se suceden los esfuerzos para aplicar el espíritu de la misma sobre prácticas concretas en los distintos países. De esta forma, el 25 de mayo de 1864, queda constituido el Comité Central de la Sociedad de Socorro a los Heridos Militares en Francia, y en agosto del mismo año, se consigue convocar una nueva Asamblea Internacional, con carácter, esta vez, de reunión diplomática, que ratifica las cinco proposiciones de la primera Conferencia Internacional, y así, el día 22 de agosto del mismo año de 1864, se logra la firma del primer Convenio de Ginebra. Con él nace definitivamente la Cruz Roja desde un punto de vista legal y se inicia el planteamiento de lo que hoy constituye un auténtico cuerpo de doctrina de Derecho Internacional Humanitario.

Los problemas personales. Crisis económica

Si el verdadero sentido de la caridad entraña la renuncia, Henri Dunnat nos aparece, a nivel humano, como prototipo de dicha virtud. Sus esfuerzos para buscar y alcanzar el triunfo del humanitarismo en el acontecer de la vida social e internacional, se vió coronado por el éxito en la misma medida que su vida privada de hombre de negocios se veía abocada a la ruina, a tal punto que, el día 25 de agosto de 1867, tres años después de que se firmara el primer Convenio de Ginebra, asediado por los problemas económicos de la sociedad mercantil que había promocionado, se ve en la triste situación, obligado por las circunstancias, de solicitar su dimisión del cargo de Secretario del Comité Internacional de la Cruz Roja. Paralelamente, el mismo año, salía a la luz pública uno de sus escritos más impresionantes, por cuanto exponía de manera clarísima, el conjunto de sus ideales de solidaridad y de paz. Su título: «Los prisioneros de guerra».

Su tenacidad puesta al servicio del logro de los altos objetivos que habían forjado su vida, le lleva, una vez más, superando la triste situación a que le habían conducido los acontecimientos, a trabajar por que Francia, declarada en 1870 la guerra de Alemania, se adhiera a la Convención de Ginebra. Con la publicidad de la adhesión deseada en el Diario Oficial, Dunnat se lanza de nuevo a la organización del socorro a los heridos en el campo de batalla, y terminada la guerra, en el natural adocenamiento en que suelen caer las sociedades por una especie de

deseo colectivo de olvidar los sufrimientos, Henri Dunnat, sigue luchando por conseguir, precisamente mediante la preparación de los hombres en tiempo de paz, la superación de las situaciones de enfrentamiento. Su proyecto no es sólo el de una organización capaz de prestar auxilio a las víctimas de la guerra, sino que es, sobre todo, un verdadero sistema educativo proyectado a evitar, precisamente, el mal de la guerra. Así el 3 de junio de 1872, inicia sus reuniones la Alianza Universal del Orden y la Civilización en la que se reencuentran figuras tan entrañables, todos ellos luchadores por la paz, como Fernando de Lesseps, el General Beaufort, Federico Passy, Marbeau y el Arzobispo Dupanloup. Todos ellos intentaban de nuevo aunar esfuerzos para el progreso de la civilización y la consecución del mantenimiento de la paz política y social.

Su estancia en Inglaterra

Un mes después, marcha a Inglaterra, pronunciando en Londres una conferencia sobre la suerte de los prisioneros que alcanza un notable eco, tanto en las esferas sociales como gubernamentales. En febrero de 1874 resulta elegido Secretario de la Sociedad para el Mejoramiento de la situación de los Prisioneros. Prosigue sus trabajos en torno a la Alianza Universal e intenta la preparación de una Conferencia Internacional, que no llega a cuajar en el planteamiento y ratificación de las propuestas de Henri Dunnat. En 1875, lanza un memorandum sobre el estado del trato dado a los negros, cuyos contenidos se presentan ante el Comité Internacional contra la Esclavitud y, aprovechando la reacción favorable que se produce ante los estragos ocasionados por unas grandes inundaciones ocurridas en el Mediodía francés, vuelve de nuevo a exponer sus propósitos encaminados a lograr una Cruz Roja que no sea sólo institución dedicada al Socorro en tiempo de guerra, sino un auténtico frente universal, capaz de responder, con eficacia, ante cualquiera de las múltiples calamidades que la vida humana y social ha de afrontar.

Los últimos años de su vida. El primer Premio Nobel de la Paz

En los últimos años de su vida, ya instalado en Heiden, sin disminuir su actividad de escritor y luchador por la paz, recibe el consuelo que entraña el recuerdo de quienes estaban obligados al reconocimiento de su permanente esfuerzo. El Gobierno Federal Suizo le concede el Premio Binet, y en 1901, cuando contaba setenta y tres años de edad, recibe la notificación de habersele concedido, por vez primera, el Premio Nobel de la Paz, y una vez más, haciendo gala de su coherencia y

capacidad de renuncia, Henri Dunnat lo recibe para donarlo posteriormente en beneficio de la obra de la Cruz Roja.

El día 30 de Octubre de 1910, deja de existir. Entre sus papeles aparece, inacabado, un trabajo sobre los orígenes de la Cruz Roja.

La Cruz Roja y Media Luna Roja en la actualidad

Desde su fundación, hace más de 120 años, de norte a sur y de este a oeste, el Movimiento de la Cruz Roja es una realidad en el mundo.

Una idea humanitaria, patrimonio de muchos y desarrollada poco a poco. Una Institución extendida actualmente en 135 países, con más de 250 millones de voluntarios que la hacen posible día a día, distribuidas por el mundo de la siguiente forma:

AFRICA-31 Sociedades de la Cruz Roja y 8 de la Media Luna Roja

AMERICA-27 Sociedades de la Cruz Roja

ASIA-21 Sociedades de la Cruz Roja y 14 de la Media Luna Roja

EUROPA-29 Sociedades de la Cruz Roja, 1 de la Media Luna Roja y 1 de la Cruz Roja y Media Luna Roja (U.R.S.S)

OCEANIA-3 Sociedades de la Cruz Roja

En total 111 Sociedades de la Cruz Roja, 23 de la Media Luna Roja, y una de la Cruz Roja y Media Luna Roja. (135 Sociedades nacionales).

Las Sociedades nacionales de la Cruz Roja y Media Luna Roja, son conscientes de que no pueden mirar al pasado con ánimo de copia, sino al futuro con ánimo de adivinación, no pueden anquilosarse, porque si lo hacen perderán el ritmo de un tiempo y serán organizaciones con laureles pasados, pero ineficaces en el presente.

En un mundo desgraciadamente más y más dramático por días y con un voluntariado también más concienciado y sensibilizado, es posible llevar a cabo la ingente tarea actual. De ahí que nuestras respuestas, las de la organización, las de las Sociedades nacionales y las de los voluntarios sean varias y casi siempre dirigidas a donde son más necesarias.

Al analizar las acciones que llevan a cabo actualmente las Sociedades nacionales podrá comprobarse que el espectro es enormemente amplio y que junto a una acción común que llamaríamos actividades histórico-tradicionales, la dimensión de lo nuevo, del aquí y ahora de cada comunidad es un hecho.

Por ello junto a la acción sanitaria, la donación de sangre, la preparación para desastres o los primeros auxilios, así como la ayuda en la aplicación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, vamos a encontrar entre otras, las acciones de desarrollo comunitario, la protección de la naturaleza, la enseñanza, desarrollo y difusión del Derecho Internacional Humanitario y de los ideales de paz justa o

la lucha contra la marginación. Son como se ve, otras dimensiones del problema, y respuestas diferentes a las tradicionales respecto a hondos problemas de la sociedad que no por nuevos o menos visibles, son menos dolorosos.

Por último, creo que una de las mejores pruebas de la dinamicidad del Movimiento de la Cruz Roja y Media Luna Roja, es su grado de participación juvenil. Alrededor de 100 millones de jóvenes son y hacen la Institución, al mismo tiempo que reafirman y comparten sus ideales.

II. LA CRUZ ESPAÑOLA: ORIGEN HISTORICO

La solidaridad y el socorro en España: antecedentes históricos

España es tierra propicia a las invasiones. Su situación geográfica, paso entre dos continentes, bañada por el mar la mayor parte de sus fronteras, variada en sus tierras y clima, todo la hace propicia a convertirse en escenario donde los más diversos pueblos van a ejercer la lucha por su conquista, el paso devastador, la colonización fecunda. La persecución, unas veces, la tolerancia, otras. En fin, puede decirse que la geografía de esta península ha constituido, en el largo paso del tiempo, como un a modo de tablado en el que el hombre y los pueblos diversos, han representado el drama profundo de su existencia, donde se mezclan virtudes y defectos, esperanzas y frustraciones, precipitando ese intento común a la humanidad que constituye el afán por una vida mejor.

Este dar durante siglos en una, casi permanente, lucha, unas veces se conquista, otras se reconquista, explica que nos encontremos, al repasar su historia, con abundantes antecedentes de lo que podría suponer una asistencia o un socorro, más o menos organizado. La lucha armada, las epidemias, los altos niveles en el conocimiento de la medicina que aportan las invasiones de origen oriental, la rápida expansión del Cristianismo, la aparición de centros de peregrinación religiosa, pensemos en los hospitales y centros asistenciales que jalonan las rutas jacobeanas, todo posibilita el que, como decíamos, tropecemos en nuestra historia con abundantes muestras de la solidaridad ante las necesidades y miserias humanas, incluso con curiosa anticipación respecto a la universalidad en el ejercicio de estas acciones, que no tienen en cuenta credos o razas —el español es un pueblo mestizo—, añadiendo a todo ello la expansión que supone, en el devenir de los tiempos, el descubrimiento y colonización del nuevo mundo.

Primeros datos históricos

Sólo por reseñar algunos casos, destaquemos que se tienen noticias de la existencia en la ciudad de Mérida de un establecimiento hospitalario fundado, hacia el año 580, por el obispo Massena, durante el reinado de Leovigildo. Desde un punto de vista jurídico, podemos también referirnos a las cuestiones que, en materia de derecho de asilo y protección a los pobres, se contienen en el Fuero Juzgo.

Los centros asistenciales en la Reconquista

Los centros fundados durante la reconquista, como el de San Nicolás de Oviedo, reinando Alfonso el Casto. El de San Lázaro en Palencia, fundado por el caballero inolvidable que fue Rodrigo Díaz de Vivar, el Cid Campeador. El famoso Hospital del Rey, en la ciudad de Burgos, mandado edificar por Alfonso VIII, o los de la Santa Cruz y Santa Eulalia, debidos a la iniciativa del caballero Guitardo en Barcelona.

Las Ordenes Militares y Hospitalarias

A partir del siglo XI aparecen las Ordenes Militares y Hospitalarias, alguna de las cuales, como la de los Caballeros de Santiago, ejercen acciones de protección al socorro. La Orden Mercedaria, fundada en 1218, dedicada especialmente al socorro y rescate de cautivos, de tanta importancia y tan extendida por toda la geografía española, además de las diversas instituciones y asociaciones piadosas que levantan y dirigen asilos, socorros domiciliarios, hospitales de incurables, ayuda a los encarcelados, etc.

Un hospital de campaña en Granada

El sitio de Granada en 1492, es escenario del levantamiento de un auténtico hospital de campaña por iniciativa de la reina Isabel la Católica, ciudad que, una vez conquistada, y a partir de 1540, conoce la labor impresionante que, cerca de los enfermos, desarrolla la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, verdaderos pioneros en la perfección de la acción hospitalaria.

Cofradías y gremios

No menos importante es la auténtica labor asistencial y de socorro llevada a cabo por las diversas Cofradías nacidas en el seno de las ciudades en estrecha vinculación con los Gremios. Ya el «Libro del Consulado del Mar», redactado durante el reinado de Jaime I el Conquistador, incluye la regulación de lo que puede calificarse como primeros in-

tentos de acción humanitaria en favor de los hombres dedicados a trabajos marinos, sector social que conoció, además, la magnífica labor desarrollada por las Cofradías de Navegantes.

La aportación de árabes y judíos

Por fin, también en la Edad Media, florece con personalidad acusada y reconocida la aportación que, en los estudios e investigación de la medicina, aportan los árabes y judíos, tanto en las cortes por ellos dominadas como en las cortes de los reyes cristianos. Toledo y Córdoba alcanzan, en este sentido, esplendor inusitado, y en esta última ciudad resalta la merecida fama de su Escuela de Medicina y la del hospital que funcionaba en ella.

Los intentos de regulación de la labor asistencial

En 1528, Carlos I y su madre doña Juana, realizan un auténtico ensayo legislativo para regular la beneficencia, referida especialmente a los hospitales para leprosos, conocidos vulgarmente como Casas de San Lázaro, así como otros centros asistenciales como los de San Antón.

A partir del siglo XVII, crece sustantivamente el número y calidad de hospitales, así como las iniciativas de regulación y ordenamiento de la asistencia en ellos efectuada, destacando, en este sentido, las disposiciones que respecto a la sanidad en la Armada incluye la Real Cédula de 1622 de Felipe IV, antecedente inmediato de las «Ordenanzas para el gobierno de la Armada Real del Mar Océano», promulgadas en 1633, y que constituyen un claro antecedente de derecho humanitario referido a los hombres de la mar. Anteriormente, durante el reinado de Felipe III, la preocupación en torno a la ordenación racional de la beneficencia, cristaliza en la obra del médico D. Cristóbal Herrera autor y motor de un verdadero plan sanitario, que culmina con la creación de diversas instituciones asistenciales, entre ellas, el Hospital General de Madrid.

La guerra de la independencia. La Madre Raffols. Los antecedentes inmediatos de la Cruz Roja Española

En tiempo histórico más cercano, destaca la figura de la religiosa fundadora de la Congregación de las Hermanas de la Caridad de Santa Ana y heroína de la Guerra de la Independencia, María Raffols, nacida en 1781 en Villafranca del Penedés, quien durante los sitios de Zaragoza se distinguió por su abnegación y heroísmo. Incendiado el hospital y en gravísimo estado los heridos y enfermos, María Raffols consigue llegar hasta la línea enemiga y tras entrevistarse con el general sitiador

Lannes, logra que este autorice el paso de alimentos y medicinas hasta la ciudad sitiada. También durante la Guerra de la Independencia hemos de citar a las heroicas mujeres que, formando la Compañía de Santa Bárbara, actuaron valerosamente en el sitio de Gerona llevando el consuelo y el auxilio a los heridos. Por su vinculación al nacimiento de la Cruz Roja, y por la magnífica actividad históricamente desarrollada, hemos de mencionar, por último, a la Orden Humanitaria de la Santa Cruz y víctimas del Dos de Mayo, así como a la Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de Jerusalén.

LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA. ETAPA FUNDACIONAL

España fue una de las dieciséis naciones que participaron en la Conferencia Internacional celebrada en Ginebra, del 26 al 29 de Octubre de 1863, en la que fueron adoptadas diez resoluciones y tres votos que constituyeron el acto de nacimiento de la Cruz Roja. Así, podemos decir que España acudió desde el primer momento a la llamada de enorme alcance moral que constituía la iniciativa de Henri Dunnat.

Una vez más la nación española era consecuente con su densa tradición humanitaria.

Las primeras tareas organizativas

Los primeros pasos organizativos se realizan bajo los auspicios de la Orden Humanitaria de San Juan de Jerusalén, y como delegado de la misma, asiste a la Conferencia Internacional aludida, el Excmo. Sr. D. Joaquín Agulló de Ripalda, acompañado del Médico Mayor de Sanidad Militar, Don Nicasio Landa y Alvarez de Carballo. Terminada la Conferencia Internacional y efectuado su regreso a España, el Conde de Ripalda presentó ante el Gran Prior de la Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, reunida en Junta General, el Infante D. Sebastián de Borbón y Braganza, el encargo recibido en Ginebra para instituir en España la Asociación de Socorro a los Heridos, iniciativa que fue acogida con gran entusiasmo.

La felicitación del Comité Internacional de la Cruz Roja

Los trabajos realizados en los momentos fundacionales fueron de tal eficacia que, sólo un año después, en 1864, el Comité Internacional de Ginebra emitía un informe, que, entre otras cosas, decía:

«España es de los países que más resueltamente han marchado por el camino que marcó el Congreso. El espíritu caballeresco de los españoles no podía permanecer indiferente a la causa cuyo estandarte he-

mos levantado y los más altos personajes han demostrado hacia ella grandes simpatías».

El Manifiesto del 26 de Mayo 1864

Reinando en España Isabel II, la Junta Organizadora de la Sociedad de Socorros en la que participaron quince personalidades pertenecientes a la Sanidad Militar, Orden de San Juan de Jerusalén y Orden Humanitaria de la Santa Cruz y Víctimas del 2 de Mayo de 1808, bajo la presidencia del General Don Miguel Oset y Mateo, decano de la Asamblea de la Orden de San Juan de Jerusalén, hizo público un Manifiesto el 26 de Mayo de 1864, en el que se recogían sus propósitos.

El 22 de agosto de 1864 asiste a la firma del primer Convenio de Ginebra, como Ministro Plenipotenciario de Su Majestad la Reina, el Excmo. Dr. Don José Heriberto García Quevedo que lo signa en primer lugar.

El Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para la mejora de la suerte de los militares heridos o enfermos en los ejércitos de campaña, que España signa en primer lugar, fue posteriormente extendido, en sus principios, a la guerra en el mar por iniciativa del Comité de Cartagena que presidía Don José M.^a Salafranca y Aurich, quien en reunión celebrada el 27 de Enero de 1866 aprobó y solicitó la referida ampliación del Convenio de Ginebra, viéndola hecha realidad en el Convenio de Ginebra del 20 de Octubre de 1868.

En 1870, actúa la Cruz Roja Española por primera vez en un conflicto internacional, recaudando y enviando ayudas a los heridos y enfermos de la guerra franco-prusiana, recibiendo, una vez concluido el conflicto, el agradecimiento de ambos contendientes por la labor realizada.

Gracias a la magnífica propaganda que, sobre los fines de la Sociedad de Socorro, hiciera la ilustre escritora Doña Concepción Arenal, se constituyó en Madrid, promovida por damas de nuestra aristocracia, en 1870, la Sección Central de Señoras que presidió la Duquesa de Medinaceli.

Su bautismo de fuego tiene lugar el año 1872, durante la Guerra Carlista. En los alrededores de Oñate se desarrolla la acción de Oroquieta. Allí, una subsección de la Cruz Roja Española atendió a los heridos, bajo el fuego del Batallón de Cazadores de Mendigorria.

En Diciembre de 1894, nos encontramos con el primer antecedente de lo que, posteriormente, hemos entendido como una acción social ampliamente desarrollada. En dicha fecha se aprueba un proyecto para la creación de un hospital destinado, por la Cruz Roja Española, a la curación de obreros heridos por accidente de trabajo.

El Ministerio de la Guerra hace público el 10 de Febrero de 1897, un Decreto por el que se reconoce a la Cruz Roja Española «carácter oficial». Posteriormente, el 20 de agosto de 1899, se aprueban por Real Decreto, las Bases de la Cruz Roja Española, a las que se ajustarían los nuevos Estatutos que fueron aprobados por Real Decreto de 13 de julio de 1900.

Se dividía la institución, a efectos organizativos, en dos Secciones, la de Caballeros y la de Señoras, hasta Marzo de 1924 en que ambas se fusionan quedando constituida definitivamente la Asamblea Suprema, de forma parecida a como lo está en la actualidad.

LAS ACCIONES DE SOCORRO DE LA CRUZ ROJA

Como podemos apreciar, en la breve reseña histórica hecha, la Cruz Roja Española alcanza un notable crecimiento en un corto periodo de tiempo. Su organización vá extendiéndose por todo el territorio nacional. A los primeros Comités Provinciales de Valencia, Barcelona, Vitoria, Pamplona, Almería, Sevilla y La Coruña, se añaden, paulatinamente, los organizados en las demás provincias españolas.

También se extiende a las últimas colonias ultramarinas. El Ejército Español de Santo Domingo fue socorrido por los Comités que funcionaban en La Habana y San Juan de Puerto Rico, teniendo ambos ocasión de movilizar importantes acciones de socorro en la guerra hispano norteamericana que desemboca en el llamado Desastre del 98, por la que España pierde sus últimas colonias.

Desde aquel bautismo de fuego acaecido en la acción de Oroquieta, la Cruz Roja Española ha estado presente, con heroica abnegación, heroísmo y solidaridad, en los, casi sucesivos, acontecimientos que se eslabonan en la convulsiva historia de nuestra sociedad, desde su fundación a nuestros días.

El Dispensario Central y la Escuela de Enfermeras

Unas veces previniendo epidemias, como cuando en 1910 aparecieron los alarmantes casos de cólera en Austria e Italia. Otras enviando auxilios a cuantos lugares o zonas aparecieron como necesitados de los mismos. En 1921, el Ministerio de la Guerra acepta por Real Orden que los hospitales de la Cruz Roja atendiesen a los heridos y enfermos procedentes de las campañas militares de Africa. Más tarde, en 1924, se coloca la primera piedra de lo que sería el Dispensario Central en Madrid, modelo de establecimiento asistencial y Escuela de Enfermeras de la Cruz Roja Española.

La aviación sanitaria

El 20 de Julio de 1925, una Orden de la Dirección de Aeronáutica Militar, normaliza el auxilio de la Cruz Roja Española para el avituallamiento y dirección de la primera aviación sanitaria española.

La bandera blanca con la Cruz Roja, jalona los campos de batalla durante las campañas de Marruecos y, al regreso de los soldados, en puertos y estaciones de ferrocarril, los puestos de socorro, las damas y enfermeras, los camilleros, ponen una nota de consuelo que se convertiría en gratitud inolvidable para tantos y tantos españoles participantes en la larga contienda africana. La Cruz Roja había colocado su pabellón a muy alto nivel. Su prestigio estaba ya asegurado.

Las últimas guerras

El papel neutral que adopta España durante la I Guerra Mundial, también obliga a la Cruz Roja Española a desempeñar una extensa tarea de socorro y auxilio a las víctimas de este desastre.

Igualmente ocurre durante la Guerra Civil española de 1936 a 1939. La acción organizada en los dos frentes en que España se divide es tan amplia, que, al finalizar la misma, se concede a su bandera, con carácter colectivo, la Gran Cruz de la Beneficencia. Hechos como la acción heroica desarrollada en Somiedo, las evacuaciones de niños y adultos a zonas neutrales, el suministro de víveres y medicamentos, el auxilio a los refugiados y presos, el intercambio de prisioneros, etc., constituyen tareas permanentes en los campos de batalla, en la retaguardia y en la difícil posguerra.

Terminada la Guerra Civil española, estalla la II Guerra Mundial. De nuevo España permanece como nación neutral y una vez más, la Cruz Roja Española, juega un importante papel cerca de los órganos internacionales y ante los países beligerantes.

Las tareas de repatriación de prisioneros de guerra

Por último, cabe destacar como brillante operación realizada por la Cruz Roja Española, a través del Comité Internacional, y con la colaboración de la Cruz Roja Francesa que conectó con la Cruz Roja Soviética, avanzado el período de posguerra, de 1954 a 1959, consiguiendo la repatriación de cerca de dos mil trescientos españoles que se encontraban en la Unión Soviética como prisioneros de guerra, organizando ocho expediciones. La repatriación tuvo lugar siendo Presidente de la Asamblea Suprema el Excmo. Sr. Don Manuel Martínez de Tena y actuando como encargado responsable de la operación el Duque de Hernani.

LA CRUZ ROJA ESPAÑOLA EN LA ACTUALIDAD

Su, más que larga, densa historia, ha hecho posible, suma de un esfuerzo continuado, que la Cruz Roja Española se haya consolidado como una de las instituciones de más prestigio en el seno de la sociedad española. El periodo de paz surgido tras las últimas guerras ha permitido, no sólo consolidar la obra, sino extenderla, en un permanente esfuerzo de modernización, llevando sus acciones benéficas a los más variados campos de necesidades, dentro siempre de los altos objetivos y de acuerdo con el espíritu que anima a la organización.

Cruz Roja Española 1983

Sería prolijo y excesivamente pesado el enumerar todo cuanto ha hecho la Cruz Roja Española para llevar a cabo sus acciones a lo largo de estos últimos años, y por ello me limitaré a expresar en cifras y actividades lo realizado en el transcurso de 1983. Con sus 980 Sedes y Centros no Asistenciales, 32 Hospitales, 100 Centros Sanitarios, 31 Bancos de Sangre, 1.152 Puestos de Socorro, 306 Centros para Jóvenes, 1.257 Ambulancias, 510 Embarcaciones de Salvamento en Playas y Alta Mar, 17 Centros de ancianos, 6 Guarderías infantiles y 47 Centros de Enseñanza de Enfermería, ha titulado 50.000 Socorristas, realizado 65.464 salvamentos y ayudas en el mar, atendido a 335.195 personas en carretera, evacuado en ambulancia a 126.550, impartido 932 Seminarios y Cursos de formación o especialización, 147 Programas para ancianos, marginados, disminuidos, presos, drogadictos, etc. asistido a 4.500 refugiados, atendido en sus hospitales y centros médicos a unas 200.000 personas, colectado 50.000 litros de sangre, realizado numerosas actividades para jóvenes, trabajado por la difusión de los derechos del hombre y altos estudios humanitarios, realizado diversos programas de cooperación internacional y editado 60 publicaciones de formación y divulgación. Sus voluntarios aportan 50 millones de horas-año de trabajo gratuito.

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CRUZ ROJA Y MEDIA LUNA ROJA

La doctrina contenida en los Principios Fundamentales conforma sin duda alguna, la síntesis definitoria de su esencialidad de manera que, los mismos, aparecen como presentes desde sus orígenes y se hacen presentes desde un punto de vista jurídico formal.

Es por ello que los Principios Fundamentales, expresión de la esen-

cialidad de la Institución, conformadores de las tareas humanitarias desarrolladas por la Cruz Roja y Media Luna Roja, son también, y esto es lo más importante por cuanto el hombre es el sistema, elementos básicos en el quehacer de los hombres y mujeres que la sirven.

Los Principios Fundamentales, tal como ahora se conocen, han tenido un proceso de elaboración y ha pasado bastante tiempo, antes de que fueran redactados en su texto actual.

Inicialmente estos principios eran:

La imparcialidad, la independencia política, religiosa y económica, la universalidad y la igualdad de las Sociedades nacionales

Pasados algunos años, el Consejo de Gobernadores de la Liga de Sociedades de la Cruz Roja, en su reunión celebrada en Oxford (Inglaterra) en el año 1946, aprueba mediante la Resolución XII los 13 Principios, que venían a completar a los que hasta la fecha existían y que son los siguientes:

1. Las Sociedades de la Cruz Roja son organismos voluntarios, autónomos y abiertos a la adhesión de todos.
2. La Sociedad nacional de la Cruz Roja de un país, debe estar reconocida por su Gobierno y debe trabajar de acuerdo con el servicio médico del ejército, con el servicio de sanidad, y con todos los demás organismos apropiados, de manera a completar los servicios oficiales.
3. El uso del nombre y del emblema de la Cruz Roja está regido por el Convenio de Ginebra. Una Sociedad de la Cruz Roja no debería, bajo ningún pretexto, colaborar con organismos extraños a la Cruz Roja, utilizando el nombre y emblema de la Cruz Roja.
4. La base de la actividad de las Sociedades de la Cruz Roja debería ser la difusión entre el público, de los principios humanitarios y la aplicación de estos principios a favor de la previsión y del alivio de los sufrimientos de la humanidad.
5. Dado que la guerra es la plaga más terrible de la humanidad, las Sociedades de la Cruz Roja proseguirán las actividades capaces de crear las condiciones indispensables al mantenimiento de la paz.
6. Si a pesar de todas las tentativas, llegase a estallar una guerra, cada Sociedad de la Cruz Roja debería concentrar todos sus esfuerzos en atenuar la miseria causada por la guerra; en mejorar la suerte de los enfermos, de los heridos y de los prisioneros de guerra; en proteger de los horrores de la guerra a la población civil, en particular a las mujeres y a los niños, y en ayudarles moral y materialmente. Esta tarea debería efectuarse, ya sea independientemente, ya sea en cooperación con los Servicios del ejército y con los Servicios de defensa civil del Gobierno.
7. Dada la inmensa miseria humana causada por las inundaciones,

los terremotos y otras catástrofes debidas a causas naturales, cada Sociedad de la Cruz Roja debería hacer todo cuanto estuviera en su poder para disminuir los sufrimientos resultantes de estas catástrofes, ya sea en su propio país, ya sea en colaboración con la Sociedad de la Cruz Roja del país en que la catástrofe se ha producido.

8. Cada Sociedad de la Cruz Roja debería hacer cuanto estuviera en su poder para evitar y atenuar los sufrimientos resultantes de las epidemias o de las plagas sociales. Debería, independientemente o en cooperación con el Gobierno o con cualquier otro organismo que trabaje en el dominio de la sanidad o de servicio social, tomar disposiciones para organizar diferentes instituciones: hospitales, dispensarios, clínicas, etc. a fin de proporcionar socorros médicos a la población de su país y divulgar los conocimientos de higiene personal y pública entre todas las clases de la población.

9. Para realizar estos objetivos, es indispensable que cada Sociedad de la Cruz Roja esté organizada sobre principios verdaderamente democráticos. Debería hacerse lo necesario para que la Sociedad de la Cruz Roja sea accesible a la adhesión de todos los ciudadanos.

10. Los recursos financieros de cada Sociedad nacional deberán provenir principalmente de las cuotas de sus miembros, de donativos individuales o de los organismos o de las instituciones. Si el Estado concede a una Sociedad de la Cruz Roja fondos destinados a la ejecución de sus misiones fundamentales, la Sociedad interesada sólo puede aceptarlos a condición de conservar su independencia tanto en lo que se refiere al empleo de estos fondos como en lo que concierne a la independencia de la Cruz Roja en general.

11. Cada Sociedad de la Cruz Roja, recordando que el niño es el adulto de mañana, debería inspirarse particularmente en la necesidad de que se inicie a la juventud en el conocimiento de los ideales de la Cruz Roja, así como en el espíritu y en el significado mundialmente reconocido de los símbolos de la Media Luna Roja y de la Cruz Roja.

12. Si una Sociedad nacional de la Cruz Roja desea cooperar con otros organismos particulares, debe, sean cuales fueran las circunstancias, conservar su completa libertad de acción y proteger su carácter de Cruz Roja. Una Cruz Roja nacional tiene derecho de colaborar tanto con su Gobierno, como con otros organismos, a condición, no obstante, que sus actividades estén de acuerdo con los principios de la Cruz Roja.

13. Es de desear que toda Sociedad nacional de la Cruz Roja adhiera a la Liga de Sociedades de la Cruz Roja, con la condición de que se apliquen los principios de admisión requeridos para ser miembro.

El Consejo de Gobernadores propone que las Sociedades de la Cruz Roja apliquen ampliamente los principios mencionados, y eviten que una interpretación demasiado rígida de estos principios les impida so-

correr a los que necesitan su ayuda. Sin embargo, es indispensable que cada Sociedad de la Cruz Roja esté gobernada por estos principios fundamentales y que su actividad tienda hacia un fin claramente definido.

Las Sociedades nacionales de la Cruz Roja deben mantener su independencia, establecer sus propios estatutos y aplicar, en el espíritu de la Cruz Roja, las actividades humanitarias que juzguen de mayor utilidad según las condiciones que prevalezcan en sus países.

Aplicación de los Principios

1. Toda Sociedad nacional de la Cruz Roja debe tomar las disposiciones que se impongan en caso de uso abusivo del emblema de la Cruz Roja, del uso no autorizado del uniforme, de las insignias o del nombre de la Cruz Roja.

2. Una Sociedad de la Cruz Roja debe formar un personal para sus servicios y para aquéllas de sus instituciones cuyo objeto es remediar la enfermedad, el sufrimiento y la angustia, especialmente entre las víctimas de la guerra sin distinción de raza, nacionalidad, clase, religión u opinión política. A este fin, la Sociedad de la Cruz Roja constará de un organismo permanente y activo cuya acción se ejercerá en todo el territorio.

3. Una Sociedad de la Cruz Roja debe estar en situación y dispuesta a prestar, en tiempo de guerra, los servicios que constituyen el deber y el privilegio de la Cruz Roja. Su misión consiste especialmente:

a) en ser el auxiliar reconocido de los servicios médicos del ejército, de acuerdo con el Convenio de Ginebra;

b) en prestar socorro a los prisioneros de guerra, de acuerdo con el Convenio relativo a los prisioneros de guerra; en prestar socorro a las poblaciones civiles víctimas de la guerra;

c) en asegurar, en los países beligerantes, el servicio de informaciones y de noticias de la Cruz Roja;

d) en buscar a los desaparecidos y dar informaciones de los heridos.

4. Una Sociedad de la Cruz Roja debe conservar el carácter de organización independiente y voluntaria que le han reconocido su Gobierno, las autoridades locales y las otras organizaciones voluntarias que trabajan en el mismo sentido que ella; tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, el estatuto privilegiado de que goza la Cruz Roja, correría, en efecto, el riesgo de verse comprometido si la Sociedad no conservase su independencia y no protegiera la integridad de sus fines, de acuerdo con los principios de la Cruz Roja.

5. Una Sociedad de la Cruz Roja debe impulsar y favorecer el movimiento de la Cruz Roja de la Juventud entre los niños. Esta institu-

ción tiende a enseñar a los niños la importancia de la ayuda mutua, a desarrollar en ellos costumbres de higiene así como el sentido de su responsabilidad hacia los demás y la consolidación de los lazos de amistad internacional que unen entre sí, en el mundo entero, a las Secciones de la Cruz Roja de la Juventud de las Sociedades nacionales de la Cruz Roja.

6. A fin de ejercer su obra en el dominio de las enfermeras y en el de los primeros socorros, una Sociedad de la Cruz Roja debería formar enfermeras y personal capaz de dar al público cuidados médicos de otra índole, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz. (Consejo de Gobernadores, XIX Reunión, Oxford 1946, Resolución XII y Consejo de Gobernadores, XX Reunión, Estocolmo 1948, Resolución VII).

Los Principios Fundamentales actuales: HUMANIDAD, IMPARCIALIDAD, NEUTRALIDAD, INDEPENDENCIA, CARÁCTER VOLUNTARIO, UNIDAD Y UNIVERSALIDAD, fueron aprobados por la Resolución IX de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Viena (Austria), en el año 1965, sustituyendo a los Principios redactados anteriormente.

Son la base filosófica-doctrinal sobre la que se asienta la Institución, inspira su acción humanitaria, dirigida a todos los hombres, sin discriminación de ningún género.

Humanidad

«La Cruz Roja, a la que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos».

Así reza el desarrollo explicativo de los que la Cruz Roja entiende bajo el Principio Fundamental de Humanidad.

En esta descripción podemos destacar las siguientes cuestiones:

Un sentido permanente de perfección en cuanto a los objetivos, pero sin olvidar las raíces de su origen. La Cruz Roja nace para prestar auxilio, sin discriminación, a los heridos en los campos de batalla y, asumiendo esa génesis limitada, extiende su acción para prevenir, es decir, preparar los medios adecuados que modifiquen las causas de determinadas consecuencias no buenas ni queridas por la humanidad, y aliviar, auxiliar una vez que las mismas se producen el sufrimiento de los hombres, sin limitar su entrega, o sea, en todas las circunstancias y no sólo en los casos de guerra.

En segundo lugar se plantea la protección de la vida y la salud y el respeto a la persona humana, y con un realismo total en su redacción, lo califica como tendencia, es decir, actitud permanente, en movimiento continuo, en sucesiva superación de las circunstancias adversas, para lograr que el hombre ejerza su verdadera dimensión, aquella en la que su integridad, libertad y dignidad quedan salvaguardadas, no solo en la medida que constituyen atributos inherentes a la condición humana, sino además funciones a ejercer entre y con los demás. No sólo árbol frondoso de derechos formales sino la posibilidad de ejercicio, de realización y por tanto, de respeto garantizado.

Por último, aporta un programa concreto de acciones que conforman el camino a seguir para lograr un auténtico respeto a la persona humana y, de este modo, se compromete institucionalmente a favorecer la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos. Camino que es a la vez, senda y destino, en el que puede encontrarse el auténtico sentido de la convivencia.

Imparcialidad

«La Cruz Roja no hace ninguna distinción de nacionalidad, raza, religión, condición social, o credo político. Se dedica únicamente a socorrer a los individuos en proporción con los sufrimientos, remediando sus necesidades y dando prioridad a las más urgentes».

El sentimiento de Humanidad implica como requisito para cumplirse en la realidad el que la institución y por tanto, las personas que la sirven, lo hagan desde la Imparcialidad que se concreta en una actitud, una actividad y una valoración de acciones.

Consiste la actitud en la superación, a nivel de conducta, de cualquier discriminación humana. El fin de la Cruz Roja es la persona humana sujeto de sufrimiento, sea físico o moral. No es pues la nacionalidad, raza, religión, condición social o credo político el condicionante, por cuanto por encima de estas facetas, de estos roles o convicciones, está el soporte de los mismos, el hombre, cuya valoración real viene dada por su propia condición de tal y no por otras situaciones.

Esta actitud, esta conducta Imparcial, se realiza en actos concretos y estos, se definen únicamente en el socorro a quien lo necesita, practicándose en virtud de una escala valorativa cuya clave viene dada por la magnitud de los sufrimientos a socorrer y por la urgencia que los mismos presenten.

Neutralidad

«Con el fin de conservar la confianza de todos, se abstiene de tomar

parte en las hostilidades y, en todo tiempo, en las controversias de orden político, racial, religioso o filosófico».

Es lógico que la Cruz Roja se imponga como contrapartida a la inmunidad que se le reconoce, el Principio de Neutralidad.

Ello obliga, de acuerdo con el texto que lo explica, a ejercerla en dos direcciones. Neutralidad considerada como abstención de cualquier actividad beligerante por cuanto la inmunidad y la protección que se le reconocen por las Convenciones de Ginebra en el plano militar supone que la Cruz Roja se aparta de toda injerencia partidista, directa o indirecta, en todas las operaciones de guerra.

Pero también, Neutralidad en todo tiempo, lo que obliga a apartarse de cualquier controversia política, racial, religiosa o filosófica por cuanto ello entraña garantía para su labor y facilidad para su aceptación por todos los pueblos de la tierra, derivándose el prestigio que la caracteriza, y facilita su acción asistencial e intermediaria.

Independencia

«La Cruz Roja es independiente. Auxiliares de los poderes públicos en sus actividades humanitarias y sometidas a las leyes que rigen en los países respectivos, las Sociedades Nacionales deben, sin embargo, conservar una autonomía que les permita actuar siempre de acuerdo con los Principios de la Cruz Roja».

Difícilmente la Cruz Roja podría ejercer la imparcialidad en sus actividades y la neutralidad en su conducta si la institución como tal, no se asentase sobre el Principio de la Independencia.

Independencia que se ejerce respecto de la actividad o el poder político, económico, social o religioso presente en las naciones, que se proyecta en la vida de sus Sociedades nacionales, constituídas todas ellas en base a la igualdad y vinculadas entre sí por la solidaridad en la comunión de fines.

De este modo las Sociedades nacionales no aparecen como instituciones ajenas al derecho nacional, sino sometidas a las leyes que rigen en sus respectivos países incrustadas en su cuerpo social a través de sus múltiples actividades auxiliares de las diversas funciones públicas en tareas humanitarias, pero conservando en todo momento su personalidad, su autonomía que las distingue de otras instituciones y las enlaza con la tarea universal al armonizar esta singularidad con el ejercicio práctico de los Principios Fundamentales en acuerdo total.

Carácter voluntario

«La Cruz Roja es una institución de socorro voluntaria y desinteresada».

Si el respeto a la persona humana aparece como factor esencial en la actitud de la Cruz Roja, es lógico que la misma apoye su quehacer en el carácter voluntario que recaba y exige para sus adhesiones y adscripciones las cuales han de ser consecuencia de una decisión libremente aceptada.

El ejercicio de las altas misiones humanitarias que realiza requieren, que duda cabe, una especial predisposición personal basada en la libertad de elección porque es imposible el ejercicio de la caridad, del amor, allí donde la libertad no existe.

El voluntario de Cruz Roja se caracteriza por su vocación, por su deseo de servir un ideal que le permite una praxis inmediata y, en esta práctica, cuyo motor es el amor al prójimo, encuentra la satisfacción de su personal realización. Es pues una tarea que se aquista en un ideal de servicio, donde el hombre encuentra permanentemente la conciencia de su propio valor. En este sentido, la voluntad se proyecta, sin buscar contrapartida, de carácter utilitario sino la satisfacción moral de la entrega a los otros en que la caridad consiste.

Unidad

«En cada país sólo puede existir una sola Sociedad de la Cruz Roja; esta debe ser accesible a todos y extender su acción humanitaria a la totalidad del territorio».

El ejercicio práctico de las acciones humanitarias, de la imparcialidad y de la neutralidad, posibilitan el que los Principios y tareas de la Cruz Roja puedan ser voluntariamente aceptadas por cuantas personas desean hacer de sus vidas un servicio al margen de cualquier interés.

Esta claridad que supone el amplio horizonte de la Cruz Roja, se complementa y perfecciona por el Principio de Unidad que establece, dadas estas condiciones previas y esenciales, que en cada país sólo pueda existir una Sociedad de la Cruz Roja. Y esto es así, por cuanto toda persona vocada a sus trabajos y tareas no encontrará trabas a su adscripción, es decir, la Sociedad de Cruz Roja ha de ser accesible a todos los habitantes de un país y, la misma institución, como exigencia de su Unidad, ha de extender su acción humanitaria y su propia estructura a la totalidad del territorio.

Universalidad

«La Cruz Roja es una institución universal, en cuyo seno todas las Sociedades tienen los mismos derechos y el deber de ayudarse mutuamente».

Por último, la Cruz Roja se define a sí misma como institución Universal, y no podía hacerlo de otro modo si quería ser consecuente con

sus principios y con sus fines que no conocen frontera, por cuanto el sufrimiento, el dolor, la calamidad, permanecen como compañeros inseparables de la vida humana, más allá de cualquier limitación.

En virtud de su Universalidad, la Cruz Roja es una institución que pretende, desde su origen, extenderse, llegar a todos los hombres y a todas partes.

Para lograr la práctica de este Principio, la Cruz Roja ha fomentado y fomenta la creación de Sociedades nacionales, sus mejores instrumentos para el auxilio del que sufre.

Sus Sociedades nacionales han crecido y crecen bajo el principio de la igualdad de derechos y con la obligación de la ayuda mutua, lo que en nuestro tiempo ha originado, dada la difusión alcanzada por la institución en las cinco partes del mundo, la posibilidad de contar con un entramado organizativo que permite llegar con urgencia y eficacia ante cualquier situación requerida de ayuda, así como operar sobre las previsiones que la hacen posible.

Después de esta exposición, cabe formular la pregunta: ¿cuáles son los Principios Fundamentales que sigue en sus actividades la Cruz Roja y la Media Luna Roja?

Los Principios enunciados en diversas ocasiones de forma diferente a lo largo de la Historia de la Cruz Roja, pero que, en cuanto a su contenido, no han cambiado fundamentalmente desde que Henry Dunnant publicó su emocionante reseña del campo de batalla de Solferino y que inspiró al Comité de los Cinco la convocatoria, por parte del gobierno Federal Suizo, de la primera Conferencia de Ginebra, podemos agruparlos en dos grandes grupos:

Los tres primeros (Humanidad, Imparcialidad y Neutralidad) son, en su conjunto, el punto de partida de toda acción que lleva a cabo la Cruz Roja y Media Luna Roja. No le interesa saber en absoluto cual de las Partes en conflicto tiene razón y cual no; ni siquiera necesita saber cual es el agresor y cual es la víctima de la agresión. Que los organismos competentes como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas traten estas cuestiones, a veces tan difíciles de resolver. La Cruz Roja y la Media Luna Roja, en toda circunstancia, sólo ve al ser humano que sufre y que necesita, a veces con urgencia, la ayuda desinteresada.

Los últimos cuatro Principios (Independencia, Carácter Voluntario, Unidad y Universalidad) caracterizan el aspecto de organización de la Cruz Roja. Se trata de una institución social y humanitaria por excelencia, que mantiene su autonomía ante cualquier poder estatal, que no busca ningún beneficio, que no puede tener más que una Sociedad en cada país, se extiende a todo el mundo y cuando sus representantes se reúnen, garantiza a los de cada país una perfecta igualdad de derechos.

Su difusión y conocimiento es tarea primordial, no sólo proyectada entre y para sus actuales miembros sino, además, de necesaria extensión a toda la sociedad por cuanto su imparcialidad de una parte, los hace asumibles por cualquier persona, y de otra, la moral en ellos contenida hace factible el perfeccionamiento individual y social, a lo que podemos añadir que constituye, en la actual vida de nuestro tiempo, una necesidad por cuanto entrañan la solución a los graves problemas de la sociedad de nuestro tiempo.

Pero su conocimiento y difusión exige de todos una actividad receptiva desde el punto de vista de la formación que complementa la mera transmisión oral, escrita o visual en que la instrucción consiste, con la creación de hábitos adecuados y coherentes a través de la educación de manera que la conducta, como decíamos, no sea sino la consecuencia lógica de la adecuación entre pensamiento y acción.

2. NOTAS

LA DEFENSA Y EL PROBLEMA DE LA DISUASION

José Luis FERNANDEZ-FLORES

General Consejero Togado.

Director de la Escuela de Estudios Jurídico del Ejército.

Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado.

I. INTRODUCCION

I. Tomo como lema de esta exposición la *expresión* de T. Livio, «*dissuadere pacem*», que utilizó para aconsejar que no se hiciese una determinada paz. Independientemente de que yo también pienso que ciertas paces son desaconsejables, en cuanto hay valores superiores a la paz, hoy voy a remedar la expresión, cambiándola por la de «*dissuadere bellum*», disuadir de la guerra por medio de la posesión de la fuerza que, potencialmente, se usaría en la misma.

1. La palabra *disuasión* utilizada con la particular significación que tiene aplicada a nuestro campo de estudio, es *ambigua* y siempre se utiliza de forma ambigua. Frecuentemente se alude a la disuasión y no se sabe de que se habla, en cuanto esa vaga idea de disuasión que posee el hombre de la calle, el socorrido hombre de la calle, no coincide con el concepto real y, pudiéramos decir, técnico que tiene.

2. Este estudio, me brinda la *ocasión*, que no voy a desaprovechar de *construir* una teoría general de la disuasión, para que me sirva de base en la exposición de las disuasiones particulares que existen en el mundo de nuestros días.

Y el intento, no está exento de *dificultades*, porque, si en una primera aproximación al tema, me pareció relativamente sencillo, en una relativa profundización del mismo, he tropezado con una serie de datos, a su vez confusos, que me han complicado extraordinariamente el estudio.

Luego, no ha sido menor la dificultad para *resumirlos* y adaptarlos a ésta, necesariamente breve, exposición oral.

II. La *guerra* es una *constante* en la historia de la humanidad. Ha existido siempre y continúa existiendo.

Lo que ha ocurrido es que, en tiempos *anteriores* a los nuestros, cuando las comunicaciones eran difíciles, no nos enterábamos de muchas guerras que sucedían lejos y así hablábamos de períodos de paz,

con referencia sólo a nuestro particular círculo de civilización. Vale recordar, sin embargo, como lo hizo *Toynbec*, que no vivimos solos y que existen otros círculos de civilización, que también son de hombres.

Hoy, las guerras *chicas*, las guerras localizadas, las que leemos todos los días en los periódicos, con triste indiferencia para los sufrimientos de nuestros semejantes, están ahí. Y la sombra de la guerra *grande*, la que podría afectarnos a todos, la que terminaría con nuestra civilización y cuya posibilidad consideramos cada día con la mirada de lo improbable, también están ahí. por ahora es sólo una sombra. Deseemos que siga siéndolo, porque desear que desaparezca la sombra es ya un sueño.

La guerra, y ya ha sido dicho, parece la ocupación *favorita* del hombre. Y hay que reconocer, como lo hace *Nicholson*, que «*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, de conocimiento, de una vida familiar feliz, etc. que se desarrollan mucho mejor todas ellas en condiciones de paz. La paradoja es evidente*».

Y a este efecto, recuerdo que, en *una ocasión*, asistí a dos conferencias seguidas, la primera dada por un Coronel médico, que habló sobre la nueva medicina de guerra, cada vez más perfecta y que curaba a más y mejor, y, a continuación, la segunda, dada por un Coronel, esta vez de Armamento, que habló con orgullo de una nueva arma que podía matar a más y en menos tiempo.

III. Pero, la *paz* y más concretamente, la *idea* de la paz, y digo idea muy intencionadamente, también ha sido una constante de la humanidad.

A lo largo de toda la *historia*, desde los primeros textos que nos han llegado, las alabanzas a la paz han estado en la boca y en la pluma de los hombres más grandes. Y, en última instancia, en la mente de los más chicos. Pero, vuelvo a advertir, que solamente la idea, porque el corazón y las manos de casi todos los hombres, se han ido detrás de la guerra. Y, frecuentemente, con el aliento de las mujeres. Y basta repasar la historia y la literatura para comprobarlo.

Muchos han sido los *caminos* que se han propuesto para conseguirla. Desde los más idealistas y utópicos hasta los más prácticos; desde los que han imaginado, en las mesas de sus estudios, los hombres de pensamiento, hasta los que han intentado, en medio de las turbulencias de la vida pública, los políticos de acción. Los proyectos de paz perpetua y los tratados de paz duradera, se han sucedido en el tiempo, en una larga lista que no es ocasión de traer aquí.

1. La *realidad* nos guste o no y aunque sea vejatoria para el hombre de hoy, orgulloso de una civilización que ha sido producto de unos

pocos, es que la paz solo se ha mantenido, cuando se ha mantenido, por medio de la fuerza. En unos casos, la fuerza ha servido para imponer la paz a los pueblos que se han sometido, a los pueblos que no han luchado, a los pueblos de los que no queda memoria. En otros, la fuerza ha servido para defender la paz de los pueblos que no se han resignado a morir.

Así, en muchas ocasiones y en la actual, la *fuerza* es el soporte de la *independencia*, la base de la libertad, el techo de los valores y del estilo de vida de los pueblos. Porque, como dijo *Le Bon*, «*las civilizaciones se forjan con ideas; pero todavía se defienden con cañones*».

Y podemos decir más. En muchos casos se defienden con la sola *existencia* de los cañones, con la sola posesión de los mismos. Y, por aquí, vamos entrando en el meollo de nuestro tema: En la esencia de la *disuasión*.

2. La *Disuasión* y, concretamente, la disuasión de la guerra, es, en definitiva, la posesión de la fuerza propia, para desaconsejar la guerra al otro.

Esta es la *disuasión real*, porque las demás disuasiones no merecen, en verdad, este nombre. Y es que, como dijo *Swinderen*, en la inauguración del Palacio de la Paz de la Haya, debemos «*estar atentos a no dejar que nuestros ensueños e ilusiones, rebasen los límites de lo que sea humanamente posible y realizable*». El hombre es como es y la realidad internacional es como es y no de otra manera, de modo que lo más que podemos hacer los hombres, es reconocer las realidades y buscarles soluciones posibles en el mundo de lo real.

Sin embargo y por esta misma disposición a movernos en el mundo de las *realidades*, no podemos ignorar los múltiples *problemas* que plantea la disuasión. Problemas que aparecen en el concepto mismo de lo que sea disuasión. Problemas que surgen de la posibilidad, aunque no nos guste, de otras formas diferentes de disuasión. Problemas, en fin, que emergen de cada una de las condiciones que la disuasión exige para su efectividad.

Porque, la disuasión tiene que cumplir una *misión* fundamental, cual es la de evitar la guerra y mantener la paz y si se recurre a disuasiones que no son efectivas, habremos de hurtarles tal nombre, aunque la doctrina y los técnicos del problema las consideren como tales y se detengan en su estudio, más de lo que significa una simple mención.

II. LA CONSTRUCCION DE UNA TEORIA DE LA DISUASION

1. La *disuasión*, en cuanto teoría, nos plantea *tres problemas* fundamentales: El de su *concepto*, el de sus *manifestaciones* y el de sus *condiciones* básicas.

En este momento nos vamos a detener en el primer punto, en el *concepto*, algo tan confuso que un autor como *Bouthoul*, dedicado a estos temas, ha dicho que consiste «*en salvar la paz sin recurrir a la guerra*», lo cual no deja de ser sorprendente desde el momento en que es imposible salvar la paz si se recurre a la guerra para salvarla.

1. En términos *generales*, la disuasión consiste en inducir a alguno, con razones, a mudar de propósito o a desistir de un propósito; en sentido amplio, también entra en la disuasión, el apartar a alguien de una empresa ya comenzada a ejecutar.

De manera que, realizándolo un *análisis* de la idea expuesta, nos encontramos con que la disuasión es un camino para un fin o, en otros términos, una actitud para un resultado. El *camino* supone: 1.º) La actitud de alguien; 2.º) La utilización de razones; 3.º) El dirigirse a otro. El *fin*, es siempre el mismo: Inducirle a mudar o a desistir en su propósito inicial.

2. *Trasladado*, este planteamiento, al mundo peculiar de las relaciones internacionales y, aun más exactamente, al campo de la evitación de la guerra y el mantenimiento de la paz y, todavía más particularmente, al ámbito de la defensa, resulta lo siguiente:

A) El *procedimiento* de la disuasión, supone la existencia de tres datos: *actitud* del sujeto agente, utilización del *medio* de la posesión de la fuerza y, finalmente, *dirección* hacia el potencial enemigo.

En la actitud del sujeto agente o *actitud propia*, lo destacable es que tiene que existir voluntad de disuasión, lo cual supone tanto la voluntad de disuadir, en sí misma, como la voluntad de utilizar la fuerza si el caso llegare. Es decir, ha de haber voluntad de lucha, que de nada sirve la posesión del arma material si no existe el arma moral de utilizarla. En principio, hay que pensar que esta voluntad de lucha y no solamente de resistencia, está en todos los pueblos. Que no hay memoria de los pueblos que han carecido de ella y por eso, yo no puedo recordarlos.

El medio es la posesión de *la fuerza*. Aquí, las «razones» hay que ponerlas entre comillas, porque, junto a las razones en el sentido recto del vocablo, están las razones, dicho sea metafóricamente, de la fuerza material. Que poco valen las razones, pero ¿qué país se ha defendido, alguna vez, sólo con razones?. Durante la Segunda Guerra, la «*Aktion Schweiz*» alemana no se puso en ejecución, no porque Suiza adujese buenas razones lógicas, sino porque, fundamentalmente, adujo la lógica de su potente ejército.

Finalmente, en lo relativo a *la dirección* que se imprime a la actitud agente, hay que hacer constar que ésta va orientada al enemigo potencial. Tiene la intención de hacer que este enemigo o que se estima como tal, reflexione sobre su propósito de hacer la guerra y que refle-

xione teniendo en cuenta el poder de aquel que pudiera ser atacado y que es el sujeto agente de la disuasión.

B) En cuanto *al fin*, lo que se pretende con la disuasión es que no se desencadene la guerra e inmediatamente, que se mantenga la paz. Hay que hacer la precisión de que esta disuasión en paz, no es la única, puesto que hay *también* disuasión en la guerra, cuando se trata de inducir al enemigo a que no utilice ciertas armas, por la posibilidad de una réplica semejante.

II. La disuasión admite *manifestaciones* o formas diferentes, las cuales varían en la naturaleza y en los medios. En primer lugar podemos distinguir entre disuasiones impropias y disuasiones propias, para centrarnos en estas últimas.

1. Dentro de las que llamamos disuasiones *impropias*, se dan dos modalidades: la huida y el sometimiento.

A) La *huida* supone la posibilidad, para las poblaciones amenazadas, de huir a otros territorios, en caso de guerra, lo cual, en tiempos anteriores, pudo ser disuasión pues el atacante perdía las manos de los huídos. Esta es, actualmente, una disuasión imposible, por la razón fundamental de que exige la existencia de *grandes espacios físicos* vacíos, que ahora no existen. Así que, aunque se haya dado en ciertos momentos históricos, podemos olvidarnos de ella.

B) El *sometimiento*, es decir, la voluntad de entrega, es también una disuasión imposible. O así, al menos, quiero creerlo. Porque se necesitan tan *grandes espacios espirituales* de renuncia, de dejación de valores y de modos de vida peculiares, que no puedo pensar que existan en pueblo alguno. El sometimiento evita la guerra, es indudable, pero a cambio de la esclavitud.

Una *variedad* del sometimiento, es el que predicán las personas o grupos afines ideológicamente con el potencial enemigo, para cambiar por este medio lo que no puedan cambiar de modo normal.

2. Las que llamamos disuasiones *propias*, se pueden dividir en disuasiones psicológicas y disuasiones físicas o materiales.

A) Las disuasiones *psicológicas* son aquéllas que sólo actúan en el plano de los razonamientos, en el sentido recto de la palabra. Son de tres tipos: morales, jurídicas y políticas.

La disuasión *moral* es la que desaconseja la guerra al enemigo con el argumento de que la guerra es mala. Con esta tesis se trata de influir en los contrarios, como individuos para que objeten en conciencia contra la guerra y, como sociedad, para que la opinión pública desista de ella. En esta línea se pueden situar los *alientos a los movimientos pacifistas*, casi nunca pacíficos, que se desarrollan en los países con libertad y que no pueden desarrollarse en los otros. Yo no dudo de que entre los paci-

fistas haya algunos pacíficos de buena fe, pero tampoco dudo de que son una forma de disuasión que se promueve desde el otro lado.

La disuasión *jurídica* es la que trata de hacer desistir de la guerra, al posible adversario, con argumentos de Derecho, tales como que la guerra está prohibida y, por tanto, es ilegítima; o que, en el caso de desencadenarse la guerra y perderla... los culpables serán condenados por tal delito.

La disuasión *política* es la que descansa sobre las alianzas defensivas. Se trata de persuadir al contrario de que no se lance a la aventura bélica porque son muchos los que están dispuestos a defenderse. En este caso, estamos tentados de decir que el miedo hace la fuerza, porque, en el fondo, en el fondo de todas las alianzas defensivas ha estado el miedo. Bien claramente lo dijo *Spaak*, dirigiéndose a *Vichinsky*, en relación con la política de alianzas que desembocó en la OTAN: «*La delegación soviética no debe buscar explicaciones complicadas a nuestra política. ¿Sabe usted cuál es la base de nuestra política? Es el miedo, el miedo a usted, el miedo a su gobierno, el miedo a su política*». Recordemos que, por este tiempo, el expansionismo soviético iba engullendo, uno a uno, a los países europeos, sin que pudiese preverse donde iba a acabar el festín.

B) Las disuasiones *físicas* o materiales, son aquéllas que se basan en la fuerza y son de dos tipos: Defensivas y ofensivas.

Las disuasiones *defensivas*, tienen una manifestación *directa* en la construcción de líneas defensivas, recintos amurallados, etc, con armas de carácter defensivo solamente. La verdad es que la historia ha demostrado que en la pugna entre el escudo y la espada, siempre ha acabado triunfando la segunda. El valor fundamental de los castillos es el de servir de pedestal para un nuevo avance o no servir para nada.

También, bajo el nombre de disuasión *defensiva*, pero *indirecta*, se pueden colocar los esfuerzos para el *desarme*, con la vista puesta en el desarme enemigo, como una forma de ponerle obstáculos en su propósito de desencadenar la guerra.

Por otro lado está la *disuasión ofensiva*, la única disuasión real, la única que —desgraciadamente— entienden los hombres y, por ello, la única que evita la guerra y mantiene la paz. Según *Bouthoul*, consiste en considerar «*no simplemente una resistencia puramente defensiva y en cierta manera sedentaria, sino también un enfrentamiento con las mismas armas y los mismos métodos que el agresor. Es decir, el combate, la batalla y, en caso de éxito, la contraofensiva y la contrainvasión*».

En otros términos, esta disuasión *consiste* en desaconsejar al contrario que rompa las hostilidades, amenazándole con una respuesta bélica

de la misma condición que su ataque. Esta es la disuasión en sentido propio, la disuasión por antonomasia.

3. En *conclusión*, a través de este recorrido por los diversos tipos o manifestaciones de la disuasión, hemos llegado a formarnos un concepto relativamente claro de la *idea* que la preside y, al propio tiempo, hemos llegado a aislar y a enmarcar la *figura* fundamental de la disuasión, la disuasión por principio, la disuasión basada en la fuerza.

Esta disuasión puede ser *definida* como la posesión de una fuerza adecuada y una voluntad de lucha, para inducir al enemigo potencial a desistir de la guerra. A partir de este momento, solo a esta disuasión nos referiremos.

III. Las *condiciones* para que la disuasión sea efectiva, es decir para que cumpla su función de evitar la guerra, son de dos tipos: Materiales y anímicas.

1. Todas las condiciones *materiales*, hacen relación a la *fuerza* y, en resumen, lo que reclaman es que la fuerza exista, que sea adecuada y que sea utilizable.

A. Aunque parece obvio decirlo, es necesario que la fuerza *exista*. La cuestión de en que debe consistir la fuerza, no es materia de nuestra competencia, pues varía con el paso del tiempo.

En el mundo que nos ha *precedido*, la fuerza estaba puesta fundamentalmente en los hombres, pues las armas eran relativamente sencillas y fáciles de fabricar, de donde resultaba que la potencia de los países había que medirla por la cantidad de hombres que podían ser puestos sobre las armas. *Actualmente*, la ecuación se ha invertido, porque las armas han llegado a ser tan poderosas y tan difíciles de fabricar, que lo que cuenta en la fuerza son estas armas y menos la cantidad de hombres que, posiblemente, en una hipotética futura guerra, tendrían muy poco que hacer.

B) En segundo lugar, es necesario que la fuerza sea *adecuada*. Es la única forma de que la respuesta bélica sea posible.

Esto supone la existencia de un *equilibrio* de fuerzas que, entiéndase bien, *no es igualdad* sino semejanza, aproximación, equivalencia. Esta equivalencia o equilibrio supone también compensación, en el sentido de que se trata de equilibrio global de fuerzas, de modo que las de un tipo pueden compensarse con las de otro, por relación a poder destructivo y a cantidad.

Actualmente, con las modernas armas de destrucción masiva, el problema se ha complicado por un lado y se ha simplificado por otro. Se ha *complicado* por la dificultad de compensar unas armas tan sofisticadas, en las que juegan los vectores que las transportan, las cabezas nucleares, el número de megatones, la velocidad que desarrollan, el nivel por el que vuelan, etc. Pero, al propio tiempo, se ha *simplificado* por-

que el equilibrio se concreta, sencillamente, en un equilibrio de terror mediante lo que podemos denominar «poder destructor bastante». ¿Bastante para qué?, Para causar al potencial enemigo tal destrucción que, aunque él tuviese más, quedaría destruido en la suficiente proporción como para desistir del ataque.

C) Finalmente, es necesario que la fuerza fundamental, sea *utilizable* fácilmente.

Este dato hace referencia a la relación de las armas. Aquí, el espacio y el tiempo se confunden, para dar superioridad a aquel que tiene situadas sus armas de modo que es quien más rápidamente puede utilizarlas. Este es el problema que condiciona otros muchos, en la relación entre norteamericanos y soviéticos respecto al posible teatro de guerra en Europa.

2 Por otra parte, hay que tener en cuenta también, dos condiciones de carácter *ánimico* que, muy brevemente tratadas, son las siguientes:

A. En primer lugar está la *voluntad* de defensa, es decir, la voluntad de usar la fuerza que se posee pues, a veces, por cobardía o por planteamiento morales, se carece de la misma. Y entonces, la disuasión deja de cumplir su cometido y deja de ser disuasión y hay que darle otro nombre: Tontería.

Cuando, por *ejemplo*, en el lado occidental —y utilizamos la palabra con su significación política— se plantea la posibilidad de no llegar a utilizar las armas nucleares o de no utilizarlas el primero o de no utilizarlas rápidamente, se está prescindiendo de un elemento fundamental de la disuasión y se está comprometiendo la paz. La verdad es que, pese a estas dudas, siempre queda la suficiente voluntad como para que el enemigo sospeche que, llegado el caso, las armas nucleares serían utilizadas, de modo que la disuasión, aún disminuida, sigue cumpliendo su papel.

Anteriormente, hemos dicho que cuando se pierde la voluntad de defensa, la disuasión se convierte en *tontería* y esto tiene su explicación. Si, por un lado, se invierten las enormes cantidades de dinero que cuestan las armas atómico-nucleares y por otro, se advierte que no van a ser usadas y aún que no van a ser usadas nunca, aunque el enemigo ataque, no veo otra forma que la dicha para calificar tal actitud. Esto sería tirar el dinero.

B. En segundo lugar es necesario que coincida también otra condición de carácter *ánimico* o psicológico, cual es la de que todo el entramado tenga *credibilidad*.

Creíble es lo que merece ser creído y solo merece ser creído, es decir, tener credibilidad, lo que se conoce, al menos en sus líneas fundamentales. Creencia es crédito que se presta a algo.

Lo cual, en nuestro caso, *significa* que el dispositivo complejo de

fuerza y voluntad, ha de tener crédito y esta es una operación que parte de la realidad propia y se proyecta en la mente del enemigo potencial. Es decir, el enemigo potencial ha de creer que aquello que es, es así, o sea, que hay fuerza, que es adecuada y que es utilizable y, al mismo tiempo que hay voluntad de utilizarla.

Así, incluso podríamos plantear el tema de si es conveniente que el servicio de «*inteligencia*» del enemigo, compruebe que lo que decimos y lo que no decimos es cierto, al menos en una parte que no comprometa la propia seguridad.

IV. Concluyamos diciendo que la disuasión, así concebida, es el único medio de evitar la guerra y conservar la paz. Esta es la realidad, la fuerza. Lo demás son posturas angelicales o interesadas.

III. LA DISUASION EN EL PLANO UNIVERSAL

I. Aunque no voy a detenerme en la consideración del *panorama* internacional, no puede prescindir de una alusión a las bases fundamentales del mismo, al objeto de enmarcar el problema de la disuasión.

1. En este *planeta* en que vivimos, demasiado empequeñecido por el hombre, el poder se reparte entre *dos grandes* Superpotencias que, gracias a la disuasión mutua, mantienen una paz, tensa y amenazada, pero paz al fin y al cabo. Los demás poderes, a la hora de la verdad apenas cuentan.

Los *dos grandes* centros de poder, representan *dos concesiones* de vida opuestas en todos los órdenes. En definitiva, se trata de dos concepciones del hombre y de la sociedad, que están chocando constantemente en lo moral (en los derechos humanos y en la dignidad misma del individuo), en lo político (democracia frente a totalitarismo), en lo económico (iniciativa particular frente a planificación estatal), en lo social, en lo espiritual, etc.

El *enfrentamiento*, en el plano bélico, es también constante a base de las llamadas «*guerras localizadas*» y de cuya localización en el espacio, en el tiempo y en los medios que se utilizan, se encargan las mismas Superpotencias, de forma directa o indirecta, temerosas del desencadenamiento del Gran conflicto.

2. Y aquí juega su papel la *disuasión* o si se quiere, la «*gran disuasión*», como el único medio seguro, dentro de lo que cabe, para evitar el enfrentamiento último, en el más exacto sentido de la palabra. *Nos guste o no*, la verdad es que o subsiste la disuasión o probablemente, no subsistiremos ninguno.

II. La *historia* de la disuasión, en la que nos vamos a detener sólo lo imprescindible para mostrar su papel, resulta muy ilustrativa.

A mi *juicio* y en un planteamiento improvisado, se pueden distin-



guir, desde la terminación de la guerra, en 1945, tres grandes épocas en las cuales, la disuasión tiene una naturaleza distinta, aunque siempre cumple el mismo cometido. Por supuesto que este esquema está sujeto a toda clase de rectificaciones y es sólo un apunte.

1. En una primera época, que va *desde 1945 hasta 1960*, aproximadamente, podemos decir que la naturaleza de la disuasión es heterogénea. Por ello, optamos por llamarla época de la *disuasión heterogénea*.

Con esta expresión, queremos *significar* que las fuerzas en que se apoya la disuasión, en un lado y en otro, no son de la misma naturaleza. Lo cual no obsta para que exista entre las dos Superpotencias, un cierto equilibrio, suficiente al menos, para evitar el estallido de la guerra.

De la parte de los *Estados Unidos*, se pasa de una situación de exclusividad en el poder atómico a una distinta, en la cual este poder se comparte, pero con una neta superioridad americana, tanto en la técnica como en la cantidad de armas. Los Estados Unidos, que han desmantelado sus ejércitos convencionales al terminar la guerra, se apoyan fundamentalmente en esta fuerza nuclear.

De la parte de la *Unión Soviética*, se pasa de una situación de inferioridad por la carencia del poder atómico, a otra en la cual se comienza a producir el arma atómica, aunque no se alcancen ni en calidad ni en cantidad, las cotas americanas. Así, la disuasión de los soviéticos se apoya, fundamentalmente, en sus numerosos y bien equipados ejércitos convencionales.

2. La segunda época corre *desde 1960 a 1970* aproximadamente y en ella, podemos decir, se ha llegado a una situación de relativo equilibrio de fuerzas, sobre todo a nivel atómico. A esta época la denominó de *disuasión equilibrada*.

Y es que, en realidad, se trata de un *decenio* en el que los norteamericanos han aflojado el ritmo en la carrera armamentista, mientras que los soviéticos, a costa de esfuerzos enormes y de sacrificar la mantquilla para su pueblo, consiguen una paridad, sobre todo en el terreno de las armas de destrucción masiva.

Durante este tiempo, podemos decir, en términos generales, que el poder de *disuasión* de ambas Superpotencias, tiene como base el poder *atómico-nuclear*. Y que, además, este poder es aproximadamente igual, de modo que se equilibra en términos generales, sin contar con el constante aumento y perfeccionamiento del ejército convencional soviético que, sin embargo, no llega a desequilibrar de modo apreciable la balanza de fuerzas.

La *característica* principal de esta época es que se acaba por reconocer el cambio que se ha producido en las *armas*, como consecuencia en

la estrategia y finalmente, como última consecuencia, en la disuasión. La posesión de armas nucleares por ambas partes y en cantidad y calidad suficiente para provocar una catástrofe mundial, hace que la estrategia clásica devenga obsoleta y sea substituida por la estrategia nuclear.

La *consecuencia* es que la disuasión también cambia de naturaleza y pasa de ser una disuasión de *miedo* a la guerra a una disuasión de miedo a la destrucción. En otras palabras, pasa de provocar el miedo a ser vencido por el miedo a ser destruido. Como dice *VENEZIA*, en su libro sobre estrategia nuclear, la disuasión aquí, obra por «*acción indirecta, gracias a la parálisis del adversario, es decir gracias a una capacidad negativa*».

3. La tercera época que, en términos generales, abarca otros diez años, *desde 1970 a 1980*, supone un cierto desequilibrio de fuerzas, pero no lo suficiente como para que compense la aventura bélica. En otras palabras, aunque desequilibradamente, la disuasión es bastante, por lo que la denominó época de *disuasión suficiente*.

No hacen falta las *estadísticas* ni los estudios profundos para participar de la *opinión*, muy extendida por muy cierta, de que a partir de 1970, aproximadamente, los Estados Unidos comenzaron a perder la carrera de los armamentos, particularmente, de los armamentos nucleares. Y comenzaron a perder esta carrera no solamente en el número sino también en la calidad. Si hasta un cierto punto, los norteamericanos confiaban en su superior calidad de armas nucleares, posteriormente han tenido que abandonar esta idea ante el perfeccionamiento a que están llegando los soviéticos.

La URSS supo *aprovechar* el talante negociador de ciertos presidentes norteamericanos, como Nixon o Ford para firmar tratados de limitación de armas nucleares, mientras se armaba febrilmente, en parte al amparo de los mismos. Y posteriormente, aún mejor, aprovechó la tontuna pacifista del debilísimo Presidente Carter, para imponerse netamente en el campo del armamento nuclear.

Lo que ocurre, sin embargo, es que el *arsenal nuclear* norteamericano es lo suficientemente grande y poderoso como para constituir una *disuasión suficiente*. A la Unión Soviética le basta con tener conocimiento de ello, para no aventurarse a la guerra, porque incluso aunque tuviera la seguridad de vencer, esto sería al precio de su propia destrucción, lo cual significaría que no había vencedor.

Apuntemos finalmente que parece que desde la llegada a la Presidencia de los Estados Unidos de *Regan*, la situación, felizmente para Occidente, está cambiando. ¿Nos permite esto apuntar el comienzo de una cuarta época de disuasión equilibrada o reequilibrada? Es pronto para decirlo, pero así debemos desecharlo todos los que no queremos la

guerra y, particularmente, los que no queremos entrar en ese Imperio del que no dejan salir...

III. La verdad es que el tema de la disuasión está tan repleto de *problemas* y sugerencias, que en esta conferencia solo hemos podido apuntar algunas de ellas. Hay demasiados libros y demasiados estudios para poder resumirlos. Sin embargo, no nos resistimos a añadir en este plano universal, *dos apuntes* más.

1. El primero es el de que la actual estrategia y, como consecuencia, la actual disuasión está plagada de *doctrinas* sobre el uso del arma nuclear. Las doctrinas americanas del «riesgo calculado» y de la «destrucción mutua inevitable» o la del «no primer golpe» o la del «no uso precoz» son un ejemplo. De los soviéticos, solo conocemos los cantos de sirena que nos dirigen y por ello somos reticentes a la hora de creer en sus doctrinas.

2. El segundo es un apunte de *realismo*. A mi juicio, todas estas doctrinas, todas estas dudas y vacilaciones, al menos desde el lado occidental, en cuanto al uso del arma nuclear, son producto de la tragedia imaginable que pudieran producir.

Pero lo que sí tengo por cierto, es que, si la *guerra estallase*, todas ellas quedarían en agua de borrajas y nuestra civilización, tan pretenciosa como somera en el alma del hombre, pasaría a mejor vida. Porque, la verdad, no es imaginable que si un país se ve en trance de ser destruido o simplemente de ser invadido para siempre —entiéndase bien, para siempre— dejaría de utilizar su poder atómico-nuclear por consideraciones morales.

Por ahora, la situación a escala universal, no tiene otra salida que la de la *disuasión*.

IV. LOS NIVELES MENORES DE LA DISUASION

I. La disuasión también cumple su función a otros niveles *inferiores* al de carácter universal. Y es que, igual que hay una «gran disuasión», hay *disuasiones regionales, locales* y aún *nacionales*. Y cada una de ellas tiene sus caracteres secundarios peculiares, como una breve alusión puede demostrar.

II. A nivel *europeo*, la disuasión trata de evitar, «prima facie», que el suelo de Europa se convierta en campo de batalla, aunque no cabe soslayar el dato, que está en la mente de todos, de que la guerra en Europa sería el estallido de la guerra mundial.

1. La disuasión en Europa se asienta sobre lo que vulgarmente se denomina la «*triada*», en el lado occidental. Aunque, este planteamiento también puede, a mi juicio, ser traspasado al lado soviético.

La «tríada» es la *conjunción* de las fuerzas convencionales, las nucleares de alcance medio y las nucleares de carácter estratégico. En un rápido exámen de la situación podríamos concluir que las fuerzas convencionales y las nucleares de alcance medio, están o pueden estar en las manos de la OTAN y del Pacto de Varsovia, pero las fuerzas nucleares de carácter estratégico se han conservado siempre en las Potencias que respectivamente los apoyan.

La situación en Europa es, en este momento, de franco *desequilibrio* a favor de los soviéticos Y lo demuestran los datos de fuerzas convencionales de uno y otro lado y los 350 misiles SS-20 instalados por los soviéticos, frente a la docena de Pershing y Cruiser que empiezan a ser instalados en el lado occidental. pero es que también lo reconoció *Breznev*, pues en 1977, cuando apenas habían instalado los soviéticos ocho o diez misiles, dijo que no quería romper el equilibrio europeo... y, para ello, optó por instalar otros trescientos apuntándonos a todos.

2. Como no podemos extendernos más, me *limito* a decir que, para mí, la disuasión en el marco europeo es lo que podría llamarse una «disuasión heterónoma» del lado del Pacto de Varsovia y una «disuasión apoyada» desde el ángulo de la Otan. Y no puedo detenerme más en el significado de estas expresiones.

III. Finalmente, no quiero terminar sin decir algo sobre la disuasión de que puede gozar *España*, ahora que tan de moda han puesto eso de la posición española respecto a Europa y al mundo occidental. Solamente caben dos opciones:

1. La integración española en la *OTAN* con lo cual pasaría a gozar de la disuasión política de la Alianza y de la militar que la propia Alianza tiene o recibe. Pertenecer a la OTAN es contribuir a la defensa occidental, pero también beneficiarse de ella. Y, también, beneficiarse de otras muchas cosas de carácter no bélico como la cultura, la técnica e incluso la economía. España está en el mundo occidental y no tiene por qué ser diferente...

2. La otra opción, que defienden algunos grupos políticos, es la de la *neutralidad*. Esta es una opción imposible. No es neutral el que quiere, sino el que puede y al que le dejan.

La disuasión en *solitario* es muy cara y nosotros no podemos pagarla. Suiza, para un espacio aéreo docé veces menor que el de España, tiene un tercio de aviones más. Suecia, para cuatro quintas partes tiene el doble. Saquense las consecuencias.

V. CONCLUSIONES

I. Llegados a este punto, hemos llegado también al momento de preguntarnos por las *conclusiones* que podemos deducir de lo expuesto.

Creo, que ha quedado suficientemente claro, que *no creo* que hay otra forma de evitar la guerra y mantener la paz, que la de la disuasión real, la que tiene su fundamento en la fuerza. A mí, lo demás, me parecen palabras, palabras, palabras... como Hamlet respondió a la pregunta de Polonio.

Y creo que la paz actual, se mantiene por la *disuasión* que lleva consigo la existencia de dos arsenales nucleares con la suficiente envergadura como para destruir con una parte de cada parte, el mundo que habitamos.

II. El planteamiento de la *relación* de disuasiones, tal como está actualmente, supone un *equilibrio* de fuerzas a nivel global, de tal forma que no es posible separar espacios como si fuesen compartimentos estancos.

De este modo, la «gran disuasión» está *actuando* a través de una serie de disuasiones menores, como, por ejemplo, la que todavía mantiene libre a la mitad occidental de Europa.

Fuera de las dos *Superpotencias*, ningún país tiene fuerza suficiente como para disuadir por sí mismo e incluso los países que son neutrales o adoptan una política de neutralidad, cuentan implícitamente con el apoyo de una u otra de tales Superpotencias.

III. La disuasión tiene, que duda cabe, sus planteamientos *morales*, pero la verdad es que actúa como si no los tuviese, porque lo que está en juego es el instinto de *conservación*.

MEDIOS LICITOS E ILICITOS EN LA DEFENSA

José Luis FERNANDEZ-FLORES

General Consejero Togado.

Director de la Escuela de Estudios Jurídico del Ejército.

Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado.

I. INTRODUCCION

I. Si el título de este estudio hubiese sido el de «medios legítimos e ilegítimos en la guerra», no me vería yo ahora en la necesidad de *precisar* que:

1.º Que tengo que adoptar un *concepto extensivo de los términos* «lícito» e «ilícito» y situarlos, no en el plano de la razón y de la justicia, sino en el de la «legitimidad» e «ilegitimidad» o, si se quiere, en el de la «legalidad» e «ilegalidad», puesto que, como jurista, es el único plano que me es propio. En este sentido, no voy a entrar en consideraciones de carácter moral sobre la licitud o ilicitud de ciertas armas, sino en *planteamientos jurídicos* sobre qué armas están prohibidas y cuáles permitidas en la guerra.

2.º Que *no hay diferencia* entre los medios que se utilizan en la «defensa» y los que se utilizan en la guerra de agresión, es decir, entre los medios de defensa y los medios de hacer la guerra en general. Esto es una muestra de *realismo jurídico*, pues casi todas las guerras han encontrado su justificación en la defensa y, hoy mismo, a pesar de los intentos de clarificación, es muy difícil desentrañar cuándo estamos ante una agresión y cuándo ante una defensa.

3.º Que, *en consecuencia*, voy a situarme en el plano del *Derecho* y en el ancho campo de la *guerra*.

II. En la Introducción de mi *libro*, «Del Derecho de la Guerra», comencé citando a *Cervantes* quien, en el Capítulo XXXVIII de la Primera Parte de su «Ingenioso Hidalgo», recuerda que *«la guerra también tiene sus leyes y está sujeta a ellos...»*

1. Y así es. Porque, en definitiva, mejor es *regular* la guerra que abandonarla a la violencia. Y mejor es atar la violencia que abandonarla a los instintos.

La guerra es un *mal*, pero *está ahí*. La observación del mundo presente y el estudio de la historia, nos demuestran que el *hombre* es inca-

paz de evitar la guerra. Pero también nos enseñan que, mucho más frecuentemente de lo que a primera vista parece, el hombre es capaz de «comportarse bien en la guerra». Y, comportarse bien, quiere decir, a su vez, obrar con ese grado de civilización que, por mezquino e inestable que sea, ha logrado adquirir. No es más, pero tampoco es menos.

De modo que *no menospreciamos* al Derecho en el campo de la guerra. Las palabras de quienes tal hacen suelen responder a actitudes de quienes no hacen nada. A actitudes de quienes, desde la superioridad que a sí mismos se atribuyen, miran irónicamente a los que se afanan, día a día, por mejorar las actitudes del hombre.

2. La necesidad de *encajar* nuestro tema en el marco del *Derecho de la Guerra*, nos lleva a distinguir en el mismo, *tres grandes* ámbitos normativos: En primer lugar, el que abarca todo aquello que trata de evitar o de prevenir la guerra; en segundo término, el que se refiere al comportamiento de los contendientes durante la guerra que ya ha estallado; y finalmente, el que trata de las relaciones entre los que están en guerra y aquéllos que permanecen fuera.

Dentro del *segundo ámbito* o área, de lo que es, en sentido estricto, el «*ius in bello*» o «*ius belli*», según la terminología tradicional, el Derecho de la Guerra trata fundamentalmente de *cinco cuestiones* que son como secciones fijas aplicables a cualquier tipo y a cualquier manifestación de la guerra: El tiempo de la guerra, el espacio en el cual se desarrolla, los sujetos beligerantes, la acción bélica propiamente dicha y, por último, las relaciones no hostiles entre los beligerantes. *Aparte*, naturalmente, se ocupa el Derecho de la Guerra, de otras cuestiones específicas, cuya mención no es necesario para este encuadre.

Pues bien, cuando el Derecho de la Guerra, estudia la *acción bélica*, es decir, la acción de un beligerante para vencer a su enemigo, inmediatamente se encuentra con *tres problemas*: En primer lugar, el de los medios que utiliza o puede utilizar para tal acción; en segundo lugar, el del modo de utilizar tales medios, que una cosa es el medio y otra el modo; y en tercer y último lugar, el de los objetivos contra los cuales debe o puede ser dirigida la acción.

Aquí, nos *encontramos en el primer punto* de la acción bélica y, aún más exactamente, en el de los medios que, con arreglo a Derecho, pueden ser utilizados en tal acción.

3. La *problemática* es difícil por la escasez de reglas, por su falta de claridad y por su dudosa vigencia.

III. Por cuanto acabamos de decir y para que la *exposición* resulte clara, anticiparemos un *esquema* de la misma.

1. En primer lugar, haremos un *planteamiento* general del proble-

ma, de sus dificultades concretas y de la clarificación de los conceptos necesarios a tal efecto.

2. En segundo término, trataremos de la posición *general* del Derecho de la Guerra respecto a los medios de acción bélica, que podemos llamar tradicionales.

3. Y, finalmente, abordaremos la cuestión de las armas llamadas de *destrucción* masiva, particularmente de las de carácter atómico-nuclear.

4. Para cerrar el tema con unas *conclusiones*.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL

I. La guerra exige la utilización de unos *medios* que, en resumidas cuentas, son las *armas*, instrumentos defensivos u ofensivos de los ejércitos.

Para que las armas cumplan su *función*, tienen que ser de tal naturaleza que causen el máximo de destrucción en las personas y en las cosas del enemigo. Las mejores armas son las que causan más daño.

La *importancia* del carácter de las armas en la guerra, ha sido tal que ha llegado a modificar todo en los conflictos bélicos y no sólo en ellos sino incluso en la *política* en general de las naciones. Y así dijo Clausewitz que «*la política se debe adaptar a los medios de guerra disponibles*».

Si esto era cierto antes, mucho más ahora con la incorporación a la guerra, aunque sea potencialmente hasta ahora, de la *energía nuclear*. La energía atómica terminó la guerra con Japón y la energía nuclear terminaría rápidamente con una posible contienda bélica universal.

Como nuestra exposición no va por este camino, *concluyamos* diciendo que hay que retener el principio de que el fin de las armas es causar el máximo de destrucción y que las mejores armas son las más destructoras.

II. Pero, en la guerra, tiene también su incidencia el *derecho*, a *remolque de consideraciones morales* que siempre han estado en la mente de los hombres. Al menos en la mente.

Y por este camino, el Derecho y particularmente el Derecho Internacional y, muy concretamente, el Derecho de la Guerra, se han preocupado de poner *límites a las armas*, unas veces directamente a las mismas y otras a su uso o a su uso en ciertas circunstancias.

Desde el punto de *vista jurídico*, se ha pensado que el fin de las armas no era el de causar la mayor destrucción, sino el de vencer en las batallas y ganar la victoria. En consecuencia, no es necesario que las ar-

mas causen el máximo de daño, sino solo el daño suficiente para vencer.

Esto ha supuesto la introducción de un *elemento de contención* de la violencia y, como resultado, una serie de disquisiciones y distingos, que han tornado problemático lo que, desde un punto puramente militar, estaba claro.

III. Así, el *planteamiento* de la cuestión, se ha centrado sobre *dos ejes* que mueven ruedas en sentidos opuestos: El de la «*necesidad*» y el de la «*humanidad*». De la difícil conjunción de ambos principios ha surgido la regla de la «*proporcionalidad*», que es una balanza inestable y de difícil equilibrio. Y es que, como dijo en Lausanne, el norteamericano Rogers, en 1982, «*el interés de humanidad no puede siempre sobreponerse a la necesidad militar. De otro lado, la necesidad militar no puede siempre dominar sobre la humanidad*».

1. El problema viene de *antiguo*, pues basta recordar que ya en 1139, el Cánón 29 del II Concilio de Letrán, prohibió el uso de las ballestas «*por ser armas mortíferas y odiosas a Dios*». Y, más tarde, se prohibió el uso del arcabuz y, en general, el uso de las armas que arrojasen proyectiles.

Sin embargo, la realidad es que, todas estas prohibiciones, sirvieron para poco, como es natural, y lo que se impuso fué la *libertad absoluta* de las armas. Así, Grocio, en su libro *De iure belli ac pacis*, a comienzos del siglo XVII, dice que «*Licere in bello quae ad finem sunt necessaria*», «*es lícito en la guerra lo que es necesario para alcanzar el fin*».

La verdad es que, aunque parece que se fué formando una regla consuetudinaria, *contraria al principio de libertad absoluta*, no es hasta el siglo XIX cuando la misma toma cuerpo y empieza a ser admitido internacionalmente que no todo medio útil para dañar al enemigo está permitido.

El *estudio histórico* sería muy interesante, como dice el General Verri, no sólo para la historia del Derecho de la Guerra, sino también para la historia del Arte militar y aún para la historia social del problema. Pero, como tenemos todavía mucha tela cortada por delante, contentémonos con el *apunte*.

2. Refiriéndonos a la situación normativa *vigente*, es necesario destacar que el problema *se ha complicado*, puesto que a una situación en que las reglas eran escasas y nada sistemáticas, para las llamadas armas convencionales, ha sucedido otra, la de nuestros días, en que se ha sumado la cuestión de las armas denominadas de «*destrucción masiva*» o indiscriminada y particularmente las de carácter atómico-nuclear.

Y es que, en términos generales, las *armas convencionales* permitían un uso discriminado de ellas, es decir, permitían que fuesen dirigidas a

producir daños solamente en los ejércitos combatientes; y aún más, permitirían que estos daños pudieran ser controlados de manera que no se causasen sufrimientos innecesarios.

En cambio, las *armas modernas*, empezando por los gases asfixiantes y terminando por las bombas atómicas y nucleares, producen sus efectos en un radio de acción tan extenso y de una forma tan incontrolada en sus consecuencias, que no permiten distinguir entre combatiente y no combatiente y entre sufrimientos necesarios y sufrimientos innecesarios.

Ante esta realidad, *vamos a distinguir* ambos casos.

III. LAS ARMAS CLASICAS

I. El estado en que se encuentra el problema en el momento actual puede *asumirse* en la regla de que están permitidos todos los medios de guerra, es decir, todas las armas, que no se encuentran expresamente prohibidas.

En otras palabras, *nos encontramos con* un principio general de permisón y una serie de excepciones concretas.

II. El *principio* general es lo que, en cierto modo, como regla *consuetudinaria*, se venía admitiendo ya entrado el siglo XIX y que fue recogido en el artículo 12 del Proyecto de *Bruselas* de 1874, que dispuso que «*las leyes de la guerra no reconocen a los beligerantes un poder ilimitado en la adopción de los medios para dañar al enemigo*». Aunque hay que advertir que este Proyecto no pasó de tal.

Por otra parte y ya con vigencia respecto a muchos países, el artículo 22 del Reglamento anejo a la *Convención II* de la Haya de 1899, sobre las leyes y costumbres en la guerra terrestre (que España ratificó el 4 de septiembre de 1900), dispuso que «*El derecho de los beligerantes a usar los medios para dañar al enemigo, no es ilimitado*». Este precepto fue reproducido, incluso con análogo número, en la *Convención IV* de la Haya de 1907, sobre la misma materia (y no fue ratificado por España).

En la misma línea y con relación a *la guerra marítima*, el Manual de *Oxford*, adoptado por el Instituto de Derecho Internacional, en 1913 (y que no tiene valor positivo), recogió en su artículo 14 que «*El derecho de los beligerantes a adoptar medios para dañar al enemigo no es ilimitado*».

Como vemos, se trata de un principio que ha adquirido *carta de naturaleza* en la normativa jurídica de la guerra. En unos casos como texto positivamente obligatorio y en otros como índice de una postura am-

biental, unas veces con carácter general y otras de modo específico, expresado en unos casos y latente en otros, es lo cierto que se ha convertido en un principio básico respecto a las armas en la guerra.

De acuerdo con esta regla general, el art. 35 del *Protocolo I* de los de Ginebra de 1977, dispone, en su número 1, que «*En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los... medios de hacer la guerra no es ilimitado*».

Y añade, en el artículo 36, que «*Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios... de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante*».

Estos preceptos, han desatado, como era de prever, numerosas discusiones y *comentarios*, en los que no podemos detenernos. Baste dejar claro, como, entre otros, lo ha hecho *Prugh*, que el «*Protocolo estuvo, desde el principio de las discusiones, limitado a las armas convencionales*», es decir, dejando de lado el problema de las armas que no entran en esta denominación.

Quedémonos pues con *el principio* de que el derecho a elegir las armas para hacer la guerra, no es ilimitado. De donde resulta que: 1.º) Hay armas permitidas y hay armas prohibidas; 2.º) Están permitidas todas armas que no están expresamente prohibidas por una norma de Derecho internacional; 3.º) Están prohibidas todas las armas que prohíbe una norma concreta de Derecho internacional o aquellas nuevas que se debieran considerar incluidas en una norma prohibitiva.

II. Las *prohibiciones* al principio, es decir, *las prohibiciones* que recaen sobre ciertas armas —nos referimos ahora solamente a las convencionales—, se pueden *clasificar* en dos grupos: Prohibiciones de carácter general y prohibiciones de tipo concreto.

1. Las prohibiciones de carácter general o *prohibición general* traen su origen del artículo 13,e) del Proyecto de *Bruselas*, que dice que «*...están prohibidos... el empleo de armas, proyectiles o material calculado para causar sufrimientos innecesarios...*».

También el art. 23, c) del *Reglamento* de la Guerra Terrestre, de la Convención II de La Haya de 1899, prohíbe «*el empleo de armas, proyectiles o material, cuya naturaleza cause daños superfluos*». Y el mismo precepto, en su versión de la *Convención IV* de 1907, lo repite, aunque en vez de hablar de «*daños superfluos*», habla de «*sufrimientos innecesarios*», según la terminología tradicional; es de advertir que no damos relevancia a la diferencia de expresiones, tanto más cuanto que

la misma sólo se produjo en el texto inglés; en el texto español, se dice «males superfluos».

También el Manual de Oxford, para la *guerra marítima*, prohíbe en su artículo 16.2), «*emplear armas, proyectiles o materiales, calculados para causar sufrimientos innecesarios*».

Como vemos, también la *excepción* general de prohibir las armas que causan «sufrimientos innecesarios», se va convirtiendo, en el Derecho de la Guerra, en un principio generalmente admitido.

Principio que recoge el *Protocolo I* de Ginebra, de 1977, en el artículo 35, diciendo en su número 2 que «*Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materia... de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios*», y añadiendo en su número 3 que «*Queda prohibido el empleo de medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural*».

Dos comentarios muy breves a este artículo: 1.º) Que, para evitar interpretaciones divergentes, acaba por recoger ambas expresiones de «males superfluos» y «sufrimientos innecesarios»; y 2.º) Que añade una nueva disposición, relativa a las armas que modifican el medio ambiente. Las *preguntas* que plantean estos textos, son numerosas, pero nosotros no podemos entrar en las respuestas.

Así, podemos formular el *principio-excepción* que dice que están prohibidas todas las armas que se exceden en su poder de dañar al enemigo. Aunque lo que sucede es que, así, el problema se traslada a las *interpretaciones* concretas, que variarán, naturalmente, de intérprete a intérprete y, en cada intérprete, según las circunstancias, porque lo que es cierto es que, muchos de los posibles excesos, redundan en seguridad de las propias tropas.

2. Pero, aparte de este principio, hay una serie de *excepciones especiales*, cuya sola enumeración da idea de la *pobreza*, en esta materia, como en otras, del Derecho de la Guerra.

A. Con *carácter genérico*, es decir, como prohibiciones que afectan a las armas que se utilizan en la guerra en cualquier medio, terrestre, marítimo o aéreo (hay que considerarlo así), están las siguientes:

1.º La que establece la Declaración de *San Petersburgo* de 1968, por la cual las Partes «*se comprometen mutuamente a renunciar, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus fuerzas terrestres o navales de todo proyectil de un peso inferior a 400 gramos, que sea explosivo o esté cargado con sustancias explosivas o inflamables*».

2.º La de la Declaración IV,3, de la Conferencia de la Haya de 1899, en vigor como la anterior, relativa a las balas «*dun-dun*» llamadas así por el nombre del arsenal inglés en la India, en que se fabricaron

por primera vez), según la cual se prohíbe «...*el uso de balas que se expanden o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, tales como balas con una envoltura dura que no cubra completamente el núcleo o esté taladrada con agujeros*».

3.º Finalmente y como norma consuetudinaria, recogida en el artículo 13,a) del Proyecto de *Bruselas*, está la de la prohibición de «el empleo de veneno o armas venenosas».

De modo que, con carácter genérico y para armas convencionales, *no hay más*.

B. Con *carácter específico*, es decir, aplicables a las armas en la guerra terrestre o en la guerra marítima, no hay otra prohibición especial que la que afecta al «*empleo de veneno o armas venenosas*», que se recoge en el artículo 23,a) del Reglamento de la Guerra Terrestre de la Haya y en el artículo 16,1) del Manual de Oxford sobre la guerra marítima.

Un *precepto curioso* es el del artículo 18 del Reglamento de la Guerra Aérea, redactado por la Comisión de Juristas que se reunió en La Haya a caballo entre 1922 y 1923, que naturalmente carece de vigencia, y que dice que «*El uso de proyectiles trazadores, incendiarios o explosivos por o contra aeronaves no está prohibido. Esta disposición se aplica igualmente a los Estados que son partes en la Declaración de San Petersburgo de 1868 y a los que no lo son*». Claro es que si este precepto hubiera llegado a ser Derecho positivo, hubiera derogado la prohibición de San Petersburgo, pero, naturalmente, nada de esto ocurrió.

Y *aquí terminan* todas las prohibiciones específicas aplicables a una manifestación concreta de la guerra.

3. Y *esto es todo*. Quede, de esta manera, a juicio de cada cual, el abandono a que ha llegado el Derecho de la Guerra y, como dice Kunz, «*el 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... se han apoderado de poderes cósmicos*».

IV. LAS ARMAS DE DESTRUCCION MASIVA

I. Estos poderes cósmicos a los que alude Kunz, son las armas que se denominan de *destrucción masiva* y que se caracterizan por la indiscriminación práctica de sus efectos.

La *confusión* que reina actualmente en este campo, es una muestra excelente de como las llamadas «*ciencias experimentales*» van por delante de las «*ciencias humanas*» o, dicho en otras palabras, de como el «*progreso*» va por delante de la «*civilización*». Permítaseme el uso discriminado e intencionado de estos términos.

El avance en el *perfeccionamiento de las armas* existentes y en la creación de armas nuevas es vertiginoso y multifacético. *El Derecho* corre detrás, intentando *clasificar* tales armas, reducirlas a conceptos legales y determinar exactamente sus efectos; en definitiva, intentando poner puertas al campo.

Según la *Resolución* de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12 de agosto de 1948, parece que tales armas se pueden *dividir* en armas atómicas, armas radiactivas, armas biológicas y químicas y armas parangonables a alguna de las mencionadas. Según la *Convención* de 10 de abril de 1972, *parece* que las armas bacteriológicas y las biológicas, son lo mismo, cuando lo primero son armas que funcionan a base de microorganismos vegetales y lo segundo a base de organismos vivos (aunque queda la duda de la extensión de esta última palabra). Baste la nuestra. Baste el apunte.

Nosotros, prescindiendo de toda esta problemática y con el riesgo de equivocarnos, vamos a *distinguir* entre: 1.º *Armas de destrucción en masa de carácter «clásico», que son las atómico-nucleares, las bacteriológicas y biológicas y finalmente las químicas, es decir, las que, en la jerga habitual, se denominan armas A.B.C, por razón de las iniciales de las correspondientes voces inglesas:* 2.º *Las de dudosa naturaleza de armas de destrucción masiva, como son las que funcionan por medio de sustancias radiactivas, las incendiarias entre las que hay que destacar el «napalm», las llamadas de «fragmentación» y, finalmente, las de modificación del medio ambiente:* 3.º *Las de carácter análogo o parangonable, en la extensión utilizada por la Resolución antes citada.*

Por supuesto que este esquema es provisional y revisable. Y por supuesto también, que yo soy el primero en tener dudas sobre el mismo. Tal vez si los que crean estas armas se pusiesen de acuerdo en los efectos que producen, nos facilitarían el camino. Pero parece que la única manera de conocer, de verdad, sus efectos, es experimentarlas. Y entonces, probablemente, nosotros no tendríamos tiempo de dedicarnos a su clasificación.

Para la resumida *exposición* que estamos haciendo y teniendo en cuenta que, aunque todo es preocupante en este terreno, se lleva la palma el arma nuclear, dicho sea en términos breves, vamos a dedicar, primero, una referencia a las demás armas citadas, para dedicar el resto del tiempo al problema que las armas nucleares presentan.

II. Como armas de destrucción masiva *no nucleares* vamos a considerar todas aquellas a que acabamos de hacer alusión.

1. Empezamos por las armas *químicas*, porque son las de mayor tradición prohibitiva, consecuencia de su antigüedad en el ejercicio del arte del matar masivamente.

Se pueden *definir* como tales, según el Protocolo III de 23 de octubre de 1954, añadido al *Tratado creador* de la U.E.O., de Bruselas, de 1948, las que consisten en *cualquier equipo o aparato concebido a propósito para la utilización con fines militares, de las propiedades asfixiantes, tóxicas, irritantes, paralizantes, etc. de una sustancia química cualquiera.*

Ya la *Declaración IV, 2*, de la Conferencia de La Haya de 1899, prohibió «... *el uso de proyectiles, cuyo único objeto sea la difusión de gases asfixiantes o deletéreos.*»

Posteriormente, el artículo 5 del *Tratado relativo al uso de submarinos y gases nocivos en la guerra*, firmado en Washington el 6 de febrero de 1922, prohibió «*el uso en la guerra de gases asfixiantes, venenosos u otros y todos los líquidos, materiales o artificios análogos*» por haber sido condenados por la opinión general del mundo y con el deseo de que tal prohibición sea universalmente aceptada.

Aunque también se refirió a esta prohibición el artículo 5 del *Tratado* de 7 de febrero de 1923, relativa a la limitación de armamentos en América Central, el paso decisivo lo dió el *Protocolo de Ginebra* del 17 de junio de 1925, actualmente vigente, el cual prohibió «... *el uso en la guerra de gases asfixiantes, venenosos u otros y de líquidos, materiales o artificios análogos.*»

La *primera vez* que este arma fue utilizada, en la Primera Guerra Europea, causó tales estragos que levantó un gran clamor en contra. La *última vez* en que parece que se está utilizando, en la guerra entre Irak e Irán, está levantando una gran curiosidad...

2. En cuanto a las armas *bacteriológicas*, tenemos que empezar diciendo que, en sentido amplio y con la reserva a que antes hemos hecho alusión, comprenden también las *biológicas*.

Las podemos *definir*, según el *Protocolo antes citado*, de 1954, como *cualquier equipo o aparato concebido para utilizar con fines militares insectos nocivos u otros organismos vivos o muertos o sus productos tóxicos.*

La *primera prohibición* de estas armas, consta en el mismo Protocolo de Ginebra de 1925, ya citado, en el cual también se prohibió «*el uso de métodos bacteriológicos de guerra...*»

Posteriormente, el problema de las armas bacteriológicas y biológicas, se ha *desencadenado* del de las armas químicas. En tanto que, para estas últimas, se ha tropezado con tantas reticencias que no se ha avanzado un paso desde 1925, para las primeras, se ha llegado al *Tratado* sobre la prohibición de la puesta a punto, fabricación y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) o a base de toxinas y sobre su destrucción, firmado en Londres, Moscú y Washington, el 10 de abril de 1972.

Este Tratado, a cuya firma se llegó por el *impulso* de las Naciones Unidas, representa uno de los pocos pasos dados actualmente en la materia que tratamos.

3. En cuanto a las *demás armas* de este enunciado general, que estamos exponiendo, vamos hacer varias precisiones.

La *primera* es que hay que *dudar de la posibilidad de su encaje* en este lugar pues, para muchos autores, entran dentro de las armas convencionales. Si tal fuera el caso, les serían de aplicación las prohibiciones del artículo 35 del Protocolo I de Ginebra de 1977, a que ya hemos hecho referencia; y concretamente, lo dispuesto en el art. 36 del mismo Protocolo, para el caso de la aparición de armas nuevas.

La *segunda*, se refiere a las llamadas *armas de «fragmentación»*. Para ellas se ha llegado al Protocolo I de los de la Convención de Ginebra de 10 de octubre de 1980, que prohíbe cualquier arma cuyo efecto principal sea el de *herir mediante esquirlas no localizables radiográficamente en el cuerpo humano*. En tanto que la naturaleza del acuerdo nos inclina a considerar este arma como convencional, sus efectos nos conducen al camino de las armas de destrucción masiva.

La *tercera* trata de las armas y técnicas de *modificación del medio ambiente* o de lo que vulgarmente se denomina el «arma meteorológica». La Convención de Ginebra de 18 de mayo de 1977, prohíbe la *manipulación de los procesos naturales y las modificaciones del medio ambiente de efectos prolongados y graves*.

La *cuarta* es el apunte de que no hay unanimidad sobre la situación en que se encuentran las *armas incendiarias* y, particularmente, el napalm, pues, para unos están incluidas en la Convención de 1977, que acabamos de citar, y para otros no pesa ninguna prohibición concreta sobre ellas.

Digamos, finalmente, que hay que tener en cuenta la *preocupación* general sobre estas armas nuevas y, particularmente, la de las Naciones Unidas que, en diferentes resoluciones de su Asamblea General, se ha pronunciado por la prohibición de las armas de destrucción en masa, de una manera genérica.

III. En cuanto a las que genéricamente podemos llamar armas de carácter *nuclear*, la cuestión también está controvertida, lo cual es más de sentir que en las demás armas, porque, en estas sí, nos jugamos todo. Por esta razón, se ha escrito tanto y se ha convenido o no convenido en tanto. Nosotros vamos a intentar un *resumen* de la cuestión.

1. En términos *generales*, vamos a centrar el problema básico que da lugar al jurídico.

A. Según el *Protocolo III* de 1954, anejo al Tratado de Bruselas, ya citado, se *define* el arma atómica como «*todo arma que contiene o está*

concebida para contener o utilizar un combustible nuclear o isótopos radiactivos y que por explosión u otra transformación nuclear no controlada o por radiactividad del combustible nuclear o de los isótopos radiactivos es capaz de destrucción en masa, daños generalizados o envenenamiento en masa», comprendiéndose también cualquier parte esencial del arma y el combustible nuclear.

Según el Tratado de Tlatelolco, en su artículo 5, el arma nuclear es «cualquier dispositivo susceptible de liberar energía nuclear de modo no controlado y que pose en si mismo características para su empleo en fines bélicos», sin que se comprenda en tal concepto, el aparato portador del arma cuando puede separarse de él.

B. Los efectos de las armas nucleares son expansivos, en mucha mayor proporción que en las armas ordinarias; térmicos, hasta proporciones desconocidas antes, y radiactivos, que, como dice *Marin*, y es cierto «son los más peligrosos», ya que «el peligro que supone la guerra nuclear afecta a todo el género humano y por tanto va en ella el interés de todo él. Beligerantes y neutrales resultarían igualmente derrotados».

2. Por esta razón, el problema preocupa a todos y así lo demuestra su constante planteamiento en el plano jurídico.

A. Las Naciones Unidas, en su Asamblea General, le han dedicado numerosas resoluciones, de las cuales entresacamos las más importantes: 1.º La 808 (IX), de 14 de noviembre de 1954 sobre prohibición de armas nucleares y de destrucción masiva; 2.º La 1953 (XVI), de 24 de noviembre de 1962, sobre prohibición de uso de armas nucleares y termo-nucleares; 3.º La 1801 (XVII), de 29 de noviembre de 1962, en orden a la celebración de consultas para reunir una conferencia que prohíba tales armas; 4.º La 1909 (XVIII), de 27 de noviembre de 1963, en el mismo sentido que la anterior; 5.º La 2936 (XXVII), de 29 de noviembre de 1972, proponiendo el no uso de las armas nucleares en relación con el no uso de la fuerza; etc.

B. También una serie larga de acuerdos y tratados internacionales, jalonan esta preocupación por las armas nucleares. Citaremos, como más destacados, los siguientes: 1.º El Tratado del Antártico, de 1 de diciembre de 1959, que prohíbe en el artículo 5, «toda explosión nuclear en la misma»; 2.º El Tratado de prohibición de Ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua, de 5 de agosto de 1963; 3.º El Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluida la Luna y otros cuerpos celestes, de 27 de enero de 1967, en cuyo artículo IV, los Estados se comprometen a no colocar en órbita en torno a la Tierra y tampoco en los cuerpos celestes, objetos portadores de armas nucleares; 4.º El Tratado para la proscripción de armas nucleares en la América Latina o Tratado de

Tlatelolco, firmado en Méjico el 14 de febrero de 1967; 5.º) El Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares, de 1 de julio de 1968; 6.º El Tratado sobre la prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, de 11 de febrero de 1971; 7.º El tratado sobre medidas para disminuir el peligro de que estalle una guerra nuclear entre la Unión Soviética y los Estados Unidos, de 30 de septiembre de 1971; 8.º El Tratado llamado SALT I, de 26 de mayo de 1972, sobre la limitación de los sistemas defensivos anti-misiles; 9.º El Acuerdo provisional, de la misma fecha y entre las mismas Potencias E.U. y la URSS, sobre limitación de armas ofensivas nucleares estratégicas.

Actualmente, las conversaciones sobre armamento nuclear, están interrumpidas. El SALT II, firmado entre E.U y la URSS, el 18 de junio de 1979, no fue ratificado por el Senado norteamericano a consecuencia de la invasión soviética de Afganistan. Las conversaciones sobre misiles nucleares de alcance medio en Europa, también están en suspenso.

C. Como podemos ver, de esta rápida enumeración, *ningún texto prohíbe* concretamente de manera general, el arma atómica. Las resoluciones de las Naciones Unidas, tal como se han tomado, carecen de fuerza obligatoria y los tratados y acuerdos lo que hacen es limitar su número o su experimentación o el área de su emplazamiento. Pero no existen *ninguna prohibición* concreta, formal y general de este arma.

3. Llegados a este punto, tenemos que preguntar por las *conclusiones* a que podemos llegar.

A. Lo primero que constatamos es una *gran duda* y una carencia de normas jurídico-internacionales precisas. Como dice *Nahlik*, muy acertadamente, «*los juristas que se pronuncian sobre el problema de la licitud de las armas atómicas, disponen todos, aparentemente, de los mismos materiales. Y ocurre, sin embargo, que llegan a conclusiones diferentes*».

Y ciertamente es así, pero la *solución al enigma* no es tan enigmática. Lo que pasa es que los que deciden por considerar que el arma atómica no está prohibida, lo hacen fundándose en la ausencia de una prohibición formal y concreta, en tanto que, los que se inclinan por la tesis de la prohibición, lo hacen apoyándose en principios de carácter general y aplicaciones analógicas de otras normas. En la *línea* de la prohibición están autores como *Lauterpacht, Mc. Dougal, Kunt*, etc. En la *línea* de la prohibición podemos citar a *Schwarzenberger, Oppenheim, Bindscheler*, etc. Lo que prueba la existencia de grandes nombres a favor y contra.

B. *¿A qué conclusión* podemos llegar?. Por nuestra parte y con ánimo de ser breves, pensamos que: 1.º Hay una «*comunis opinio*» que es aceptable y que sostiene la prohibición sobre la base de los principios

genéricos que rigen en la materia; pero, 2.º De acuerdo con el sistema que rige, de prohibiciones concretas, y teniendo en cuenta que ninguna de este género existe, el arma nuclear no está prohibida.

CONCLUSIONES

I. El *derecho* es un deber ser. Lo malo es que, en nuestra materia, es un deber ser muy poco, muy deficiente, muy obsoleto.

Como hemos podido ver, casi *no tenemos reglas* jurídicas al efecto y las que tenemos son demasiado concretas. Carecemos de reglas generales y muchas de las cuestiones, incluyendo las más importantes y aún la más trascendente, la de la supervivencia de la humanidad, se encuentran sin soluciones, se mueven en el vacío.

II. La *realidad* es un ser. Y lo malo es que es un ser muy fuerte, muy definido, muy cierto.

Nos negamos a verlo, nos parece lejano como algo que no va con nosotros, nos suena a inverosímil, pero la verdad es que la humanidad se está moviendo sobre la *cuerda floja* de los postes atómicos. Tal vez, la suerte que tendremos es que no podremos despertarnos, para dolernos de nuestra inconsciencia.

III. Tenemos unas *armas* monstruosas, desproporcionadas a nuestra capacidad de comprender, y, sin embargo, no las hemos prohibido. Y es más, aunque las hubiésemos prohibido, lo cierto es que las tenemos.

Terminemos, como lo hace Kunz con su libro: «*La catástrofe apocalíptica no ha llegado todavía; aún tenemos un poco de tiempo para volver al sentido de humanidad y para reanudar la conexión que el hombre moderno ha perdido: la conexión con Dios*».

**UNA RESOLUCION POLEMICA: ¿PUEDE EL MOVIL
DESNATURALIZAR EL DELITO DE INSULTO
A SUPERIOR?**

José ROJAS CARO
Comandante Auditor

SUMARIO

I. La Resolución: Auto de 9 de diciembre de 1983 de la Sala Especial de Competencia del Tribunal Supremo.—II. Argumentos contrarios: 1. Argumento gramatical. 2. Argumento histórico. 3. Argumento lógico. 4. Argumento teleológico. 5. Argumento jurídico. 6. Argumento práctico.—III. Conclusiones.—IV. Post Scriptum.

I. LA RESOLUCION

La Sala Especial de Competencias del Tribunal Supremo mediante Auto de 9 de diciembre de 1983, ha resuelto una cuestión de competencia positiva, suscitada entre el Juzgado de Instrucción n.º 8 de Sevilla y la Capitanía General de la 2.ª Región Militar, en favor de aquél, para conocer de los hechos que originaron la muerte del Capitán Castrense D. J.F.S. imputable al soldado I.G.R., por cuyos hechos ambas jurisdicciones incoaron causa penal.

Los hechos sustancialmente han sido fijados por la Sala, a los fines de la resolución de la cuestión planteada, en los siguientes términos:

«En la noche del 20 al 21 de febrero de 1983, el soldado I.G.R., con destino en el Parque de Artillería de Sevilla, que disfrutaba permiso de fin de semana, hasta las 7 de la mañana del día siguiente, cuando vestido de paisano se encontró en la puerta de un bar a D. J.F.S., Capitán-Capellán Castrense con destino en el Regimiento Sagunto número 7 en la misma capital, el que iba también de paisano, se dió a conocer a aquél, por haber coincidido con anterioridad en el mes de septiembre anterior en otro bar de la misma ciudad y al que con diversos pretextos, el Capitán Castrense invitó al piso que tenía alquilado en la calle A.C., n.º 39, de Sevilla, en donde intentó tener relaciones sexuales con el soldado, lo que originó una discusión entre ellos, en el transcurso de la cual éste le asestó, al parecer, con un abrecartas u objeto parecido, varias puñaladas que determinaron el casi inmediato fallecimiento del Capitán».

Se suscitó cuestión de competencia positiva entre la Jurisdicción Militar y la Ordinaria, pues aquélla entendía que el delito investigado —al ser delito de insulto a superior, regulado en los artículos 319 a 326 del Código— estaba comprendido en el artículo 6.º-1.º del Código Castrense y por consiguiente enjuiciable por la Jurisdicción Militar; y el Juzgado n.º 8 de Sevilla que entendía que, tratándose como se trataba de un homicidio o asesinato en lugar no militar, con móviles, al parecer, de tipo sexual, en nada afectaba al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, por lo que su conocimiento no correspondía a la Jurisdicción Militar.

Pues bien; la Sala Especial de Competencias en la resolución indicada entiende que el delito no es delito de insulto a superior, sino de homicidio a los efectos competenciales, y apoyándose en el artículo 16-1.º afirma que, tratándose de delito común que no afecta al régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, debe ser de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria y concretamente del Juzgado de Instrucción n.º 8 de Sevilla.

Son tres los argumentos que sirven de base a la resolución que se comenta: 1.º Que el bien jurídicamente protegido de la disciplina militar en el presente caso no ha sido lesionado, en cuanto que toda la acción imputada al proceso, está realizada cuando el superior ha perdido en la conciencia del agente, toda idea ofensiva para la misma. 2.º Porque desde el momento en que el superior realiza actividades no sólo contrarias, sino incluso ofensivas para su dignidad y cargo, no puede ni debe estar amparado por ordenamiento penal. 3.º Porque desde el punto de vista de una interpretación teleológica y extensiva «*in bonam partem*» en beneficio del reo, si el propio Código de Justicia Militar entiende

que no se dé el delito de malos tratos a superior, cuando el mismo es sorprendido en flagrante delito, en ofensa de su honra como marido y padre (artículo 322 del Código de Justicia Militar), también deberá ser amparado el inferior cuando resulta ofendido en su propia honra.

Creemos que no se puede sostener la tesis mantenida en esta resolución de la Sala Especial de Competencias. Son varias las razones o argumentos que abonan la tesis contraria, es decir, la tesis del delito militar de insulto a superior y por consiguiente la de enjuiciamiento Castrense: razón o argumento gramatical, argumento histórico, argumento lógico, argumento teleológico, argumento jurídico y argumento de oportunidad (1).

II. ARGUMENTOS CONTRARIOS

1. *Argumento gramatical*

Se ha dicho con gran fortuna, que la letra no es sólo la vestidura, sino la carne viva del Derecho. De ahí efectivamente la importancia de la interpretación gramatical en Derecho penal, que no debe ser entendida como interpretación literal «stricto sensu», sino como análisis semántico de la proposición jurídica emitida por un órgano legislativo concreto en un determinado contexto histórico, geográfico y cultural, con unos destinatarios concretos (2).

En este sentido los artículos 319 a 326 del Código de Justicia Militar, bajo la rúbrica de INSULTO A SUPERIOR contemplan distintas modalidades delictivas de insulto a superior, ya en su versión de maltrato de obra, ya en su versión de maltrato de palabra, y en ninguno de los preceptos del Código se contempla una circunstancia excluyente como la que se pretende, es decir, el móvil de tipo sexual o de intimidad personal. Así se castiga el insulto a superior en acto de servicio (artículos 319, 320, 324 y 325), se castiga el insulto a superior «fuera de acto de servicio» (artículo 321), y se castiga también, incluso, el insulto a supe-

(1) Señala GARCIA DE ENTERRIA: que la Ciencia Jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una Ciencia de problemas singulares, jamás reducible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas. Y que superando la convencional contraposición entre Jurisprudencia de concepto y de intereses, toda una dirección actual de la Ciencia Jurídica postula una Jurisprudencia de problemas. (Tópica y Jurisprudencia. Taurus Eds., S. A. Munich, 1963. THEODOR VIEWEG, traducido por DIEZ PICAZO con Prólogo de GARCIA ENTERRIA. Madrid, 1964).

(2) MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE: *Anotaciones al tratado de Derecho Penal de HANS HEINRICH JESCHECK*. Parte general Barcelona, 1981, Pág. 215.

rior, cuando la ofensa «no tenga relación con el servicio» (artículo 326), como en el presente caso acontece. De modo que basta que el maltrato se haya producido, y que exista objetivamente relación jerárquica entre el ofendido y el ofensor (que sucede en este caso en que se trataba de Capitán y soldado, respectivamente) para que sea insoslayable la existencia del delito militar, independientemente de otras consideraciones porque la fórmula contenida en el artículo 326 de ofensa a superior sin relación con el servicio, cobija todas las hipótesis imaginables. Ni el móvil sexual ni ningún otro puede desnaturalizar el tipo penal militar; aparte los móviles específicos que el artículo 322 contempla y de los que después hablaremos, y que por estar tasados no son susceptibles de extensión, como luego veremos.

2. Argumento histórico

Las Ordenanzas de Carlos III, en su artículo 16, incluido dentro del Tratado VIII, del título X, establecía:

«Todos los sargentos, cabos y soldados que maltraten de obra a cualquier oficial de mis tropas, o que los insultaren o amenazaren, poniendo mano a cualquier arma ofensiva, *de cualquier modo que pueda ser* y aún cuando lo ejecutasen por haber sido castigados o maltratados por dichos oficiales, serán castigados con la pena de cortarles la mano y consiguientemente con la de Horca».

Obsérvese que se castiga toda clase de ofensa, de obra o de palabra, *de cualquier modo que pueda ser*, sin hacer distingos en la naturaleza de la ofensa y desde luego sin introducir variantes en la misma por razón del móvil que tuviera el ofensor.

El Código penal del Ejército de 1884 contenía, en relación con delito de insulto a superior, un casuismo muy exhaustivo, estableciendo numerosos tipos, según que el hecho fuere o no realizado en servicio de armas, que el ofendido tuviera o no categoría de autoridad, que fuere el sargento o el Jefe de la Compañía o Unidad del ofendido, que el ofensor fuera Oficial, que resultase muerte o lesiones graves, que el maltrato fuere precedido de inmediata provocación, etc. Mas tampoco se observa en este Cuerpo legal ninguna circunstancia o móvil que desnaturalice el delito de insulto a superior y lo convierta en delito común. Solamente el móvil «honoris causa» del padre o del marido —que en este texto se introduce— desnaturalizaba el delito y lo convertía en delito común de homicidio. Y lo mismo ocurre en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888.

El Código de Justicia Militar de 1890, heredero en este sentido de la doctrina contenida en las Ordenanzas y en los Códigos anteriores, recoge, en los artículos 259 a 265, dentro del insulto a superior, los malos tratos de obra y las ofensas de palabra, en diferentes tipos en los que se distingue si el hecho ocurrió en acto de servicio o fuera de él, con armas o sin armas, con resultado de muerte o lesiones graves o con otro resultado. Pero tanto en el maltrato de obra como en las ofensas de palabra se contiene respectivamente una fórmula comprensiva para recoger todas las hipótesis imaginables de insulto a superior y esta fórmula es la siguiente: «fuera de los casos comprendidos en los artículos anteriores». Con lo cual no hay delito de insulto a superior que no esté recogido en el Código, ni ofensa de inferior a superior que no sea delito militar, cualquiera que sean las circunstancias y móviles que concurran, salvo el supuesto «honoris causa», relativo al padre y al marido, en el que nos extenderemos luego.

Es decir, en nuestro derecho histórico la ofensa a superior siempre fue delito militar y si tenemos en cuenta que el Código actual de 1945 es heredero directo de los anteriores y su finalidad no fue otra, como expresa su Preámbulo, que realizar una misión unificadora que recogiera toda la legislación dispersa, se explica que en esta materia y en otras muchas el tratamiento que el Código contiene es idéntico al de sus precedentes legislativos.

Pero no conviene detenerse en los argumentos históricos, pues los motivos pasan, las leyes permanecen, y, en definitiva, la interpretación histórica fosiliza la Ley, haciéndole perder elasticidad y eficacia. Veamos, pues, otros argumentos.

3. *Argumento lógico*

Tanto el Código Penal del Ejército de 1884 (artículo 175), como el Código Penal de la Marina de 1888 (artículo 264), como el Código de Justicia Militar de 1890 (artículo 263), como el actual Código de Justicia Militar de 1945 (artículo 322) contienen un precepto que desnaturaliza el tipo militar y lo convierte en común lo que da lugar a su desafuero.

Dice así el artículo 322 del Código vigente, que como decimos sigue el criterio de los precedentes legislativos anteriores:

«Si el maltrato de obra a superior tuviese lugar por haber sido el inferior ofendido en su honra, como marido o padre, y ser sorprendido el culpable en flagrante delito, no se considerará el hecho como Insulto a superior y se sancionará con arreglo a los preceptos del Código Penal común».

Es decir, la única circunstancia que desnaturaliza el tipo delictivo militar y lo convierte en común es la ofensa previa que haya sufrido en su honra el inferior como marido o padre. Solamente esa circunstancia desnaturaliza el delito militar. Luego, a sensu contrario, en todos los demás casos el delito es militar y su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción militar conforme al artículo 6-1.º (3).

Si por consiguiente esta excepción «honoris causa» es la única que el Código contiene, hay que pensar, en un orden lógico de presunciones, que el legislador no quiso que hubiera más excepciones a la regla general. Por lo que introducir más excepciones que las previstas *legalmente es escamotear la aplicación* de la regla general.

4. *Argumento teleológico*

La interpretación teleológica pone al intérprete en relación con los fines de la Ley y, en su virtud, con el concepto del bien jurídico protegido, criterio rector importantísimo a la hora de interpretar los tipos penales concretos (4).

Este elemento teleológico es el que inspira los dos primeros (de los tres que utiliza), argumentos de la resolución comentada, que parte de la base de que la disciplina no fue lesionada en este caso, ni el superior que realiza ciertas actividades puede estar amparado por el ordenamiento penal. No se puede compartir esta opinión, pues ni los preceptos del Código de Justicia Militar sobre el insulto a superior están pensados para proteger la *persona* del superior, ni una actividad o un vicio como el que se imputa a la víctima puede borrar o hacer desaparecer el hecho objetivo de la relación jerárquica entre el superior y el inferior, y el respeto que éste debe a aquél, no en razón a su persona —que moralmente puede no merecerlo—, sino en atención al empleo superior que ostenta. El empleo es tan consustancial a una organización tan fuertemente jerarquizada como el Ejército que las Reales Ordenanzas aprobadas por Ley de 28-12-78 establecen en su artículo 12 lo siguiente:

«El orden jerárquico castrense define *en todo momento* la situación relativa entre militares.»

La frase subrayada indica la imposibilidad de soslayar nunca la rela-

(3) DIAZ LLANOS *Leyes penales militares*. Al anotar este artículo del Código de Justicia Militar señala la falta de sincronización con el Código Penal en el que en virtud de la reforma del año 1963 ha desaparecido la excusa absolutoria para el marido que sorprendiera a su mujer en acto de adulterio.

(4) MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE: *Anotaciones al tratado de JESCHECK*, citado, Pág. 216.

ción jerárquica. No admitir esto supondría condicionar la disciplina y el respeto al superior a la moralidad de éste (5).

5. *Argumento Jurídico*

QUINTANO RIPOLLES (6) señala que «la legislación española, con reiteración no superada por ninguna otra, contiene una enérgica repulsa de la analogía, y también de la interpretación analógica o extensiva cuando la propia Ley no lo permita o cuando la naturaleza abierta o ambigua del precepto no lo exija y añade que en los tipos concretos y cerrados no cabe la interpretación analógica, y por eso la Jurisprudencia, celosa guardadora de los fueros de la legalidad, ha proclamado la exigencia de una interpretación restrictiva atendiendo a los términos precisos en que hallen redactados los preceptos legales», no siendo permisibles extensiones «a los casos no previstos por el legislador» (S. 3-5-22), habiendo declarado el Tribunal Supremo que en materia de Derecho penal toda interpretación extensiva es arbitraria (Ss. 5-4-46, 6 y 15 de marzo de 1965 y 22-2-66).

Y si esta doctrina era válida antes de la promulgación de la Ley de 17 de marzo de 1973, que modificó enteramente las normas del Código Civil contenidas en el Título Preliminar, con la nueva redacción dada por éste a la normativa sobre aplicación analógica, el problema ya no ofrece duda. Efectivamente, conforme al artículo 4-1.º del Código Civil «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otros semejantes entre los que se aprecie identidad de razón». Es decir, que la aplicación analógica requiere que exista una laguna legal, semejanza en los supuestos y existencia entre ambos supuestos —el regulado y el no contemplado— de identidad de razón. La resolución que comentamos parte de la base de que existe esa identidad de razón entre el caso de autos y el supuesto «honoris causa» de marido y padre, contemplado en el artículo 322 del Código Castrense, por lo que «también deberá ser amparado el inferior cuando resulta ofendido en su propia honra». No advertimos sincera-

(5) Un superior que hubiera perjudicado a un inferior económicamente (piensese en un delito de estafa, apropiación indebida, etc.) o moralmente (piensese en un delito de injurias o calumnia) podría ser motivo bastante, siguiendo la tesis de la resolución judicial comentada, para excluir del Código y fuero Castrenses el eventual insulto que el superior recibiera del inferior. Lo que a nuestro juicio sería disparatado.

(6) QUINTANO RIPOLLES, A. *Curso de Derecho Penal*. Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963. Pág. 158.

mente esa similitud entre ambos casos, ni en consecuencia la exigencia de paridad de tratamiento (7).

Pero independientemente de la opinión subjetiva que se tenga sobre el tema de si son semejantes o no los supuestos, lo que es indudable es que el párrafo 2.º de ese mismo artículo 4.º del Código Civil dice terminantemente así:

«Las leyes penales, las excepcionales, y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

Y esta Ley que se trata de aplicar analógicamente (artículo 322) es penal y además excepcional, entendiéndose por tal, aquella cuyo principio inspirador no es el que de un modo normal, general y común ha de servir, sino que responde a una razón particular, por cuyo motivo no es susceptible de extenderla analógicamente a otros supuestos no contemplados. Este rechazo de la analogía es no sólo en el caso de la analogía «in malam partem», que desde antiguo se rechaza por unanimidad, por ir en contra del principio de legalidad, sino en el caso de la analogía «in bonam partem», porque este precepto del Título preliminar es terminante, y no permite la analogía en materia penal, en ningún sentido, ni en contra ni a favor del reo. Aparte que en relación con la analogía «in bonam partem» es rechazada por la doctrina penal dominante encabezada por CORDOBA RODA que con base en el artículo 2.º del Código Penal entiende que «la analogía es lo opuesto a la rigurosa aplicación de la Ley» (8).

(7) GARCIA VALDECASAS, Guillermo. *Parte General de Derecho Civil español*. Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1983. Pág. 117. Señala este autor que «para que proceda la aplicación analógica de una norma legal a un caso no comprendido en ella, es necesario que este sea igual *en lo esencial*, al regulado en la Ley. Esto quiere decir que la igualdad ha de darse tanto en aquel elemento del supuesto de hecho que la Ley toma en consideración para ordenar la consecuencia jurídica, como en la razón o motivo por el que la Ley ordena esta última («ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio»).

(8) CORDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, pág. 59. Ed. Ariel, Barcelona, 1976. Señala este autor que en el Código Penal de 1928, en su artículo 2.º, se establecía que «no se admitirá la interpretación extensiva ni tampoco la analogía o semejanza para definir delitos o faltas o agravar penas» de donde se derivaba, a sensu contrario, la licitud de la analogía «in bonam partem». Pero en el Código penal vigente no existe una disposición similar. Antes al contrario, existe otra (artículo 2.º, párrafo 2.º), que alude...« sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley, resultare penada una acción u omisión, que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuera notoriamente excesiva...»

6. *Argumento práctico o de oportunidad*

Uno de los criterios contenidos en la resolución que comentamos es que cuando un inferior dá muerte a un superior que, según se afirma, intentó tener con él relaciones homosexuales, se estima por analogía con el artículo 322, «también deberá ser amparado el inferior cuando resulte ofendido en su propia honra» (Considerando 2.º).

La tesis es arriesgada para el futuro de este delito en el orden competencial, porque por ese camino bastará invocar, con base en datos más o menos indiciarios, no ya sólo el previo requerimiento homosexual del superior al inferior, que es el que sirve en este caso al desafuero, sino incluso la previa injuria o calumnia, que suponga menoscabo en la honra del inferior, puede, según la tesis que combatimos, cambiar la naturaleza del tipo y el fuero procesal del mismo.

III. CONCLUSIONES

El móvil no desnaturaliza el tipo penal militar de insulto a superior, únicamente el móvil «honoris causa» del artículo 322 del Código de Justicia Militar, referido al padre y al marido ofendidos en su honra desnaturalizan el tipo militar y le convierten en delito común. Si se lee detenidamente el precepto y apuramos un poco su sentido, ni siquiera eso, pues obsérvese que el precepto dice que «no se considerará el hecho como insulto a superior y se sancionará con arreglo a los preceptos del Código penal común».

Es decir, ni siquiera en el caso del marido o padre que ofendan a superior por haber sido previamente ofendidos en su honra, el tipo penal queda propiamente desnaturalizado, ni se convierte o trasmuta en común, sino que el precepto dice simplemente que el hecho «no se considerará como insulto a superior y se sancionará con arreglo al Código Penal». Y es que realmente el tipo no cambia propiamente de naturaleza —que es genuina e insoslayablemente militar siempre—, sino de tratamiento. Por eso dice el precepto «se considerará», es decir, se presumirá. Pero considerar y presumir no es ser. El ser es la sustancia y la sustancia no puede ser cambiada por el móvil del agente.

Pero, en fin, en ese supuesto excepcional específico el tipo, desnaturalizado o no, tiene tratamiento sustantivo y competencial especial. En los demás casos no puede tenerlo, porque:

1.º Gramaticalmente, el Código de Justicia Militar cobija todas las ofensas a superior incluso «cuando no tengan relación con el servicio».

2.º Históricamente, las ofensas a superior son siempre delito militar: «de cualquier modo que puedan ser», según la amplia fórmula de

nuestras antiguas Ordenanzas; fórmula comprensiva que subsiste con otras palabras en los textos legales posteriores.

3.º Lógicamente es la del 322 la única excepción que el Código establece en el tratamiento sustantivo y procesal del insulto a superior, luego a sensu contrario, no deben lógicamente admitirse otras excepciones.

4.º Teleológicamente, el orden jerárquico castrense es insoslayable *en todo momento* (artículo 12 de las vigentes Ordenanzas) y por consiguiente la disciplina y el respeto al superior son valores jurídicos permanentes y trascendentes que no pueden quedar oscurecidos ni menoscabados por un móvil torpe, que además no tiene respaldo legal.

5.º Jurídicamente, las leyes penales y excepcionales (tal es la norma del artículo 322 del Código de Justicia Militar) no pueden ser interpretados analógicamente.

6.º Desde el punto de vista práctico, finalmente, la tesis contenida en la resolución comentada es de un alto riesgo, porque podría servir de base para desalojar del Código castrense y del fuero militar otros casos análogos de ofensas a superior producidos por resentimientos afectivos del inferior que se vio menoscabado o lastimado en su honra por alguna afrenta o incluso por delitos de injuria o calumnia. Posibilidad que iría abiertamente en contra de la letra y el espíritu del Código de Justicia Militar.

IV. POST SCRIPTUM

Una vez remitido el presente trabajo a la imprenta, se ha producido una nueva e interesante resolución de la Sala Especial de Competencia.

Es un Auto de 7 de Marzo de 1985 y resuelve una cuestión de competencia positiva entre la Jurisdicción Militar y la Ordinaria que se centra sustancialmente en el siguiente punto: muerte de un Teniente Legionario y de una amiga de éste, inferida por un Soldado Legionario, fuera del Cuartel y de Servicio, a lo que se unen dos infracciones comunes más de menor entidad.

La Jurisdicción Militar mantuvo su competencia con base en que se trata de un delito de insulto a Superior —muerte de un Teniente inferida por un inferior, estando ambos uniformados fuera de servicio— delito tipificado en el artículo 321 párrafo último, del que es competente la Jurisdicción militar por imperativo del artículo 6.º-1.º del Código de Justicia Militar. A lo que no es óbice que exista además otro delito —y este común— de asesinato —en cuanto a la muerte de la mujer—, puesto que el insulto a superior lleva aparejada pena más grave —treinta años— que el asesinato, por lo que ha de considerarse conexo

con aquél, y por consiguiente ha de conocer de ambos la Jurisdicción que conozca del delito principal que es el insulto a Superior, y ello por imperativo del artículo 22 párrafo 1.º y 2.º y 23-5.º del Código de Justicia Militar, y por el mismo motivo es también competente la jurisdicción militar de las otras dos infracciones comunes.

La Jurisdicción Ordinaria mantuvo su competencia por entender que se trataba de infracciones, realizadas fuera de establecimiento militar y fuera de servicio que no afectan al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas. Hay que añadir que a petición de la Jurisdicción Ordinaria se solicitó y obtuvo de Portugal la extradición del presunto culpable.

Pues bien, el referido Auto sienta, a nuestro juicio, la buena doctrina al declarar el 2.º considerando lo siguiente:

Considerando: Que la atribución de la competencia a la Autoridad Militar vendría en principio determinada a virtud de lo establecido en los artículo 22 y 23.5.º del Código de Justicia Militar en relación con el 321, último párrafo, de la misma Ley, así como con el Real Decreto Ley de 21 de Diciembre de 1978 y con los artículos 406, 1.º, 302, 1.º y 587, 3.º del Código Penal, los dos últimos preceptos en cuanto al delito de falsedad en documento mercantil y a la falta de estáfa también cometidos en el mismo complejo factico, y ello por corresponder la pena, única, de treinta años al delito de insulto a superior con resultado de muerte, absorbente en consecuencia de los demás delitos comunes, de penalidad inferior, conexos al que en tal medida sería prioritario.

Lo que ocurre es que en ésta cuestión se ha interferido un problema —el de la extradición— ajeno a la naturaleza del delito principal pero que ha venido a influir poderosamente en ésta:

Se expresa así el Considerando 3.º.

Considerando: Que, ello no obstante, tal argumentación tiene que ceder ahora, inexorablemente, como consecuencia de las normas y principios fundamentales que regulan, de modo genérico, la extradición cual institución de auxilio entre diferentes países para propiciar un frente común contra la delincuencia, Ley de Extradición de 26 de Diciembre de 1958 y Reserva española al artículo 1 del convenio europeo de Extradición por infracciones comunes, es obvio que en éste caso no puede llegarse a la preponderancia de la jurisdicción militar en hechos a enjuiciar como consecuencia de una legal extradición; la segunda porque, en relación con ello, nadie puede ser juzgado por infracciones ajenas a la solicitud de extradición, por lo que es indudable que el delito más importante desde el punto de vista penológico, afecto a la jurisdicción especial, no objeto de la extradición aquí consumada, y ésto ha de marcarse con especial énfasis, ha de ceder ante las otras infracciones de la jurisdicción ordinaria si contenidas en aquélla y por tanto delimita-

doras de cuantos efectos judiciales se deriven de la solicitud cursada al país vecino.

En resumen: que aunque la competencia es de la Jurisdicción militar, en este caso concreto hay que entregar la competencia a la jurisdicción ordinaria por respeto a los principios que rigen la extradición y singularmente por estos dos: el de que la legislación vigente no autoriza la extradición más que por infracciones comunes, y el de que nadie puede ser juzgado por infracciones ajenas a la solicitud de extradición.

En suma: el insulto a Superior es delito de la competencia de la jurisdicción militar, aunque se cometa fuera del cuartel y fuera de servicio, como se reconoce en este Auto de la Sala de Competencias del Tribunal Supremo, aunque en éste caso por imperio de los principios que rigen la extradición, hubiera que resolver en sentido contrario.

La tesis básica que este Auto mantiene sobre el fuero militar de éste delito es la que constantemente y con reiteración mantiene el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Véase, por tales, la tesis contenida en la sentencia de 14 de diciembre de 1983:

«En conclusión, el delito de insulto a Superior, por maltrato de obra, tipificado en el artículo 321 del Código de Justicia Militar, se comete por el mero hecho de la agresión física o ataque del inferior al Superior en empleo o mando, *cualquiera que sea la causa que lo determine u origine, ya que éste, el superior, jamás pierde en la Milicia su carácter de tal frente al inferior*, salvo el único supuesto del artículo 322 del propio Código, de haber sido el inferior ofendido en su honra como marido o padre, por lo que admitir una interpretación contraria a ésta doctrina no sólo significaría distorsionar erróneamente el tenor literal del precepto, sino además quebraría el principio esencial de la disciplina militar que el Código Castrense tiene, a costa, que salvaguardar.»

Llamamos la atención sobre las palabras subrayadas que indican dos cosas: a) que el móvil es intrascendente —salvo el supuesto del 322— y b) que en la Milicia el Superior nunca pierde su condición de superior frente al inferior.

3. INFORMACION

LOS DELITOS QUE COMPROMETEN LA SEGURIDAD DEL ESTADO

Fernando BARTOLOME MARTINEZ
Coronel Auditor

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO

Conceptos Generales

Estado. Nación. Patria.

1. El Estado tiene, como dice Plorlan, (Tratado de Derecho Penal), materia y forma: la primera está constituida por la soberanía que ejerce sobre el territorio, dotado de personalidad jurídica y entre cuyos límites se estructura la vida de la comunidad; soberanía que es igual a estar dotado de Imperium, ya que el Estado desprovisto de esta facultad queda equiparado a las demás personas, físicas o jurídicas; soberanía sobre un territorio totalmente independiente frente a otros en los cuales otros Estados, ejercen igual ese Imperium. La Forma son los órganos por cuyo intermedio el Estado se manifiesta y ejercita sus funciones, y constituyen su organización político-administrativa.

En estos dos aspectos de Estado soberano sobre un territorio, frente a otros, y Estado forma ó sistema de ejercer las funciones dentro de sus límites, los Códigos basan una distinción en la clasificación de los delitos que lo toman por sujeto pasivo, y denominan «delitos contra la seguridad exterior del Estado» a los que pretenden la destrucción de la vida del Estado, que es la consecuencia de perder su independencia, y «delitos contra la seguridad interior del Estado» a los que tienen por fin el modificar su estructura interna ó forma de gobierno, de manera distinta a la prevista en las Leyes Fundamentales de cada uno. Al proteger una y otra seguridad, los Códigos (tanto el Código Penal Común, como el Código de Justicia Militar, como veremos al adentrarnos en su estudio) extienden su tutela tanto al «ser» como al «modo de ser».

Esta clasificación legal, como dice el Coronel Auditor y Catedrático

de Derecho Penal Rodríguez Devesa en su «Derecho Penal Español», no está justificada actualmente desde el punto de vista criminológico; en los últimos años los ataques contra la independencia del Estado se llevan a cabo muy frecuentemente desde dentro del Estado mismo, provocando modificaciones en las estructuras políticas que faciliten después la anexión, anexión que en la actualidad no sólo se debe entender físicamente, es decir, la material ocupación del territorio; la anexión psicológica llevó incluso a intervenciones militares extranjeras solicitadas desde dentro, sin olvidar la anexión económica que lleva un Estado a depender absolutamente de otro, si bien se guarda la experiencia externa. Pues bien, estas agresiones, hoy día, se realizan mediante el fomento de revoluciones internas de ideología afin a la del país que de esta forma ataca a otro, de forma que se puede decir que hoy son más importantes las divisiones ideológicas que la geográficas, lingüísticas o incluso raciales; esta opinión es ya tan generalizada que Maurach llegó a decir que «constituyen casi la regla llevar a cabo ataques exteriores con medios interiores».

Pero esta distinción nominativa, basada, como dijimos, en el fin perseguido, tiene importancia respecto a la perseguibilidad del delito. El liberalismo empezó a construir, y sobre todo como consecuencia de la separación del concepto Estado de la persona que ostenta el poder, la teoría de los delitos políticos; apelativo éste que implica un privilegio frente a los demás delitos; privilegios que se traducen esencialmente en la no extradición de sus autores o, en caso de que se conceda, se realiza bajo ciertas condiciones, como la de no imposición de la pena capital. No obstante, dada la confusión que actualmente se da entre ataque procedente del exterior con fines de subvertir el régimen interior, las propias naciones que fueron pioneras en tal construcción doctrinal, están volviendo a la no concesión de privilegios, sobre todo cuando ello implique derramamiento de sangre, es decir, la lacra terrorista de nuestra época.

Pero antes de introducimos en el estudio de los delitos que son objeto de este tema, observemos que ambos grupos de delitos descansan sobre tres conceptos que no pertenecen al Derecho penal, éste los toma del Derecho político; estos son: concepto de Estado, de Nación y de Patria. Ello nos obliga a detenernos, si bien brevemente, en fijarlos con la claridad posible, ya que sobre algunos de ellos las teorías que se construyen son múltiples.

2. La persona es un punto de perfección. Cuando Aristóteles calificó al hombre de Zoon Politikon, animal político, sabía de esta dimensión suya de perfectibilidad. La palabra, el Logos, diferencia al hombre de los demás seres porque significa lo justo y lo injusto, lo bueno y lo

malo. De tales características del hombre, nace la Polis, la comunidad política. El hombre apolítico es un ser imperfecto.

El hombre político crea y da forma a la comunidad mediante su ordenación por normas que las propia comunidad crea y de las que, al mismo tiempo, es destinataria. Estas normas creadas dentro de la comunidad, producen el Poder, el cual se manifiesta en todas las agrupaciones humanas: la autoridad del padre sobre la familia, del presidente sobre la asociación que preside, del alcalde sobre la ciudad, etc. Los diversos grupos de poderes, por otra parte, no están aislados unos de otros; se ligan entre sí con vínculos complejos, incluso el de subordinación, pues no todos ostentan el poder en igual medida, ello es debido a la necesidad que sienten los unos de los otros. Cuando en varios de esos grupos de poder que, a su vez, tienen ciertas características comunes, se da un sentimiento de solidaridad, podemos decir que surgió la Nación, que se configura como grupo superior que amalgama a los demás bajo un sentimiento de solidaridad nacional; y este sentimiento tiene que prevalecer frente a los sentimientos de grupo, incluso sobre el religioso ya que continuamente vemos el hecho bélico entre naciones de las mismas creencias, sin que este sentimiento común sea capaz de evitar la guerra. Priva también sobre la sode ellos es tampoco capaz de evitarla entre naciones de la misma raza o lengua; y por el contrario, países de diversas razas, lenguas o religiones, como Suiza, tienen el sentimiento de solidaridad nacional. ¿Cuál es entonces la fuente de esa solidaridad? La dificultad de fijarlas hizo exclamar a Renan, en su conferencia de la Sorbona en 1882: ¿Qué es una nación? (Interrogación que constituía el título de dicha conferencia); y después de examinar los factores que mencionamos, a los que se podrían añadir otros como el territorio, el espacio vital, sobre el que se realizó una vida en común generación tras generación, Renan dice que la nación «es un plebécito de todos los días», pero como dice Juan Ousset, el hombre no elige su nación, su tierra, como no elige a sus padres y no es posible pensar que una nación pierda su identidad por decisión de sus nacionales. Todos estos valores tienen, evidentemente, importancia pero no son determinantes pues ya vimos que pueden quebrar. Ahora bien, todos ellos engendran un sistema de valores de los cuales, en cada caso, cada uno de ellos puede ser dominante pero no exclusivo; así fue dominante la idea de raza en la nacionalidad alemana y el despertar de las lenguas fue en el siglo XIX causa importante en las nacionalidades.

A mi modo de ver, la razón más explicativa del concepto nación la da Duverger cuando dice que la fuerza del sentimiento nacional está en que la nación es, ante todo, una comunidad de creencias elaboradas a través de su historia. Cada pueblo se forja una imagen de su pasado que tiende a justificar con sus actitudes y sus aspiraciones; a través de la his-

toria, los ciudadanos de una nación toman conciencia de las diferencias (verdaderas o falsas; lo importante es que sean creídas) que les distingue de las otras naciones, llegando incluso a formarse estereotipos nacionales a los cuales los individuos tienden a parecerse la flema inglesa, el chauvinismo francés, el Quijote español, etc. Dice Juan Ousset: «la nación es la sucesión de los hombres en el pasado y en el porvenir, así como en el presente. No es el simple total de los que viven; la nación existía antes que ellos, y cuando ellos hubieran muerto los sobrevivirá». Nación es el encadenamiento de generaciones, en flujo viviente con conciencia de nosotros.

Ya apuntamos al principio que el concepto Estado tiene dos aspectos diferentes: uno que designa la organización gubernamental de una nación; otro que significa que el Estado es una comunidad humana con autosuficiente autoridad para gobernarse legalmente, es decir, con soberanía ordenada al bien común, según se organice esa soberanía, tendremos una u otra clase de Estado, que a través del tiempo sufrió múltiples concepciones de considerar al individuo únicamente como súbdito del padre-príncipe, que no tienen nada privado (el Rey es dueño de vida y haciendas y honras) o, por el contrario, sentar que el individuo lo es todo y cada uno de ellos tiene capacidad de decisión que se concreta en razón de la mayoría de opinión.

Este segundo concepto es lo que podríamos llamar el Estado nacional, que por existir con independencia de su forma de gobierno, es el que nos interesa a los efectos del contenido de este trabajo.

3. En sentido etimológico, Patria quiere decir tierra de los padres; Nación expresa idea de nacimiento, del latín natus. Lo cual podemos interpretar en el sentido de patria igual a herencia de nuestros mayores y nación igual a participación en la administración de esa herencia con la tierra, con lo que es patrimonio físico; nos referimos a la «tierra humana», el suelo sobre el cual los padres han marcado su huella y que formó el sentimiento nacional.

Patria es pues un sentimiento y como tal se lleva en el corazón al contrario que el Estado que es producto del intelecto. Patria es una sublimación del sentimiento de unidad de una nación; es el resultado del querer histórico de todos los que vivieron en este suelo y crearon un cúmulo de vivencias a las que amamos y cuyas glorias y ejemplos respetamos y estamos siempre dispuestos a emular, sean cuales sean las circunstancias que nos rodeen. Puede el poder crear un Estado; el mapa político varía con mucha frecuencia, sobre todo como consecuencia de la fuerza. Pero lo que no podrá nunca el poder es crear una Patria, pues como decía Renan, la patria más está hecha de muertos que de vivos, concepto al que hay que añadir el de fidelidad de los vivos a los hechos de los muertos pues esta fidelidad es el sostén de su continuidad.

Y siendo el Ejército el depositario de la confianza que los demás ciudadanos ponen en que este sentimiento pueda seguir vivo, pues le encomiendan su defensa, encomienda que aceptamos como el primero de nuestros deberes, es por lo que considero que la denominación de «delitos contra la Patria» y no «contra la seguridad exterior del Estado», es la adecuada para un Código de Justicia Militar, aún cuando este término se tome referido a lo que antes llamamos Estado-nación.

TRATAMIENTO DE ESTOS DELITOS EN LOS CODIGOS PATRIOS

1. EVOLUCION HISTORICA

Al ser la idea de Estado consustancial con la humanidad, por ser el hombre esencialmente político y el Estado la organización política por excelencia, que existe aún en las épocas en que, como la feudal, casi no se advierte, las más antiguas legislaciones incluyen en sus listas de actos prohibidos, aquéllos que atentan contra tal institución, si bien adaptándose a la concepción que de ella se tuviera en cada época histórica. Cuando el basamento social lo era la religión, vemos que se incluyen como delitos actos que atacan las creencias religiosas; cuando el Estado se identifica con el príncipe, aparecen sancionados los hechos que toman a éste como sujeto pasivo de los mismos identificándolo con la institución Estado.

Por eso esta clase de infracciones es tan antigua como la sociedad misma. El Código de Manu (que la tradición brahmánica sitúa en el año 30 millones a. de Jc.), contiene como delito de Estado, la rebelión o la inviolable inflexibilidad de las castas, que tienen su origen en Dios mismo. El código de Amurabi, en Asiria, al lado de figuras delictivas totalmente vigentes, aparecen como delitos contra el Estado el robo del dinero de Dios o del Rey o el embrujamiento. Igual puede decirse del antiguo Derecho penal egipcio, el de Israel o del de la China, donde se considera delito de Estado el cometido contra los antepasados.

En la Grecia antigua, con su concepción de la polis-Estado, aparece ya la denominación de delitos de traición configurados en relación con su seguridad, si bien mezclados actos contra la seguridad exterior e interior con otros que, sin afectar directamente a la seguridad, causan perjuicios a la Polis.

En Roma, los delitos contra el Estado, aparecen con el Estado mismo y se basan en la perfidia o falta de fidelidad que el romano debía a

Roma. Bajo la denominación de perduello se comprendía todo acto contra el Estado, la paz pública y la dignidad de la Patria.

Con la República aparece la *proditio* que concretaba ya más el bien jurídico protegido que es la supervivencia del Estado y se refería a todo acuerdo con el enemigo que perjudicara los intereses de Roma o no tomase parte en su defensa. La sanción se acordaba en los comicios centuriados del campo de Marte, dándoles así un carácter militar; la importancia que a la persecución de estos hechos se daba nos da idea la circunstancia de que era admitido el testimonio del esclavo contra su amo. Las penas eran durísimas, como la decapitación después de la flagelación, el despeñamiento por la roca *tarpella* o la *crematio*, llegándose incluso a la muerte espectáculo como en el caso de las persecuciones contra los cristianos, considerados como enemigos del Estado.

Momsen dice que en época prejustiniana el soberano ostentaba entero poder sobre toda clase de infracciones, religiosas, militares y civiles, dentro y fuera de la ciudad, en la paz y en la guerra; pero es en ocasión del estado bélico cuando surge en Roma la identidad del mando militar con la jurisdicción, apareciendo entonces normas diferenciadoras respecto de las del Derecho penal común y es de hacer notar que los hechos punibles según el Derecho de la guerra eran, en parte, los mismos que los delitos contra el Estado, más los de conveniencia o utilidad militar.

Sabemos que los pueblos bárbaros, con Derecho no escrito, castigaban con la muerte en el fuego actos de esta naturaleza y son los Visigodos los que forman la primera recopilación de sus leyes consuetudinarias con el Código de Eurico, dado en Tolosa sobre el año 466, y el cual influyó en las legislaciones posteriores de los demás pueblos. Pero como en el territorio de asentamiento de estos pueblos, siguieron conviviendo los pueblos vencidos, nos encontramos con una dualidad de legislación: la bárbara, si bien con influencias romanas, y la de los pueblos vencidos que seguían observando el Derecho romano; esto perduró hasta que en 654 se unificaron ambas legislaciones con el *Liber Iudiciorum*, promulgado por Recesvinto y que fue la base de la legislación patria hasta que Fernando III promulgó el *Fuero Juzgo*, en donde se hace, de acuerdo con el concepto que entonces se tenía del Estado, identidad entre acto contra el Rey y contra el Estado. En la España cristiana de la reconquista, la denominación de traición se reservó esencialmente para los delitos contra el Rey, y digo esencialmente porque en algunos fueros se hizo extensión de esta denominación a hechos que perjudicaban a instituciones que no eran identificables con el Estado, así en el de Madrid se considera traidor al que atenta contra la seguridad de la casa.

Alfonso X el Sabio fijó el concepto de traición en las Siete Partidas con el concepto romano y por eso habla de *Lesá Majestad*, y consiste,

dice, en el engaño, falta de lealtad, enumerando bajo este prisma hasta catorce casos que abarcan desde la acción para quitar el reino a la obediencia del Rey, hasta la conspiración para la traición. Estos conceptos continúan en la Nueva y la Novísima Recopilación, de Felipe II y Carlos IV, respectivamente, ya que el concepto base, el de Estado, no había variado.

Pero si bien es cierto que estos ordenamientos que se sucedieron en nuestro Derecho patrio, constituyeron, cada uno en su tiempo, la única legislación penal, también lo es que cuando las instituciones armadas adquirieron el carácter de permanentes y se sientan las bases de las Ordenanzas Militares, comienzan a operar preceptos punitivos fuera de ellos, iniciándose una dualidad de legislación; mencionemos la organización de la justicia militar efectuada por Alejandro Farnesio en su Ordenanza e Instrucción o la célebre carta a su Emperador en la que le pedía el envío de un Auditor, pues se encontraba «manqués sin él».

El Teniente Coronel Auditor Montull Lavilla (Revista Española de Derecho Militar, nº 25) considera que la dualidad legislativa en este aspecto aparece con las Ordenanzas de Carlos III de 1768, al considerar que es en ellas donde por primera vez aparecen con verdadera y significativa generalidad figuras del delito de traición diferenciadas, tanto topográficamente como sustantivamente, de las que la Nueva Recopilación, entonces en vigor, preveía y castigaba; por ejemplo: art. 2º del Título XVII que castiga el faltar al secreto sobre asuntos del servicio; el art. 114 «El que fuere gancho del enemigo para tropas de otro Príncipe, se le pondrá en Consejo de Guerra y se le castigará con la muerte» el art. 117 del Título X, «el que por cobardía sea el primero en volver la espalda sobre acción de guerra... podrá ser muerto en el acto para su castigo y ejemplo de los demás». Esta figura de delito, con casi exacta redacción e igual pena y ejecución, pasó a nuestros Códigos marciales y en el de 1945 figura como el primer precepto del Título XI, dedicado a delitos contra el honor militar.

Pero no sólo de la existencia concreta de estos textos de las Ordenanzas de Carlos III, se deduce este comienzo de dualidad, sino también el inequívoco espíritu que las anima, pues siempre el sujeto activo tiene que ser militar y tan sólo en el caso de espionaje, art. 67, indica que si el autor fuere paisano, con inhibición de la que corresponda, la jurisdicción militar le impondrá la pena de muerte.

Hasta el año 1884, fecha en que se promulga nuestro primer Código Castrense, la protección de la seguridad de la patria continúa mezclada con otras disposiciones militares y desde el año 1822 también la legislación penal ordinaria se preocupa de incluir en su articulado estas infracciones, haciéndolo dicho Código bajo la rúbrica de «delitos contra la sociedad» y un subtítulo de «delitos que comprometen la existencia

política de la nación o exponen al Estado a los ataques de una nación extranjera». Y así llegamos a la legislación vigente, que continúa con la doble regulación de esta clase de delitos, si bien con la distinta rúbrica de «delitos contra la seguridad de la Patria», en el castrense, y «delitos contra la seguridad exterior del Estado».

2. DERECHO COMPARADO

La utilidad de examinar el Derecho de otros países para mejor ahondar en el nuestro, es algo que fue muy discutido por los tratadistas; mientras algunos lo consideran indispensable, elevándolo incluso al rango de ciencia jurídica, otros le niegan tal carácter, considerándolo únicamente como un metido que trata de determinar las notas comunes y diferenciales que existen entre determinadas instituciones o sistemas jurídicos, pero siempre y cuando que los ordenamientos que se trata de comparar tengan un substracto común, ya que el Derecho se entiende como una intención de solucionar los conflictos que la convivencia plantea a la comunidad; esa solución, como dice Rodríguez Devesa, tiene que ser justa y como pueden darse en varios ordenamientos políticos idénticos problemas, ya que en un momento determinado histórico es indudable que existe una gran homogeneidad en el campo de lo penal, conviene conocer las soluciones alcanzadas por países que se mueven dentro de nuestra órbita; ni que decir tiene que, por el contrario, aquellos ordenamientos que responden a conceptos ideológicos distintos, con formación cultural distinta, nada nos resolverán y tan sólo nos puede ofrecer su estudio una satisfacción de curiosidad. Pero, además, es necesario para lograr esa utilidad, que los pueblos cuyos ordenamientos comparamos, tengan un nivel técnico-jurídico equiparable, pues de nada sirve que el legislador confeccione una institución aceptando los más avanzados resultados de la investigación jurídica, si después los conocimientos de los que la aplicarán no están a la altura precisa. Igualmente es necesario un funcionamiento adecuado de la administración de justicia y una organización policial homogénea en sus métodos investigatorios.

Los Estados, como entes con personalidad jurídica, tienen una serie de derechos en el campo del concierto internacional, entre los que se encuentran los de independencia e integridad, y si bien estos derechos eran doctrinalmente reconocidos en el campo del Derecho Internacional, no tuvieron una regulación articulada hasta el año 1949 en la Asamblea General de la O.N.U., en la que se aprobó la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados de la misma. Con anterioridad, los Estados protegían la paz a través del Derecho interno de cada cual. En

todos los Códigos penales se tipifican delitos de esta naturaleza, sufriendo, a través de su historia, parecida evolución que en nuestro Derecho patrio y observándose en todos ellos la misma distinción entre seguridad interior y seguridad exterior y se contiene en legislación penal civil o militar según la extensión y organización de ésta en cada país.

Como nota común a todos ellos resaltamos la de que, a partir de la última guerra mundial, se observa una mayor rigurosidad en su sanción, sobre todo en los países que la sufrieron.

Si echamos un vistazo por los principales ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo, así como por los de las naciones americanas que heredaron nuestra cultura, veremos que respecto a estos delitos que venimos tratando, se pueden agrupar en los siguientes bloques, según Montull Lavilla.

A) Códigos penales militares que exigen la condición de militar en el sujeto activo del delito castrense, ya remitiéndose, para definir los correspondientes tipos delictivos, a las figuras previstas en el Código Penal común, ya definiendo tipos más genuinamente castrenses dentro del propio texto militar. Dentro de este grupo tenemos los Códigos militares de paz y guerra de Italia, el Código de Justicia Militar de Argentina, el Código de Justicia Militar de Estados Unidos de Norteamérica.

B) Códigos penales militares que, en general, se remiten a los exclusivos tipos de traición del Derecho común, atribuyendo su conocimiento a la jurisdicción castrense, en el exclusivo caso de que sean cometidos por militares, sin recoger propias figuras de estos delitos. Así citaremos: la Ley Penal alemana, la Ley Penal inglesa y el Código Penal Militar de Uruguay.

C) Códigos penales militares que, fundamentalmente y para tiempo de paz, sólo articulan delitos de traición con sujeto activo militar y, únicamente para el supuesto de tiempo de guerra, se describen tipos con sujeto militar o paisano o se atrae el conocimiento de cualquier delito de esta naturaleza a la jurisdicción castrense. Pertenecen a este grupo los Códigos de Justicia Militar francés, el de Portugal y el de Brasil; merece mención especial el Código Penal de Suecia, que regula delitos militares para el tiempo de paz y para el tiempo de guerra.

D) Códigos penales militares que regulan estos delitos sin atender a que sean cometidos por militares o civiles, tales como el suizo, el del Perú y, desde luego, el nuestro.

3. CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Es empresa vana, dicen Rodríguez Devesa y Quintano Ripollés, el pretender garantizar la seguridad exterior del Estado, protegerle de in-

gerencias provenientes del exterior, sin tener en cuenta que la protección del Estado está situada más allá de sus fronteras. Su paz no puede desligarse de la paz de otros territorios, como él independientes; y esto es válido hoy mucho más que antes, a causa del alcance de las armas modernas y el régimen de alianzas que convierten en agresor a cualquier Estado, sin tener en cuenta la situación geográfica de ambos. Por eso es una elemental necesidad de la solidaridad internaciones y de los derechos naciones, la condenación en una ley penal de la Guerra de Agresión como delito internacional. Pablo VI, en *Eclesian Suman* dice: «no puedo menos de denunciar, como delito y como ruina, la guerra de agresión, de conquista o de predominio». El General Auditor y Catedrático de Derecho Internacional Fernández-Flores (*Del Derecho de la Guerra*), propugna que el Derecho de la guerra, que antes de ella se ocupa de evitarla y durante su desarrollo procura dulcificarla, ya que la guerra aunque prohibida es una realidad y siempre será mejor regularla que ignorarla, también se aplique después de la guerra, con el castigo o punición de los delitos cometidos durante la guerra o con ocasión de ella, abarcando en esta expresión también a los delitos contra la paz y delitos contra la humanidad.

La existencia de esta legislación, no sería obstáculo para que las legislaciones nacionales continúen conteniendo tipos cualificados de delitos para el caso de que la agresión o propaganda bélica se dirija concreta y directamente contra un país determinado. Por otro lado, los convenios internacionales obligan a adoptar disposiciones para castigar los crímenes de guerra; hacen falta preceptos punitivos que, llegado el caso, afirmen en los que conducen la guerra, tanto en el campo adversario como en el propio, la criminalidad de estos hechos.

Por ello, los tratadistas, la doctrina, opinan que se impone la creación de un título en los Códigos penales, que debería ser el primero, de la parte de los delitos, que sancionara hechos de esta naturaleza que ponen en peligro la paz internacional. Maurach dice: «se agregarían estos delitos bajo el epígrafe de delitos contra los valores comunitarios supraestatales», en los que se incluirían los hechos punibles contra las bases de la convivencia pacífica, los fundamentos éticos de la vida de la comunidad.

TRATAMIENTO DE ESTOS DELITOS EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR ESPAÑOL

1. GENERALIDADES RELATIVAS A ESTOS DELITOS

Seguramente habéis oído que una de las múltiples clasificaciones que se hacen de los delitos es el de delitos públicos y delitos privados o, si queremos utilizar una terminología más procesal, delitos de acción pública, cuya persecución puede hacerla cualquier ciudadano y siempre tienen que ejecutarla los órganos judiciales y policiales del Estado, y delitos de acción privada, cuya persecución se deja a la voluntad de la persona ofendida o su representante legal, al menos en el inicio de la acción, ya que se considera que circunstancias extrapenales aconsejan que debe decidir el perjudicado, y aun iniciada la acción, también se le permite decidir sobre si el culpable ha de cumplir o no la pena. Pues bien, en el Derecho Militar no existen delitos solamente perseguibles a instancia de parte, todos son delitos públicos, ello por la razón de que siempre, si bien puede haber una persona física que soporta la acción como en el caso del insulto a superior o el de abuso de autoridad, el primer bien jurídico protegido es la Patria o los Ejércitos y sus virtudes esenciales.

Nuestro vigente Código de Justicia Militar, que como ya dijimos, fue promulgado el año 1945, si bien a lo largo de su vida sufrió ciertas reformas, dedica su Título VIII a regular los delitos contra la seguridad de la Patria, cuyo título se subdivide en tres capítulos: el primero configura los tipos del delito de traición, el segundo el de espionaje y el tercero los delitos contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo.

2. TRAICIÓN

A) *Concepto.*— Todos los Códigos encabezan su parte dedicada a delitos y sus penas con el delito de Traición, que hiera el sentimiento más natural y primario del hombre: el de solidaridad nacional y su fundamento en el amor a la patria. Traición, etimológicamente procede de traditio, entregar. Decían las Partidas: «Taryción tanto quiere decir como traer un ome a otro so semejanza de bien a mal; et es maldad que tira assi la lealtad del corazón del ome». La Academia de la Lengua dice que Traición es «quebrantamiento de la fidelidad o lealtad», y la exposición de motivos de nuestro Código la define como «el rompimiento del vínculo que liga al nacional con su Patria».

B) *Bien jurídico protegido.*— Es claro que el bien jurídico protegido

do es la independencia o la integridad de la Nación, ya que todas las figuras delictivas que el Código sanciona tienen por fin el provocar una guerra contra España por parte de otra Nación soberana o favorecer la ya iniciada. Ahora bien, vemos que para que se dé el delito de Traición no es necesario que la guerra llegue a tener lugar, simplemente es suficiente con que se consuma la total acción que constituye el delito, como por ejemplo el art. 262 que se refiere al español que en tiempo de paz o guerra entregare o comunicare a otros, planos, diseños o documentos secretos, relativos a la defensa nacional, siempre que hubiere posibilidad de perjuicio para la Patria y el art. 263, relativo a la propagación de noticias, en paz o guerra, no estando autorizado para ello y que sean relativas a la defensa nacional. Por el contrario, en la mayoría de los preceptos es necesario que se consuma la acción dentro de una situación de guerra, sin necesidad de que ésta se hubiera declarado formalmente; es suficiente con que se encuentre fácticamente en guerra llevada a cabo con armas, lo que excluye las que Fernández-Flórez llama guerras impropias, como las psicológicas, guerra fría o guerra subversiva. Algunos autores consideran que puede darse el delito de Traición en situación de guerra civil; yo creo que esto no es acertado ya que una guerra civil se deriva siempre de una situación de rebelión, y en este caso no es la independencia o integridad o la soberanía de la Patria la que está en peligro, ni lo que dio origen a la rebelión, sino generalmente lo que se busca en este caso es el cambio del sistema político que impere en ese momento; claro está que esa guerra civil puede internacionalizarse, en cuyo caso sí se daría el delito de traición.

C) *Clasificación.*— El Código castrense español, en los arts. 258 al 269, agrupa una serie de hechos que considera constituyen el delito de Traición siguiendo el orden de su gravedad y, consiguientemente, la de importancia de las penas a imponer en cada caso, lo cual pudiera dar la impresión de que hechos, en principio, iguales están contenidos en distintos preceptos con penas también distintas; por ejemplo, el caso del núm. 1.º del art. 258 «el que abandonando sus banderas entre a formar parte del Ejército enemigo» y el núm. 1.º del art. 259 «que tome las armas contra la Patria bajo banderas enemigas». Así vemos que los dos citados que a primera vista parecen idénticos, ya que entrar a formar parte del Ejército enemigo implica, indudablemente, combatir contra la Patria; sin embargo, no es tanta la identidad; mientras el primero exige dejar la bandera propia, el segundo lo comete aquel que no estaba encuadrado en el Ejército propio y entró a formar parte del enemigo. Estos ejemplos, sacados ya de los dos primeros artículos del mismo capítulo, podrían multiplicarse. Por eso nos parece más claro el hacer una sistematización de estas infracciones atendiendo a sus aspectos subjetivos y objetivos.

Atendiendo el aspecto subjetivo, el delito de Traición puede cometerse por:

- a) Animo hostil a la propia Patria.
- b) Menosprecio del deber de fidelidad a ella, anteponiendo los impulsos de cobardía, afán de lucro, ambición, etc.
- c) Inobediencia, infringiendo reglas jurídicas dictadas para el tiempo de guerra o medidas de gobierno encaminadas a la seguridad de la Patria.

Atendiendo al aspecto objetivo, la traición puede consistir:

- a) Agresión a la Patria mediante
 - Las armas.
 - De otro modo en inteligencia con el enemigo.
- b) Favorecimiento del enemigo mediante
 - Seducción de tropa y reclutamiento de gente.
 - Entrega de territorio, fuerza o recursos.
 - Espionaje impropio.
 - Prestación de otros servicios.
- c) Quebrantamiento de la defensa nacional mediante
 - Sustracción de fuerzas o medios de combate.
 - Sabotaje en instalaciones o material.
 - Propaganda derrotista o desmoralizadora.
 - Perjuicios económicos.
 - Falsedades o argucias maliciosas.
 - Infracción de excepcionales medidas de gobierno.

D) *Dolo*.— El delito de Traición no puede cometerse nunca por imprudencia, pues este delito requiere siempre el dolo específico de querer ir directamente contra la Patria, tomando partido de forma activa por sus enemigos. Cuando falte la voluntad específica de cometer traición, el hecho puede ser constitutivo de otro delito de distinta naturaleza, como puede ser el de negligencia o contra el honor mili-

tar, etc; como por ejemplo: el hecho de divulgar el santo y seña o contraseña que puede constituir el delito del núm. 2 del art. 259, si se facilita al enemigo con el fin de facilitar sus operaciones o perjudicar las propias, puede ser un delito contra el honor del núm. 3 del art. 356, si la revelación se realiza en campaña o lugar declarado en estado de guerra, pero no con la intención (dolo específico) de favorecer al enemigo, y puede constituir simplemente una falta grave del núm. 10 del art. 437, si esa revelación se hace en tiempo de paz.

E) *Autoría*.— Todo delito ha de tener dos sujetos: un sujeto activo, que realiza la acción constitutiva del delito y que producirá el resultado dañoso pretendido (que no impide que ese sujeto sea múltiple), y otro sujeto pasivo que soporta la acción y contra el que se dirige el mal querido (que también puede ser múltiple).

El sujeto pasivo en los delitos de traición es siempre la Patria y por extensión, también lo puede ser otra nación, siempre que sea aliada de España y se encuentre en campaña; pero por lo que respecta al sujeto activo, dada la dualidad de legislación en nuestro Derecho, si es preciso preguntarnos si el delito de traición puede ser cometido por personas que no sean militares; podría pensarse que dado que este delito también está sancionado en el Código Penal común, éste sería aplicable a los que no tienen la condición de militar y aquél, por el contrario, se aplicaría a los que tuvieran tal carácter. Por eso urge decir que el delito que estudiamos puede ser cometido por paisanos y, naturalmente, por militares, si bien hay figuras que exclusivamente pueden ser realizadas por militares, ya porque así lo especifique el propio precepto como el 267, del que luego nos ocuparemos con más detenimiento, o por deducirse así del texto legal, como ocurre con el núm. 1.º del art. 258, pues el estar bajo banderas implica ser militar, y si se toman las armas contra la Patria sin ser militar se cometerá el delito del núm. 1.º del art. 259, el cual además tiene su parangón en el Código Penal común, en el art. 1.122, núm 1.º. Igual sucede con el núm. 6 del art. 258, ya que mal se puede pensar que en contacto de lucha con el enemigo, una persona que no sea militar pueda entregarle una plaza, un puesto o posición, buque, aeronave o fuerza a sus órdenes.

También podemos preguntarnos si estos delitos pueden ser cometidos por extranjeros, ya que siendo, como tanto dejamos dicho, la base de este crimen la falta de fidelidad a la Patria, no parece que al que no es nacional pueda serle exigida; no obstante, siendo cierto, los Códigos suelen extender dicha responsabilidad a extranjeros, naciendo así la figura que doctrinalmente se llamó de cuasi traición, por los graves perjuicios que de la acción se derivan generalmente; ahora bien las penas son inferiores que para los nacionales y su sanción se supedita a que se encuentre en territorio nacional y dejando a salvo lo que para los fun-

cionarios diplomáticos se acuerde en tratados o disponga el Derecho de Gentes. Beneficio éste de extranjería que no alcanza a los que siéndolos hubieran entrado voluntariamente al servicio de España.

F) *Comentario de algunos preceptos.*— No tendría objeto alguno el que ahora enumerásemos uno por uno todos los tipos de delitos que el Código define como traición, haríamos esta exposición larga y más tediosa de lo que de por sí puede resultar para no profesionales del Derecho; pero sí quiero llamaros la atención sobre unos preceptos que ofrecen ciertas peculiaridades, tales como los arts. 267, 268 y 269.

El primero considera reo de traición al militar que teniendo conocimiento de que se intenta cometer un delito de traición no dé parte a sus superiores tan pronto como pueda, será castigado como si lo hubiera cometido.

Los delitos pueden ser cometidos por acción u omisión; en el primer caso el autor del delito tendrá que realizar una conducta activa, el segundo tendrá que dejar de realizar una acción a la que vendría obligado por expresa disposición del precepto que comentamos. Esta obligación de actividad viene justificada por la misión fundamental y más sagrada de los Ejércitos, que es el defender la soberanía e independencia de España y, en consecuencia, el militar que permanece impassible ante el peligro de la Patria y que está obligado a evitar, falta evidentemente a la fidelidad que le debe como nacional y que juró como militar.

El precepto presenta dos problemas importantes: uno de tipificación y otro de penalidad. El primero consiste en que indudablemente no podrá genéricamente darse por cometido este delito, será necesario especificar en qué tipo se encontraría encuadrado el hecho del cual tuvo conocimiento, dado que el precepto dice «... será condenado como si lo hubiera cometido»; no es posible entonces la sanción ante un conocimiento genérico, pues sería imposible su calificación legal, condición indispensable para imponer una pena. El problema respecto a la imposición de pena, presenta la dificultad del caso de que el delito de traición de que tuvo conocimiento, no se cometa, bien por propio o voluntario desestimiento o por no haberse consumado, quedándose en grado de frustración o tentativa; en estos casos tendríamos: que no fuese punible y que constituya una tentativa o frustración, en cuyo caso a los que pretendieron la traición se le impondrá la pena inferior en uno o dos grados y, por el contrario, al no delator se le impondrá la pena que corresponda al delito consumado.

El art. 268, constituye lo que la doctrina denomina una excusa absoluta que excluye la punibilidad, dejando al culpable sin pena en ciertos casos declarados expresamente por la Ley. Es una causa de tipo personal que no beneficia a los demás coautores del delito y, por tanto, deja en pie la antijuricidad y la culpabilidad, hay delito porque el hecho

es antijurídico, hay autor responsable, pues no concurre ninguna circunstancia que la excluya, pero no se impone pena por expresa disposición de la Ley, con lo que viene a constituir, en realidad, un perdón legal basado en múltiples razones de política criminal; en este caso se basa en una razón de utilidad práctica.

El último de los preceptos citados, constituye una excepción a la regla general de aplicación de penas que determina (art. 238) que a los autores de conspiración y proposición de conspiración y proposición, se les impondrá la pena inferior en grado a la señalada al delito consumado o incluso en dos grados. Es cierto que no es éste el único caso en nuestro Código en que la conspiración o proposición no sigue la regla general citada, pero también es cierto que es el único caso en que se puede llegar a imponer una pena al autor de conspiración o proposición de traición igual que si se hubiera consumado.

3. DELITOS DE ESPIONAJE

A) *Concepto.*— Para comprender mejor el delito de Espionaje, debemos empezar por dar un concepto de la persona que lo realiza y a la cual llamamos espía. En un concepto un tanto vulgar, espía es toda aquella persona que se dedica a enterarse de secretos y comunicarlos a otra persona que se encuentra interesada en conocerlos; en un aspecto más tecnicado, que es el que nos interesa, equivale a persona que se introduce subrepticamente entre los adversarios para observar cuanto pueda interesar a su propio país o al que le paga para ello. Sabemos, aquí en este curso lo vimos en los diferentes ejercicios que realizamos, lo importante que es la información sobre el enemigo (misión de la 2ª Sec. de los Estados Mayores); el buen resultado de la mayor parte de las operaciones de guerra, y desde luego, el mejor planteamiento de las propias, depende del hecho de que se posea una buena información referente a las intenciones, los medios con que cuenta, posición y cuantos datos sea posible conocer del enemigo. Y esto hasta tal punto es importante que los países organizan lo que se llaman Agencias de Información, las cuales actúan no sólo en tiempo de guerra; la avanzada tecnología moderna, de decisiva influencia en un futuro conflicto armado, hace que también sea precisa su actuación en tiempo de paz y no sólo a países que posiblemente sean los enemigos en un futuro. Por esta importancia a que nos referimos para la acción bélica, es por lo que podemos decir que los espías son antiguos como la propia guerra. El Derecho antiguo incluía el delito de espionaje en confusión con otros delitos que amenazaban su seguridad, como ya dijimos en la evolución histórica, pero aclaremos que también desde antiguo la denominación

de espía se le dio generalmente al agente de la potencia enemiga, al igual que ahora, ya que el que realiza esta misión a favor del Estado favorecido, no sólo no comete delito para con este Estado, sino que se le recompensa (más adelante diremos algo sobre la autoría); las Partidas, les llamó Barruntes, y ordenaban que se recompensara con largueza a quienes desempeñan con lealtad esta arriesgada misión. Pero la misma importancia de su misión, hace que por parte de la potencia espíada se considere este delito como extremadamente grave.

El concepto de espionaje ya dijimos que está unido a actuación subrepticia; por esta razón, en Derecho Internacional, no se considera espía al militar que con uniforme reglamentario y con las divisas reglamentarias, penetre en la zona de operaciones del ejército enemigo con el fin de realizar reconocimientos, tal como sucede en servicios de comandos, vuelos de reconocimiento; estos militares, en el caso de ser hechos prisioneros, tienen la consideración de prisioneros de guerra, tal como se recoge en el núm. 2º del art. 272 de nuestro Código.

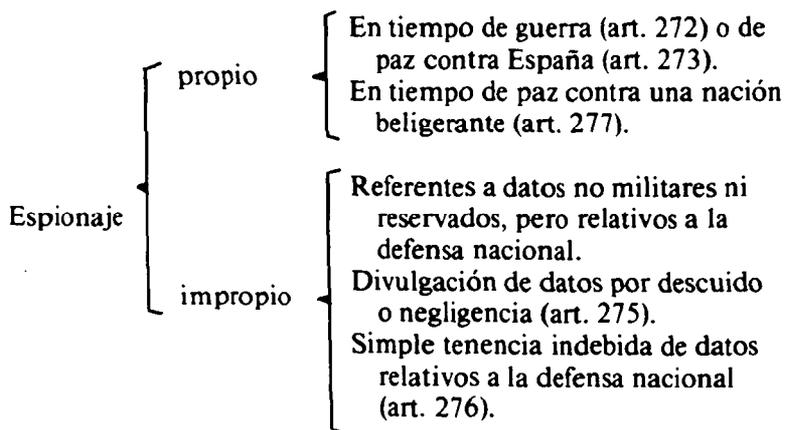
B) *Su regulación en el Código de Justicia Militar.*— Es de destacar que el carácter de este delito es exclusivamente militar, hasta el punto de que casi todos los Códigos penales comunes hacen abstracción de su configuración, reservándolo únicamente para los Códigos militares; muy concretamente nuestro Código Penal sigue este sistema y tan sólo en sus preceptos se encuentra una figura de delito que pudiera equiparar al de espionaje, es la incluida en el último número del art. 122, incluyéndolo, por tanto, dentro del delito de traición y se refiere al español que revelare secretos políticos, militares o de otro género que interesen a la seguridad del Estado, y el que se procure dichos secretos y obtuviere su revelación. Esta postura es perfectamente justificada por los intereses y constituyen el bien jurídico protegido que son las operaciones de campaña, si ya estamos en situación guerra, o los planes de defensa nacional.

Nuestro Código realiza una regulación del espionaje bastante más técnica que el anterior, al definir tipos de modo comprensivo y conciso, salvo en lo que se refiere al caso 4.º del art. 272, que indudablemente encaja mejor al espíritu del delito de traición, pues no debemos olvidar que el concepto del espionaje consiste esencialmente en la actitud de procurarse noticias sobre la defensa nacional y proporcionarlas a potencia extranjera con perjuicio de España, circunstancias que no se dan en el presente caso. Por el contrario, constituye un acierto el contenido del art. 274, que resuelve el problema de si para que se cometa el delito es condición precisa que la información facilitada o simplemente buscada, sea clasificada como reservada o tenga carácter exclusivamente militar; es suficiente con que afecte a la defensa nacional. A tal respecto el Coronel Rodríguez Devesa opina que la Ley 9/1968, sobre secretos oficia-

les, no incide sobre el Código porque, aunque el art. 13 de la Ley el art. 13 de la Ley dispone que «las actividades reservadas por declaración de Ley y las materias clasificadas, no pueden ser comunicadas, difundidas, ni publicadas, ni utilizando su contenido dentro de los límites establecidos por la misma Ley», al señalar las responsabilidades se limita a decir que el incumplimiento de esta limitación será sancionado conforme a las Leyes penales si procediere; lo que equivale a decir que son los requisitos del Código Penal los que deben concurrir para la configuración del delito, son interferencias de preceptos procedentes de otros campos.

También regula perfectamente el aspecto penalógico, ya que especifica con toda claridad las circunstancias que paz o guerra, así como qué penas corresponden en cada caso.

Y dicho esto, al igual que hicimos con el delito de traición, vamos a sistematizar los distintos tipos de infracciones de espionaje por las mismas razones que ya expusimos al tratar de aquel delito. A tal efecto se pueden distinguir dos grandes grupos:



C) *Autoría*.— Así como el delito de traición está esencialmente concebido para su comisión por españoles, sean militares o no, por el contrario, el de espionaje lo puede cometer un nacional o un extranjero; es más, yo diría que es difícil que este delito se pueda cometer por un español, ya que cualquier hecho que realizado por un nacional tienda a favorecer las armas enemigas incide con claridad en el concepto de traición y de hecho encontramos preceptos en este delito que la única razón de su colación entre ellos es la de que son cometidos por nacionales; por ejemplo, el caso 7 del art. 258, mantener relación (sin especi-

ficar clase) con el enemigo sobre operaciones de campaña; el núm. 2 del art. 259, facilitar planos, santo y seña o cualquier dato al enemigo. Si un español comete espionaje en contra de España, es indudable que favorece a las armas enemigas. Claro que quedaría el caso de que la nación favorecida no fuera enemiga, concepto que sólo se da, al menos en sentido formal, en caso de guerra y que son elementos esenciales del delito de traición.

Los delitos de espionaje tienen un marcado carácter formal, por lo tanto no existe distinción entre los diferentes grados de perfección del delito; siempre que se cometa algún acto externo tendente a este delito, se considera cometido en grado de consumación; así vemos que el propio Código sanciona como delito consumado la simple búsqueda de noticias sobre la defensa nacional o el introducirse subrepticamente, sin objeto justificado, en una instalación militar (art. 272), actos que de no ser expresamente definidos como delito, serían frustración o tentativa. Otro tanto ocurre con la participación en el delito, no puede darse participación en concepto de cómplice o encubridor; el art. 278 considera como delito de espionaje cualquier acto que suponga cooperación en el mismo, bien encubriendo a los espías o de otro modo los auxilie, y no puede interpretarse esta última alocución («o de otro modo los auxilie») referida únicamente a la persona del espía, hay que extenderla a la acción del espía, ya que, de otro modo, un acto de simple auxilio a una persona, por ejemplo facilitarle viveres, sería penado con mucha más gravedad que la complicidad en el hecho delictivo, al que se impondría la pena rebajada en un grado.

Por último diremos que también en este capítulo se configura la exclusión absoluta de que ya hablamos en la traición; el párrafo 2.º del art. 278, que debía constituir un artículo aparte, pues no guarda relación alguna con el primero, así lo sanciona, dejando exento de pena al que descubra antes de cometerse.

4. DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES, DEVASTACIÓN Y SAQUEO

A) *Concepto*.— Decía San Ambrosio de Milán que también la guerra tiene sus normas de Derecho y entre los mismos adversarios los convenios deben ser cumplidos.

Si hay un Derecho de la Guerra (ver la obra citada del General Auditor Fernández-Flores) que establece normas que implican deberes y contienen prohibiciones, es lógico que exista un derecho sancionador del incumplimiento de estas normas reguladoras de la guerra. El término *Ius Gentium* fue muy utilizado durante toda la Edad Media y a tra-

vés de los escolásticos como Santo Tomás de Aquino, llega a la Edad Moderna, en la cual sobresalen nuestros clásicos P. Vitoria, Fernando Vázquez de Menchaca y P. Suárez, como fundadores del Derecho Internacional. La dulcificación de los horrores de la guerra fue siempre una preocupación de la humanidad y la Iglesia Católica se distinguió en este afán, todos oímos hablar de la Paz y la Tregua de Dios y de las mediaciones del Papado en evitación de guerras entre naciones, allí donde podía ejercer su influencia.

La posición de la persona individual en el Derecho de gentes es un tema muy debatido por los tratadistas del Derecho Internacional. No obstante, hoy en día se está de acuerdo en que el individuo que comete crímenes de guerra, responderá, al menos penalmente, directamente de su acción; pero como de responsabilidad criminal puede derivarse una responsabilidad civil, la cual no sigue en este caso al responsable penal, como ocurre en el derecho penal nacional, sino que el art. 3 del IV Convenio de la Haya de 1907, la hace recaer sobre la colectividad a la que pertenece el responsable penal (de otra manera las indemnizaciones serían ilusorias, ya que muy difícilmente una sola persona podría satisfacer los enormes perjuicios que normalmente se derivan de estos delitos); dice dicho precepto: «La parte beligerante que no cumpla las disposiciones de dicho Reglamento, estará obligada a una indemnización, si hubiera lugar a ella. Será responsable de todos los actos que cometan las personas de sus Ejércitos».

Esta responsabilidad penal del individuo, el Derecho de gentes puede exigirla a través de Organos internacionales o bien a través de los propios Tribunales de justicia internos, los cuales pueden pertenecer al país del presunto responsable o al país que sufrió el daño, aplicando, en cada caso, las reglas internas de ese país que juzga el hecho, las cuales, en realidad, vienen a constituir reglas de Derecho internacional incorporadas a las legislaciones propias; en este caso la doctrina les puso un nombre, les llamó Derecho Internacional en sentido derivado. Estas normas de Derecho Internacional incorporadas al Derecho penal interno, están redactadas tomando como base los actos que el Derecho internacional considera como ilícitos; por el contrario, la sanción es competencia de la propia legislación interna.

Debemos aquí mencionar, sin extendernos en el examen del contenido, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que consagran el principio de la Jurisdicción Universal, por la cual las partes contratantes se comprometen en determinar sanciones, búsqueda de los responsables, entrega a los Tribunales propios o de la otra parte, adopción de medidas para evitar la prescripción, etc. Pero, en todo caso, sea cual sea la nación que juzga, tendrá que aplicar la legislación especial que

está obligada a dictar por los propios convenios (art. 28 del Convenio de La Haya de 1959).

En nuestro Código de Justicia Militar, el capítulo III del Título VIII, está dedicado a «delitos contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo». En esta denominación, debe advertirse, como dice el Comandante Auditor Pastor Ridruejo, que la expresión Derecho de gentes se toma en el sentido usual de Derecho internacional, y así lo hace el Reglamento de Servicio en el Ejército de 1882, art. 823, al decir: «Constituye el Derecho Internacional o el Derecho de Gentes la reunión de principios jurídicos a que se sujetan las relaciones pacíficas u hostiles de los Estados independientes entre sí».

B) *Tratamiento en el Código de Justicia Militar.*— Estos delitos se incluyen bajo la rúbrica general del citado Título VIII de «Delitos contra la seguridad de la Patria», ya que estos actos contrarios al Derecho internacional, al ser realizados por órganos estatales, dan lugar a una responsabilidad internacional del Estado, afectando así a su propia seguridad; si bien, en principio, el fin primordial de la persecución de estas infracciones y la razón del acuerdo internacional sobre ellas, es proteger bienes jurídicos del Derecho internacional. A tal respecto dice Manzini: «... Es evidente la gravedad de los intereses que la Ley quiere tutelar; ella exige el respeto a los pactos internacionales no sólo por el deber de lealtad que incumbe a todos los Estados civilizados, sino además para evitar el peligro de que se rompan o reemprendan hostilidades por parte del Estado agredido, al cual el Derecho Internacional reconoce facultad de reacción, o si se realizan en plena campaña, la repercusión de tales actos puede consistir en graves represalias».

Nuestro Código militar no distingue con claridad los tres tipos de delitos a que se refiere este capítulo, entremezclando unos con otros. Si hacemos una lectura del mismo veremos que los actos que ofenden al Derecho de Gentes, están contenidos en los arts. 279 y 281; los referentes al delito de devastación están contenidos en el art. 280, y, por último, los de saqueo se sancionan en los arts. 282, 283, 284 y 285.

C) *Objeciones a esta regulación.*— A la regulación que realiza nuestro ordenamiento militar, se le suelen achacar los siguientes defectos:

1.º La inclusión de algunos tipos, como la del art. 283 («El militar que en la guerra despoje y se apropie del dinero y alhajas que sus compañeros de armas lleven sobre sí») que más afecta al honor que al Derecho Internacional, ya que, además, el despojo de miembros del Ejército enemigo se contempla en el artículo anterior.

2.º No inclusión en su articulado de actos bélicos que el Derecho Internacional positivo considera expresamente como ilícitos, ya que el legislador no se preocupó de ir incluyendo los contenidos de este orden

en los convenios internacionales posteriores a la promulgación de nuestro Código.

3. Alguna inexactitud en la redacción de preceptos, como el art. 280, al castigar, sin más aclaraciones, el incendio de aeronave por un militar sin orden de sus superiores, lo que dará lugar a considerar supuestos de realización de estos hechos como no incluidos, si bien ateniéndonos a la letra, si lo están, como el incendio de aeronave que puede ser empleada contra él.

4.º La inclusión dentro del Título VIII, se considera que no es demasiado afortunada, ya que, como dejamos dicho, más parece proteger su propia seguridad, fin no buscado por el Derecho Internacional, que al cumplimiento de lo acordado para la humanización de la guerra.

Estos defectos que aquí señalamos deben de ser tenidos en cuenta para un futuro Código, sobre todo el comprendido bajo el núm 2, ya que supone un incumplimiento de obligaciones contraídas por España al rectificar los tratados internacionales citados; los demás, si bien deben de ser tenidos en cuenta, afectan tan sólo a una exigencia de mejor técnica jurídica.

TRATAMIENTO DE ESTOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL COMÚN

Con mayor brevedad vamos a examinar ahora los delitos contra la seguridad exterior del Estado comprendidos en nuestro Código Penal común. Esa brevedad nos viene impuesta por razones de extensión del tema y me pareció más interesante en este momento, el hacerlo con un poco más de detenimiento en nuestro Derecho Militar, dado que además, muchos conceptos son comunes, incluso lo son, como veremos en el epígrafe siguiente, el contenido de muchos preceptos de ambos cuerpos legales en el delito de traición. De ahí el confusionismo de que hablamos anteriormente.

El Código Penal común agrupa los delitos contra la seguridad exterior del Estado en el Título 1.º del Libro II, capítulos I a V, ambos inclusive, dedicados respectivamente a los delitos de traición, delitos que comprometen la paz o independencia del Estado, delitos contra el Derecho de Gentes, delitos de piratería y el último contiene disposiciones comunes a los anteriores.

1. TRAICIÓN

A) *Concepto*.— El concepto que los tratadistas dan de este delito,

contemplado desde la óptica del Código Penal común, es exactamente el mismo que dimos al referirnos a nuestro Código Castrense. En ambos es básico por parte del autor que tenga ánimo de favorecer al enemigo y el bien jurídico protegido es también el mismo. Es válido igualmente respecto a la situación del hecho de un estado de guerra y lo referente a sujetos activos y pasivos. Rodríguez Devesa a este respecto realiza una crítica que igualmente es válida para nuestro Derecho militar, diciendo que a pesar de las grandes alianzas militares, subsiste en alto grado una insolidaridad legislativa entre las naciones, pues sólo la Ley penal militar danesa de 1937, considera los delitos cometidos contra las fuerzas armadas aliadas como si fueran realizados contra las propias; todos los demás Estados presentan reservas al respecto de uno u otro tipo como la exigencia de reciprocidad o la existencia de una guerra común.

B) *Figuras contenidas en el Código Penal.*— Los delitos de traición contenidos en el Código Penal común se pueden esquematizar en los siguientes grupos:

a) Inducción a la guerra contra España (art. 120).

b) Actos tendentes a favorecer al enemigo en guerra contra España; casi todos los tipos de delito que comprende este grupo se encuentran también en el Código de Justicia Militar, salvo que en este último no se incluye la lucha bajo banderas sediciosas o separatistas y, por tanto, el favorecimiento de estas acciones bélicas. Ello no puede interpretarse en el sentido de que el Código Castrense no sancione actos que favorezcan luchas de esta naturaleza y que tienden a perjudicar la paz y la integridad de la Patria; lo que sucede es que este Código tiene otros tipos de delitos, bajo la rúbrica de delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos, que contempla infracciones cuyo fin es la sanción de hechos de esta naturaleza sediciosa o separatista.

c) En el art. 122, núm. 6, se hace referencia, y es la única de todo su articulado, a un caso de espionaje, si bien considerándolo como traición, pues como ya dijimos anteriormente al hablar de espionaje en el Código de Justicia Militar que este delito, generalmente, tan sólo encuentra regulación con sustantividad propia en los Códigos militares.

d) El art. 123, considera como delito de traición los ultrajes a la Nación Española o al sentimiento de unidad, símbolos y emblemas. Este precepto tiene su antecedente en la llamada Ley de Jurisdicciones de 1906 que se dictó para reprimir delitos contra la Patria y el Ejército. A tal efecto no podemos incluir en este delito actos que signifiquen injuria, pero los cuales no tienden a menoscabar el sentimiento de independencia de España, o su unidad nacional, estos actos injuriosos que tienen otros fines distintos tales como atacar así el Régimen político, tienen su encaje en otros preceptos tales como el núm. 3 del art. 217.

2. DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ O LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO

Este grupo de delitos que el Código Penal común regula en un capítulo aparte de los que llama traición, tienen en realidad el mismo carácter que éstos, pues el bien jurídico general que protegen es el mismo; lo que ocurre es que éstos no contemplan las conductas que parten del hecho de una guerra existente, y favorecen los actos bélicos enemigos o impiden su terminación, sino una serie de actos o comportamientos, sean en tiempo de guerra o paz, que implican un riesgo de que la guerra alcance a España o no se alcance la paz, así como que comprometan el prestigio del Estado Español. Decía Pacheco que entre ambas clases de delitos existe relación y analogía, pero tienden más bien a comprometer el interés público en sus relaciones internacionales. Otros muchos opinan que en realidad no debían de tratarse en capítulos distintos, dada su gran similitud.

Bajo esta denominación se encuadran:

- a) La realización de actos hostiles tendentes a provocar una declaración de guerra (es suficiente que sea de facto) o represalias o reanudación de tregua o armisticio.
- b) Actos que comprometen la neutralidad española.
- c) Introducción o ejecución de una orden de Gobierno extranjero que ofenda la independencia o seguridad española.
- d) Propagación de rumores derrotistas para perjudicar el crédito de España o su dignidad.

3. DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES

A) *Concepto.*— Todo cuanto expusimos como introducción al tratar de estos tipos de delitos con respecto al Código de Justicia Militar, es válido ahora por cuanto la filosofía que los fundamenta es la misma. Sin embargo, en este caso no se da el confusionismo entre la legislación militar y común, como ocurría con el delito de traición (incluyendo en tal denominación los que el Código Penal llama delitos contra la paz o la independencia del Estado). Esta mayor claridad es debida a que el Código Castrense se limita a definir como delitos los actos que pueden realizar los militares o agregados de los Ejércitos estando en campaña, y que violen normas de guerra; la única excepción que encontramos a la condición de estar en campaña, es la contenida en la primera parte del art. 279 que sanciona actos de hostilidad, sin motivo ni autorización, contra una potencia extranjera, y por eso podríamos decir que no es éste el sitio en que debía de encontrarse, y sí más bien entre los de trai-

ción. Por el contrario, el Código Penal contempla supuestos distintos, como después veremos, y evidentemente pocos.

Por su parquedad mereció nuestro Código Penal críticas de la doctrina, máxime cuando en algunos de los casos incluso exige cláusulas de reciprocidad, diciéndose que no se halla a la altura de los tiempos en los que impera la corriente de sancionar los delitos contra el Derecho de Gentes, los crímenes de guerra y los delitos contra la sociedad, con independencia de situación geográfica y de la nacionalidad de sus autores, así como con la ausencia de cláusulas de reciprocidad, corriente basada en que el Estado, hoy en día, no puede cumplir su misión fuera del concierto de la comunidad de naciones; del mismo modo que, como ya dijimos al principio de nuestra exposición, el individuo no puede desarrollarse sin las instituciones estatales, el Estado moderno no puede alcanzar su bienestar fuera de ese concierto internacional de naciones.

Dedica nuestro Código Penal tres artículos a regular este tipo de delitos; a todas luces se advierte su insuficiencia. Los dos primeros regulan delitos que pueden cometerse contra un Jefe de Estado que se hallare en España o representantes diplomáticos, y el último, introducido en el año 1969 bajo el núm. bis, trata del delito que se conoce con el nombre de Genocidio.

El art. 136, sanciona los actos contra la vida o la integridad personal de un Jefe de Estado extranjero, y el 137 sanciona la violación de la inmunidad personal del Jefe de otro Estado, siempre que se encuentre con carácter oficial o de los representantes diplomáticos de otra potencia.

Hagamos algunas pequeñas reflexiones: tal como están redactados estos preceptos es preciso distinguir el matar a un Jefe de Estado en razón de su condición de tal a que la muerte se le ocasione por otras razones distintas, ya que sólo se dará este delito en el caso de que se realice bajo el primer concepto, de lo contrario se aplicará la legislación, mejor dicho, el precepto que corresponda para el delito cometido, es decir, será castigado como un delito de homicidio, lesiones, etc. Respecto al art. 137, es de advertir que la violación de la inmunidad exige que dicho Jefe de Estado o representantes diplomáticos fueran recibidos en España con carácter oficial, y si este requisito no concurre, no gozarían de inmunidad, la cual está constituida por la inviolabilidad de la persona y la no aplicación a ella de la legislación territorial. Pero estos preceptos anteriores no se aplicarán cuando no tienen señalada una pena recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, en cuyo caso se impondrá al delincuente la pena que correspondiera al delito cometido; condición ésta que se considera de retroceso en nuestra legislación ya que, por ejemplo, el Código de 1928 no la incluía, aparte de que dicho Código sí incluía otras figuras de delitos de

esta naturaleza quedelitos de esta naturaleza que, si hoy estuviera en vigor, le harían estar mucho más al día que el vigente.

B) *Genocidio*.— El art. 137 bis, sanciona el delito de Genocidio. Fue creado este delito por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y vino a nuestro Código como consecuencia de la adhesión de España el 13 de septiembre de 1968.

Tuvo el Genocidio su razón de ser por el hecho de que la II Guerra Mundial despertó en la conciencia de las naciones la necesidad de castigarlo.

Churchill llamó el «crimen sin nombre», y el que le bautizó fue Rafael Lemkin. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional definió como crimen contra la humanidad «el asesinato, el exterminio, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos, o tales persecuciones llevadas a cabo, al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o social relacionado con él». La VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal (Bruselas, 1948), recomendó la inclusión en los Códigos Nacionales de los países asistentes, preceptos sancionadores de tales actos en paz o guerra, con ocasión de luchas de individuos o grupos con pretextos de raza, nacionalidad o creencias religiosas y opiniones.

El Genocidio, según el Convenio, es un delito de Derecho Internacional, ya sea cometido en tiempo de paz o guerra. Se protege con ello la existencia de todos los grupos que integran el género humano, cualesquiera que sean su raza, sus opiniones o creencias, y significa la admisión de que el mundo civilizado es un mundo donde tienen cabida todos los hombres y que la dignidad del individuo, colectiva e individualmente, debe estar protegida allí donde se encuentre.

El art. de nuestro Código dedicado a este delito puede ser esquematizado de la siguiente forma:

1. Genocidio físico, núm. 1.º del art. 137 bis.
2. Genocidio ideológico, núm. 2.º del art. 137 bis.
3. Exposición al genocidio, núm. 3.º del art. 137 bis.

Con arreglo a nuestra legislación también es sancionable la asociación para cometer Genocidio, no porque así lo exprese el tan citado art. 137 bis, sino en base al art. 172 que sanciona las asociaciones ilícitas, entre las que se encuentran «las que tengan por objeto cometer algún delito».

4. *DELITOS DE PIRATERÍA*

La piratería pertenece al grupo de los delitos que se han llamado

«infracciones comunes a todas las naciones», porque su represión debe considerarse como un deber de todos los países, y efectivamente así lo hacen si bien regulándolo de muy diferente manera; desde aquellas que lo consideran un delito de robo, contra los intereses del Estado, delitos contra la seguridad de los mares y otras legislaciones, como la francesa y la italiana, en leyes especiales. La tendencia actual es que el culpable sea castigado por el país que los capture cualesquiera que fueren su nacionalidad o la de las víctimas.

Nuestro Código no define la piratería, se limita a declarar punibles una serie de actos a los que agrupa bajo esta denominación; por esta razón tenemos que ir a buscar su concepto a otras fuentes legales tales como la Ley Penal de la Marina Mercante y en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, ya que nuestro país, si bien no pertenece a aquel grupo que dijimos anteriormente que no excluían este delito de su articulado, lo cierto es que en realidad era letra muerta, pues la jurisdicción ordinaria carecía de competencia para su sanción. Digo que carecía, pues en la actualidad ya no es así a partir de la promulgación de la Ley Orgánica n.º 9/1980. Veamos: con anterioridad a dicha Ley Orgánica que adaptó, si bien no con mucho acierto, pues en Derecho la prisa no conduce a nada bueno, nuestro Código de Justicia Militar a la Constitución, modificó el art. 6 del mismo, dedicado a determinar la competencia por razón del lugar y se decía en los apartados b) y c) del núm. 1.º que la jurisdicción militar era la competente para conocer de todos los procedimientos que se sigan contra cualquier persona por delitos o faltas cometidos en el mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes, nacionales o extranjeras, que se hallen en puertos, radas, bahías o cualquier otro punto de la zona marítima española, así como en el espacio aéreo sujeto a la soberanía nacional, a bordo de las aeronaves, tanto estacionadas en campos o aguas españolas como en su marcha por el expresado espacio, incluso en las mercantes extranjeras que antes de pasar el espacio aéreo aterricen en zona española o dañen a seres, cosas o intereses de éstas, y en las demás aeronaves de las demás naciones. En ambos casos se establecen excepciones según los tratados que se hubieran convenido; el art. 12 atribuye la competencia por razón del lugar, a la del Ejército de Tierra, Mar o Aire, según que el determinante de aquella esté afecta al servicio, a las funciones o enclavado en territorio o zona dependiente de unos u otros Ejércitos. Promulgada la referida Ley Orgánica el panorama varió profundamente ya que la competencia de la castrense se condicionó, y ésta es la legalidad vigente, a que «los hechos perpetrados atenten contra la soberanía nacional, la seguridad militar o los compromisos internacionales para la navegación de unidades navales o aéreas de guerra», de manera que fuera de estos casos será la Jurisdicción Ordinaria la competente. Si las acciones que constituyen

este delito pudieran pensarse que suenan a tiempos pasados, y así sucedía en realidad hasta hace unos años, es lo cierto que desde tiempo aquí los actos de piratería, sobre todo la aérea, proliferaron enormemente y nuestro Código se encuentra tan atrasado que sólo se refiere a la piratería en el último párrafo del art. 139.

Con arreglo al Código Penal se puede distinguir las siguientes clases de piratería:

a) Piratería contra españoles, sea en estado de guerra o paz, dependiendo la pena del resultado dañoso producido, lo que en la doctrina se llama delitos cualificados por el resultado o el mando que se ejerza.

b) Piratería contra extranjeros, en donde se distingue entre súbditos de una nación que no se halle en guerra con España y súbditos no beligerantes de una nación en guerra con España, con las mismas cualificaciones que para el primer caso, si bien la pena en el caso de que el delito se cometa contra súbditos no beligerantes de una nación en guerra contra España la pena es dos grados inferior.

Con esta regulación, es claro que nos falta la base esencial de tipificación, cuál es el concepto de piratería y el único lugar donde lo encontramos en nuestra legislación es en las citadas Leyes de aplicación por los Tribunales militares de la Armada y del Ejército del Aire; de ellas podemos deducir qué es piratería:

a) La depravación y violencia contra las personas realizadas en el mar o desde él por individuos de la dotación de un buque que se ha colocado fuera de la jurisdicción de todo Estado de la comunidad internacional o lo emplean contra súbditos de uno u otro país sin tener comisión alguna de guerra.

b) Cuando la dotación de un buque y personas en él embarcadas, faciliten a los de otro el apoderamiento con violencia del primero o el despojo, daño o lesión de las personas que se hallen a bordo.

c) El procurar, mediante señales engañosas u otros medios violentos, el encallamiento, varamiento o naufragio de un buque con el propósito de atacar contra las personas o cosas de abordó.

d) Las mismas acciones cometidas desde el mar o en él contra aeronaves.

e) Cuando tales actos se cometen utilizando aviones, aeroplanos o aparatos similares.

Con lo dicho, creo que es indudable que se impone un profundo estudio de una reforma, mejor dicho, de una nueva regulación de este delito, ya que la misma de la que toma su concepto se encuentra traspasada al permitir la piratería si se tiene comisión legal de guerra, concepción contraria a la corriente del Derecho internacional que tiene por oriente la abolición del corso, ya que el que así actúa se coloca, por

propia voluntad, fuera del Derecho de gentes y, por tanto, es un enemigo del género humano. Por otro lado es necesario tener en cuenta que España se ha adherido en 1908 a la declaración de París de 1856, que lo abolió.

DIFERENCIA ENTRE AMBOS CUERPOS LEGALES Y PROBLEMAS QUE PLANTEAN

En nuestra legislación, como ya dijimos al hablar del delito de traición, es antiguo el problema de la doble regulación de estas infracciones, que se contenían entremezcladas antes de la época codificadora, tanto en su concepto como en su carácter militar o civil, y en duplicidad cuando ésta se inició; no obstante, en los códigos penales anteriores a 1944 y al de Justicia Militar de 1945, concretamente en lo referente al delito de traición, todos los casos que contemplan como delitos, hacían referencia directa a la guerra. Pero el Código del 44, se vio obligado a incluir en su articulado los preceptos de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, la cual, dictada en su día como consecuencia de una situación en la que eran necesarios efectos prácticos inmediatos y por lo tanto se trataba de una regulación de emergencia, produjo un desbarajuste en la idea concepcional del tipo, así como ciertas injusticias en su sanción. Veamos algunos casos de ambos aspectos:

a) La sanción con igual pena de hechos que en sí no revisten la misma gravedad y por eso figuran en distintos artículos, como, por ejemplo, el caso del núm. 3.º del art. 121 y del núm. 2.º del 122; en estos preceptos, en ambos, se habla de recluta de gente para hacer la guerra a España en el primer caso y para el servicio de una potencia enemiga de España, pero sin que tome parte en la guerra contra España, la diferencia es notable, pero la pena es la misma.

b) La introducción de la figura de espionaje, núm. 6 del art. 122, lo que resulta, en cuanto a la acción, totalmente extraña al contenido del resto del capítulo dedicado al delito de traición.

c) La introducción de los ultrajes a la Nación, símbolos y emblemas, que indudablemente tendrían mejor acomodo bajo el concepto de delitos que atentan contra la seguridad interior y que, en modo alguno, tienen algo que ver con el delito de traición, tal como tradicionalmente se contempló.

d) Y por último, es necesario hacer referencia a la reiterada alusión a los hechos considerados como traición y referidos a su realización bajo banderas separatistas o sediciosas que, evidentemente, tam-

bién afectan directamente al aspecto interior y no exterior de la Nación Española.

Esta irrupción del contenido de dicha Ley de Seguridad del Estado, en el articulado del Código Penal, hace decir a Rodríguez Devesa que, a partir de 1944, no es posible dar un concepto unitario del delito de traición en base a su regulación legal.

Esta regulación heterogénea del Código Penal y luego más tarde la influencia que la citada Ley especial tuvo en el Código de Justicia Militar de 1945, como no podía ser menos pues sí la tuvo, como vimos, en el Común es natural que así sea en el propio de la Jurisdicción llamada a aplicar sus preceptos, elevó al máximo la dualidad de tratamiento y por eso, algunos tratadistas, como Rodríguez Devesa, Quintano Ripollés y Querol, sostienen que en realidad, ya no existe delito de Traición en el Código Penal común, pues al estar equiparadas todas sus figuras y correspondiéndole el conocimiento a la Jurisdicción Castrense, en virtud del art. 6.º de su Código, el contenido del Común es letra muerta; competencia que igual continúa atribuida en exclusiva después de la Ley Orgánica núm. 9/1980, ya citada.

Por el contrario, otros comentaristas como los Auditores Algora Marcos, Hernández Orozco y el ya citado Montull, opinan que esta identidad no es tan absoluta. Concretamente este último, sale al paso de la calificación de letra muerta respecto al Código Ordinario, en base al aforismo «*bonun ex integra causa, mala ex quocunque defectu*»; y ya en el estudio de ambos textos, encuentra dualidad absoluta en varios preceptos (tres concretamente), y en los restantes no admite total identidad, y dice:

«En unos preceptos existen diferencias tanto en los verbos y términos empleados como en la determinación de las conductas», refiriéndose con ello a la acción bajo banderas separatistas o sediciosas; pero, a mi modo de ver, esta acción, distinta a la de realizarla bajo banderas enemigas (que tiene implícito el de ser banderas de otra nación), no nos lleva a una identidad de tipos, de acuerdo con Montull, entre ambos Códigos, pero tampoco nos sirve para marcar una diferencia, ya que más bien lo que hace es introducir un confusionismo con los conceptos de los delitos de rebelión y sedición; el delito de traición, continuará, por concepto, constituido por la acción con fin de beneficiar a la potencia enemiga por perjuicio de España en un acto bélico, mientras que esa misma acción bajo las otras banderas perjudica a la integridad de España o a la Autoridad interior pero no en beneficio de otra potencia. Clarificando un poco este aspecto, debemos señalar la Ley Orgánica de 4 de mayo de 1981, que modificó el párrafo 5.º del art. 214 del Código Penal, antes párrafo 4.º, y define como delito de rebelión «Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sustraer la nación

o parte de ella, así como algún Cuerpo de tropa o cualquier clase de Fuerza Armada a la obediencia del Gobierno».

Este confusionismo de acción bajo distintas banderas no se da en nuestro Código de Justicia Militar, ya que la única referencia que en el delito de traición se encuentra a la desmembración de la Patria es la contenida en el núm. 3.º del art. 259: «Quien reclutare gente en territorio extranjero para hacer la guerra a la Patria bajo banderas enemigas, para desmembrar el territorio nacional, o de cualquier otro modo ostensible o eficaz, favoreciere al enemigo o estuviere a sus órdenes»; y observemos que el primer elemento del tipo para que se dé la infracción delictiva, es que la recluta se haga en territorio extranjero (elemento extraño, al menos por ahora, a los delitos contra la seguridad interior) y ello con el fin principal de favorecer al enemigo (elemento esencial de la traición), siendo, por tanto, la acción separatista un medio para lograr aquel fin.

De acuerdo en que esta dualidad plantea importantes problemas, pero ellos, más que de tipo sustantivo, lo son de aspecto procesal y sobre todo penalógicos.

Respecto a los primeros, es cierto que hoy en día son menores que en el pasado, ya que la Jurisdicción Castrense está camino de profesionalizarse al haberse suprimido el Juez Instructor Militar por el Juez Militar Togado, la desaparición de la figura del Ministerio fiscal Militar, haciéndose cargo en exclusiva de la función de ejercer la acción pública el Ministerio Fiscal Jurídico Militar; así como la introducción del recurso de casación, si bien con una regulación no muy acertada e incompleta. Falta aún en este itinerario de profesionalización, la reorganización de los Tribunales Militares, así como del procedimiento, cuestión urgente desde la competencia atribuida a los Jueces Togados Militares que no sólo se limita a las de instrucción. Es de esperar que el proyecto de nuevo Código Castrense desarrolle estas líneas, ya que de no hacerlo así rompería la lógica conexión que debe existir en todo ordenamiento jurídico.

Respecto a las penas a imponer, si continúa el sistema planteando importantes problemas, sobresaliendo sobre todos ellos el de que, por el mismo hecho previsto como delito en ambos Códigos, es diferente la pena a imponer, más grave la castrense, y una simple razón de competencia, ya que el estar contemplado en el especial, como tengo dicho, es la Jurisdicción Castrense la competente, es la causa determinante de esa mayor severidad en la sanción; todo cuerpo legal debe de tener la máxima equidad en el enjuiciamiento del hecho y este acto de administrar justicia no puede estar supeditado a normas procesales y orgánicas, sólo simplemente a la gravedad del mismo y circunstancias concurrentes en él o en sus autores y en modo alguno puede admitirse que conductas

iguales, reciban tratamiento distinto según sea una u otra la Jurisdicción que entienda del asunto. El hecho de que el Real Decreto Ley 45/78, de 21 de diciembre, ajustándose a lo dispuesto en el art. 15 de la Constitución, respecto a la supresión de la pena de muerte, no remedia la cuestión, ya que el Código de Justicia Militar continúa imponiendo la pena capital, si bien, en virtud de dicho Real Decreto Ley, en tiempo de paz, se sustituye por la de 30 años de reclusión; y, por el contrario, el Código Penal al imponer reclusión mayor en toda su extensión, continúa castigando con pena inferior, ya que ésta puede ser impuesta en toda su extensión, de 20 años y un día a 30 años.

No tan injustificados como algunos hacen ver, si bien sí marcan diferencias, puede considerarse la desigualdad de trato respecto a la sanción del delito, mejor dicho, la no concurrencia de exención de responsabilidad, en el caso de la eximente de miedo insuperable para los militares alegada como concurrente en la exculpación del hecho cometido por los mismos, ya que su admisión pugnaria con una de las principales virtudes castrenses y cuya ausencia constituye de por sí el delito contra el honor militar previsto en el célebre art. 338. Igual ocurre en el caso de la excusa absolutaria del art. 268, que ya comentamos.

Habréis observado que al hablar del problema de la dualidad me referí únicamente al delito de traición; esto es en razón de que en la totalidad de la tipología del resto de los delitos contra la seguridad exterior, no se produce este fenómeno o al menos con la virulencia que se pone de manifiesto en el mencionado delito.

Es necesario clarificar y completar, modernizando, nuestra legislación; a cuyo fin es preciso que se tenga un concepto claro de qué delitos deben continuar incluidos dentro del Código de Justicia Militar y cuáles dentro del Código Penal Ordinario y ambos deben ser adaptados a las corrientes que en el mundo occidental imperan en este campo, sobre todo en lo referente a los delitos contra las leyes y usos de la guerra. Es preciso que desaparezca el confusionismo conceptual y figuras extrañas unas a otras aparezcan entremezcladas. Estos problemas de lege ferenda, son verdaderamente importantes, pero no entran en el ámbito de este tema; tema que se propuso más una labor de dar a conocer un aspecto de nuestro Derecho positivo, el que más directamente alude a la acción bélica, que el de investigación, que sólo interesa a profesionales del Derecho.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. RENAN, ERNEST: «Cómo es una nación».
2. OUSSET, JEAN: «Patria, Nación, Estado».
3. A. ROMMEN, HEINRICH: «El Estado en el pensamiento Católico».
4. RODRIGUEZ DEVESA, JOSE M^a: «Derecho Penal Español ». «El Derecho comparado como método de política criminal».
5. QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO: «Curso de Derecho Penal».
6. TERUAL CARRALERO, DOMINGO: «Evolución legislativa de los delitos contra el Estado».
7. FERNANDEZ FLOREZ, JOSE LUIS: «Del Derecho de la Guerra». «El actual Derecho de la Guerra».
8. PASTOR RIDRUEJO, JOSE ANTONIO: «Los delitos contra el Derecho de gentes en el Código de Justicia Militar».
9. DE QEROL Y DURAN, FERNANDO: «Principios de Derecho Militar Español».
10. MONTULL LAVILLA, EDUARDO: «Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición del Derecho Penal Común».
11. MILLÁN GARRIDO, ANTONIO: «El delito de información militar falsa».

«NOVEDADES DE LA REFORMA DE 1981 EN LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR Y EN LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL MILITAR EN ITALIA» (*)

POR EL PROFESOR DR. RODOLFO VENDITTI, PROFESOR DE DERECHO PENAL Y PROCESAL MILITAR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE TURÍN.

Cuando entró en vigor la Constitución italiana de 1948, la situación de la Justicia militar en Italia estaba lejísimos de los principios Constitucionales.

La Asamblea Constituyente había estudiado la abolición de los Tribunales militares en tiempo de paz, pero después se llegó a la solución de mantenerlos en vigencia, limitando, sin embargo, de una manera drástica, la competencia de los mismos.

En el art. 103, último párrafo, la Constitución estableció que en tiempo de paz los Tribunales militares tendrían Jurisdicción solamente para los delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas. La Constitución, tendencialmente contraria a la institución de jueces especiales, toleraba por tanto la presencia del Juez especial militar, a cambio de limitaciones explícitas, y la disposición sexta de las disposiciones transitorias y últimas de la Constitución establecía que dentro del año de la entrada en vigor de la Constitución se debería disponer por Ley al reordenamiento del Tribunal Supremo Militar, en relación al artículo III de la Constitución.

En efecto, en el Ordenamiento procesal militar entonces vigente, el Tribunal Supremo Militar estaba en el vértice de la Jurisdicción militar, con funciones de legitimidad, iguales a las que tenía la Corte de

(*) Texto de la Conferencia pronunciada el día 7 de febrero de 1984, en el Salón de Actos de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, en Madrid. Traducción al castellano por el prof. Dr. Juan Felipe Higuera Guimerá, Comandante Auditor del Aire, profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Casación en la Jurisdicción ordinaria, pero en el proceso penal militar —a diferencia del proceso ordinario penal— no existía el grado de Apelación. La Jurisdicción militar estaba por tanto, caracterizada por dos grados de Jurisdicción solamente, mientras que la ordinaria estaba estructurada en tres grados de Jurisdicción (Tribunal, Sala de Apelación y Tribunal de Casación).

Además, el art. III de la Constitución indicaba que el Tribunal de Casación era el supremo Órgano de legitimidad, en el cual podría ser impugnada por violación de Ley cualquier sentencia de juez ordinario o de juez especial.

De aquí la necesidad de reformar el Ordenamiento judicial militar para adecuarlo a las normas Constitucionales. La ausencia de los tres grados de Jurisdicción en el proceso penal militar ponía a esta última en posición deficitaria respecto al proceso penal ordinario, creando una disparidad de tratamiento entre el ciudadano no militar (perseguido por delitos comunes ante el juez ordinario, articulado en tres grados de Jurisdicción) y el ciudadano militar (llamado a responder por delitos militares ante un juez articulado en sólo dos grados de Jurisdicción).

2. Singular y anómala era, además, la composición de los Tribunales militares. El colegio del Tribunal militar territorial estaba compuesto por cinco miembros: Un presidente, un juez relator, tres jueces militares. Pero de éstos sólo el juez relator era magistrado (es decir, juez de profesión, perteneciente a la magistratura militar). Los otros, el presidente comprendido, eran oficiales de las Fuerzas Armadas, nombrados por el Jefe del Estado y cambiándose por turno en la composición de los colegios. A tales oficiales no se les exigía ningún requisito especial, excepto el de tener un cierto grado, por tanto, en el Colegio una sola era la persona que tenía conocimientos de Derecho y que fuese experta profesionalmente en los problemas del juzgar. Esto creaba inconvenientes de intuitiva evidencia: Quien no está familiarizado con los problemas de aplicación de la ley puede encontrarse con dificultades al resolver cuestiones delicadas de derecho que a menudo los procesos plantean al juez. Además, el no ser magistrado, y, por tanto, el no gozar de las garantías de independencia que la ley asegura a los magistrados, puede constituir un peligro para la independencia del órgano judicial.

El militar está inserto en una estructura jerárquica y está conducido, por su misma naturaleza y «forma mentis» de soldado, a ser sensible a las normas de los superiores; o, por lo menos, puede encontrarse a disgusto, en el interior de un Colegio, al expresar una opinión que se oponga a la del superior que tiene función de presidente del Colegio. En un Colegio en el que los militares en servicio activo son

cuatro de cinco, es decir, constituyen mayoría respecto al único magistrado, pueden surgir problemas graves y delicados para la Justicia.

No está privado de significado que los gobiernos italianos, en el pasado, hayan defendido celosamente una estructura así de los Tribunales militares y la amplitud de la competencia de los mismos, como si constituyesen, para el poder ejecutivo, una «longa manus» más fácilmente manejable por el poder ejecutivo que no el juez ordinario.

Recuerdo un ejemplo significativo. En 1956 hubo en Italia una clamorosa polémica: Dos periodistas, Renzi y Aristarco, militares con licencia ilimitada provisional, habían publicado una transcripción cinematográfica en cuyo contenido se habían encontrado extremos de delito militar de vilipendio a las Fuerzas Armadas. Estos periodistas, aun siendo civiles (es decir ciudadanos no en servicio militar activo) fueron acusados de aquel delito ante un Tribunal militar. La opinión pública reaccionó vivamente, y la polémica desembocó en una limitada reforma que sustrajo a los Tribunales militares la competencia para delitos de aquella clase, pero el Gobierno italiano había luchado para que no se quitase aquella competencia.

3. Pero hay más. En los Tribunales militares territoriales la composición del Colegio estaba regida por férreas reglas jerárquicas. El presidente debía tenerlo por lo menos, dos grados más que el acusado, y los otros jueces debían ser por lo menos, del grado inmediatamente superior al del acusado. Cuando había varios acusados de grado diverso, la composición del Colegio estaba determinada en referencia al acusado de grado más elevado, o, a igualdad de grado, al mayor número de acusados o, a la igualdad de grado y de número, al acusado de mayor edad. Además, dos jueces, por lo menos, tenían que pertenecer a la misma fuerza armada a la que pertenecía el acusado.

Una verdadera y propia «alquimia» en la cual la relación jerárquica prevalecía absolutamente y que había inducido a algún estudioso a hablar del juicio penal militar como de un juicio de jefes.

En fin, junto a los Tribunales militares territoriales el antiguo Ordenamiento jurídico militar preveía los Tribunales de a bordo. Estos estaban compuestos por cinco oficiales de la Nave (con exclusión, por tanto, de cualquier magistrado militar) y tenían competencia para los delitos militares cometidos por cualquier persona embarcada en una nave militar o inscrita en la lista de la tripulación de una nave militar en armamento o en reserva, o de persona embarcada en buques mercantes en convoy bajo la escolta de naves militares.

Los Tribunales militares de a bordo estaban caracterizados, por tanto, por una acentuación del «militarismo» y del predominio de la relación jerárquica.

4. Este sistema ha sido modificado profundamente por la reforma contenida en la Ley de 7 de mayo de 1981 n.º 180.

Ante todo, esta Ley ha abolido los Tribunales militares a bordo y ha reestructurado los Tribunales militares territoriales. Estos últimos, que han asumido el nombre simple de «Tribunales militares», están compuestos ahora por tres miembros solamente, de los cuales dos son magistrados militares y el tercero es un militar no magistrado. La presidencia del Colegio ha sido confiada a uno de los magistrados militares, por tanto, se ha introducido la «presidencia técnica».

Las ventajas de estas innovaciones son muchas: 1) Tecnicismo y profesionalidad en el ejercicio de una función que es esencial a fines de un desenvolvimiento correcto del proceso. 2) Eliminación de toda dependencia jerárquica de los jueces militares no magistrados al presidente (que es ahora un magistrado), dependencia que, como hemos dicho, es muy peligrosa cuando se trata de expresar juicios que requieren absoluta independencia y exclusión de cualquier temor reverencial. 3) Desvinculación del control sobre los jueces del Procurador militar de la República y remisión de este control al presidente, es decir, a un magistrado militar perteneciente a un órgano juzgador.

La composición del Colegio viene a tener una neta prevalencia de magistrados militares respecto a los militares no magistrados. Y si se considera que los magistrados militares tienen la carrera de jurisprudencia y que han hecho y ganado una adecuada oposición para la magistratura militar, se advierte en seguida la diferencia entre estos nuevos colegios y los antiguos colegios de antes de la reforma.

En cuanto al militar no magistrado, su elección se regula hoy de modo muy distinto al del sistema anterior. Entre todos los oficiales que prestan servicio en la circunscripción del Tribunal militar, se sacan a la suerte, cada seis meses, los oficiales destinados a hacer de tercer juez en el Colegio del Tribunal militar. Para cada bimestre de esos seis meses se extraen, a la suerte, oficiales de diversos grados, así como, para cada grado, dos suplentes. En la composición del Colegio el juez no magistrado (esto es, el oficial extraído a la suerte) deberá tener grado igual al del acusado y no inferior al grado de oficial.

El nuevo sistema se acerca bastante al sistema de reclutamiento de los jueces populares para los Tribunales de lo criminal con jurados italianos; garantiza la elección contra las presiones de naturaleza autoritaria o política; evita, en la formación de los colegios, el peligro de manipulaciones destinadas a preconstituir un determinado Colegio en función a un determinado juicio.

Hay, por tanto, un sensible acercamiento a la Jurisdicción ordinaria, también en el respeto al principio según el cual la presencia, en el

Colegio, de un militar en activo garantizaría al Colegio mismo una plena comprensión de los diversos aspectos de la vida militar.

Los Tribunales militares italianos son, prácticamente, nueve: ocho tribunales (Turín, Verona, Padua, La Spezia, Roma, Nápoles, Bari, Palermo) y una sección separada del Tribunal de Roma en Cagliari. El criterio de distribución de la competencia está establecido sobre la base del «*forum commissi delicti*». El Tribunal militar de Roma tiene además, una competencia especial, la de juzgar también todos los delitos militares cometidos en el extranjero. En cuanto a los delitos que eran de competencia de los abolidos Tribunales militares de a bordo, la nueva ley atribuye la competencia de ellos al Tribunal militar del lugar de estancia de la unidad militar a la que pertenece el acusado.

5. La nueva ley ha instituido el juez de apelación: Es el Tribunal Militar de apelación, con sede en Roma y con secciones destacadas en Verona y en Nápoles. Este está constituido por cinco miembros: Tres magistrados militares (de los cuales uno es presidente) y dos militares no magistrados, de grado igual al del acusado y no inferior al de teniente coronel, extraídos a la suerte con el mismo sistema previsto para los Tribunales militares.

De esta manera, se ha colmado, la grave laguna que privaba al militar de los tres grados de Jurisdicción. También la Jurisdicción militar tiene hoy un juez de mérito de segundo grado, ante el cual se puede hacer valer no solamente motivos de derecho sino también motivos de hecho.

Paralelamente a la institución del Tribunal militar de apelación, la Ley de 7 de mayo de 1981, n.º 180 ha abolido el Tribunal Supremo Militar y ha devuelto al Tribunal de Casación el conocimiento de los recursos de tercer grado. Esto significa que hoy juez de legitimidad, también en los juicios de competencia de los Tribunales militares, es el Tribunal de Casación.

La reforma ha reestructurado, así, la Jurisdicción militar, transformando prácticamente el ya existente Tribunal Supremo Militar, en Tribunal militar de apelación y poniendo en el vértice de la Jurisdicción militar al Tribunal de Casación.

De esta manera, se ha realizado el reordenamiento del Tribunal Supremo Militar augurado por la Disposición VI de las disposiciones transitorias y finales de la Constitución y se ha reafirmado la unicidad de la Jurisdicción, en conformidad con la voluntad de la Constitución, cuyo artículo 111 pone justamente al Tribunal de Casación como supremo Órgano de control de todo proceso de jueces ordinarios y de jueces especiales.

6. En cada Órgano judicial militar se ha constituido la Institución del Ministerio Público. En los tribunales militares éste toma el nombre

de Procurador militar de la República; en el tribunal militar de apelación toma el nombre de Procurador general de la República.

En el Tribunal de Casación se ha instituido una oficina autónoma del Ministerio Público, es decir, un Procurador militar de la República. Esta Institución autónoma constituye una curiosa anomalía, que ha sido objeto de críticas, ya que es extraño que en el Tribunal de Casación (que es un juez ordinario) tenga que existir, para los delitos militares, una adecuada institución del Ministerio Público constituido por magistrados militares.

7. La reforma, de la cual hemos examinado los rasgos principales, es una reforma del Ordenamiento jurídico militar. Pero, inevitablemente, ésta incide en la estructura del proceso penal militar, dadas las alteraciones que ésta ha llevado a la estructura del juez militar. Ya hemos dicho que el proceso penal militar llega a ser de tres grados en vez de dos, y adquiere más tecnicismo, objetividad e independencia. Todo esto repercute, obviamente, en la estructura del proceso penal militar, tal como estaba regulada por las normas del Libro tercero del Código penal militar de paz: Por ejemplo, introduce en el proceso penal el grupo de normas del Código de proceso penal común referentes al juicio de apelación y aplicables ahora al procedimiento ante el Tribunal militar de apelación.

Pero hay un campo en el cual la nueva Ley viene a incidir radicalmente sobre algunas normas del Código penal militar de paz: Es el campo relativo a la defensa del acusado.

El instituto de la defensa presentaba hasta ayer connotaciones particulares. El artículo 53 del antiguo ordenamiento jurídico militar disponía que ante los Tribunales militares el acusado pudiese elegir su defensor entre los oficiales o bien entre los abogados y procuradores ejercientes. La elección entre los oficiales era obligatoria en los juicios ante el Tribunal de a bordo. El oficial elegido debía siempre ser de grado inferior al del presidente del Tribunal y debía ser normalmente un oficial inferior, y por tanto, no podía tener un grado igual o superior al del presidente del Tribunal. La elección del oficial estaba privilegiada respecto a la de un abogado, porque el presidente tenía el poder de excluir al abogado (y, por tanto, de imponer la elección de un oficial) por motivos de tutela del secreto político o militar.

Esto llevaba consigo grandes inconvenientes, ya que el defensor militar no tenía, normalmente, competencia técnico-jurídica y además de encontraba en una cierta sumisión ante el Tribunal compuesto por cuatro quintas partes de militares en servicio y presidido por un oficial de grado superior.

Solamente ante el Tribunal Supremo Militar era obligatorio el nombramiento de un abogado defensor; sea esto por la naturaleza del juicio

(juicio de mera legitimidad), sea por la composición del Colegio (el Tribunal supremo militar estaba compuesto en su mayoría por magistrados, en parte ordinarios y en parte militares).

El artículo 16 de la Ley de 7 de mayo de 1981 n.º 180 ha suprimido toda esta casuística, aboliendo el artículo 53 del antiguo Ordenamiento jurídico militar y todas las otras normas (tanto del ordenamiento mismo como del Código Penal Militar de Paz) conectadas con aquel artículo. Hoy, en el proceso Penal Militar el acusado nombra, de pleno derecho, un abogado defensor y la actividad defensora de este abogado no está sujeta a límites de ninguna clase. Se realiza así, bajo este perfil, una plena equiparación entre el acusado en un proceso penal militar y en acusado en un proceso penal ordinario.

8. La reforma introducida por la Ley de 7 de mayo de 1981 n.º 180 incrementa, por tanto, la magistratura militar. Potencia las funciones de la misma, amplía consecuentemente las plantillas y, sobre todo, garantiza la independencia, poniendo a la magistratura militar en el mismo «status» jurídico de la magistratura ordinaria.

Dice el artículo 1.º de la Ley que el estatuto jurídico, las garantías de independencia y la promoción de los magistrados militares están regulados por las disposiciones en vigor para los magistrados ordinarios, en tanto sean aplicables. Esto significa que la magistratura militar está sustraída a toda independencia del poder ejecutivo y que el gobierno de ésta, en lo que respecta a la asunción de magistrados, traslados, promociones, disposiciones disciplinarias, está transferido a un órgano de autogobierno.

A decir verdad, la Ley no dispone nada en orden a la estructuración del órgano de autogobierno, remitiendo a una Ley posterior la tarea de delinear la fisonomía de tal órgano. La Ley se limita a dar disposiciones transitorias, en espera de la ley definitiva. Estas disposiciones transitorias prevén que para los nombramientos, los traslados y los conferimientos de funciones a los magistrados militares, inmediatamente necesarios para la aplicación de la presente Ley, se proceda por decreto del Presidente de la República, a propuesta del Ministerio de Defensa, después de haber oído a un Comité compuesto por el Procurador general militar en el Tribunal de Casación, por el presidente y por el Procurador general del Tribunal militar de apelación, así como por los Presidentes de las secciones destacadas de este mismo Tribunal.

Tal disciplina provisoria debería durar un año solamente. Pero, desgraciadamente, en Italia es muy frecuente que el legislador no respete los plazos que a sí mismo se impone; y también, en este caso, la Ley definitiva sobre el autogobierno de la magistratura militar no ha sido aprobada todavía, y, por tanto se vive en un régimen de provisionalidad y de incertidumbre.

9. No estoy aquí, por tanto, para hacer el elogio de las leyes italianas y del legislador italiano. A menudo, durante estos años, el legislador italiano ha dictado leyes bajo la presión de impulsos emotivos y demagógicos; a menudo ha pasado largo tiempo en traducir los principios constitucionales en leyes ordinarias; a menudo no ha cumplido los compromisos solemnemente asumidos.

En efecto, para la Ley de reforma del Ordenamiento jurídico militar ha sufrido muchos retrasos, y solamente se ha decidido a intervenir cuando una iniciativa popular ha puesto en movimiento el mecanismo de un referéndum sobre la Ley correspondiente al antiguo Ordenamiento jurídico militar; bajo la amenaza de ver abolida, por voluntad popular y sin ningún recambio inmediato, una Ley tan delicada, el Parlamento italiano se ha decidido a lanzar a toda prisa la Ley de 7 de mayo de 1981 n.º 180, llegando a tiempo para evitar el referéndum. En efecto la publicación de la nueva ley quitaba fundamento el referéndum, al suprimirse la antigua ley sobre la que éste se hubiera desarrollado.

Por tanto, se ha tratado de una ley precipitada y no suficientemente ponderada. Además de todo, se refiere a la reforma del Ordenamiento jurídico militar sólo para el tiempo de paz: Por tanto toda la antigua estructura queda paradójicamente latente y revive en caso de guerra. Por tanto, quedan paradójicamente, operantes, limitadamente al tiempo de guerra, los antiguos Tribunales militares territoriales, los antiguos Tribunales militares de a bordo, el antiguo Tribunal Supremo Militar: Una suerte de Ordenamiento jurídico militar «*espectro*» que convive, latentemente, con el nuevo Ordenamiento jurídico militar introducido por la Ley de 7 de mayo de 1981 n.º 180. Todo esto deja muy perplejos. Habría sido mucho mejor que la reforma viniese oportunamente meditada y que viniese, después de una maduración congruente, ponderadamente introducida resolviendo, de manera unitaria, orgánica y coherente tanto los problemas judiciales en tiempo de paz como los problemas judiciales del tiempo de guerra.

Además de esto, la misma negligencia que había llevado a aplazar durante años la reforma, hace que hoy el completamiento de la misma reforma (es decir, la publicación de la ley sobre el autogobierno de la magistratura militar) se aplace absurdamente «*sine die*».

No hago por tanto —repito— el elogio del legislador italiano. Sin embargo me parece que las muchas limitaciones y las muchas críticas de las cuales se ha hablado, no eliminan ni ofiscan los elementos positivos de esta reforma.

Creo que una valoración objetiva permite afirmar que en la Ley de 7 de mayo de 1981 n.º 180 son muchas las cosas positivas y que gracias

a ellas la Justicia militar ha dado un paso hacia delante de notable valor cualitativo.

Los Tribunales militares han ganado en sensibilidad Constitucional, en preparación jurídica, en garantías de independencia. El acusado tiene ahora que vérselas con un Justicia militar que le asegura tres grados de Jurisdicción y que tiene en el vértice el Tribunal Supremo. La defensa se ha hecho más técnica, más eficaz, más creíble. La Justicia militar, hasta ayer bastante impermeable a los principios Constitucionales, se ha alineado con la magistratura ordinaria sobre un plano de mayor receptividad de los principios mismos.

Pudiera darse que este «ridimensionamiento» haya quitado la dimensión, un poco «interna» y un poco paternalista que alguno advertía en los antiguos Tribunales militares y que los llevaba a dictaminar decisiones en las cuales, a menudo, prevalecía una componente de equidad. Ciertamente, los Tribunales militares de hoy tienen una impronta más netamente técnico-jurídica, y esto puede llevar consigo una mayor rigidez en el aplicación de la ley. Pero el factor independencia, la sensibilidad para los problemas de libertad, el compromiso al respeto a la persona y a los derechos fundamentales del ciudadano, la garantía contra corrupciones y desviaciones de naturaleza política son bienes supremos que hoy encuentran mayor expresión en el nuevo Ordenamiento de la Jurisdicción militar italiana.

II. TEXTOS

1. LEGISLACION

Ley Orgánica 5 enero 1984, núm. 1/84 (Jefatura del Estado). DEFENSA NACIONAL Y ORGANIZACIÓN MILITAR. Modifica Ley Orgánica 1-VII-1980, reguladora de los criterios básicos.

Artículo 1.º Los artículos del Título I de la Ley de Criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar (R. 1980, 1558) que a continuación se expresan, quedarán redactados de la siguiente forma:

«TÍTULO I.—De los órganos superiores de la Defensa Nacional

Art. 8.º 1. Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa. En consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas.

2. También corresponde al Presidente del Gobierno, la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar.

3. Asimismo, el Presidente del Gobierno define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los Ejércitos.

Art. 9.º 1. La Junta de Defensa Na-

cional es el Órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de Defensa Nacional. Asimismo podrá asesorar a Su Majestad el Rey al Presidente del Gobierno. Forman parte de ella, en todo caso, el Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes, si los hubiere, el Ministro de Defensa, el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y los Ministros competentes en las áreas de Asuntos Exteriores e Interior, así como aquellos otros que el Presidente del Gobierno considere oportuno. Será presidida por el Presidente del Gobierno, cuando no asista a la misma Su Majestad el Rey.

2. La Junta de Defensa Nacional emitirá informe en cuantos asuntos someta a su consulta el Gobierno en todo lo que concierne a la Defensa Nacional e informará las grandes directrices de la política militar elaborada por el Ministro de Defensa.

3. Asimismo, estudiará y elevará al Gobierno las propuestas que estime oportunas en aquellos asuntos relacionados con la Defensa Nacional que, afectando a varios Ministros, exijan una propuesta conjunta.

4. Asistirá al Presidente del Gobierno en la dirección de la guerra y en las funciones que le asigna el apartado 3 del art. 8.º.

Art. 10. El Ministro de Defensa, por delegación del Presidente del Gobierno, ejerce las facultades expresadas en el apartado 1 del artículo 8.º. Supervisa el estado de adiestramiento y efica-

cia operativa de las fuerzas Armadas y ejerce las facultades reglamentarias y disciplinarias que la Leyes le asignan.

Corresponde al Ministro de Defensa proponer al Gobierno los objetivos de la política de defensa y ejercer todas las funciones que de ella se deriven y que no se reserve o ejercite directamente el Presidente del Gobierno o que éste no delegue expresamente en un Vicepresidente.

Corresponde, asimismo, al Ministro de Defensa:

1. Elaborar, determinar y ejecutar la política militar.

2. Formular el Plan Estratégico Conjunto y determinar dentro de él el Objetivo de Fuerza Conjunto, y elevarlos para su aprobación al Gobierno.

3. Dirigir y coordinar la adquisición y administración de los recursos y decidir el régimen de producción y suministros de los distintos tipos de armas y material, de acuerdo con el Plan Estratégico Conjunto y el Objetivo de Fuerza Conjunto. Fomentar y coordinar la investigación científica y técnica en materias que afecten a la Defensa Nacional.

4. Dirigir, coordinar y controlar la política de personal de las Fuerzas Armadas, supervisando la enseñanza militar y administrando la acción social en el seno de las mismas.

5. Proponer al Gobierno los programas económicos y financieros y dirigir y controlar su ejecución.

6. Dirigir, por delegación del Gobierno, la Administración Militar.

Art. 11. 1. La Junta de Jefes de Estado Mayor es el órgano colegiado de asesoramiento militar del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa, en todo aquello que se refiera a la evaluación y conducción estratégica de las operaciones militares y a las medidas necesarias para asegurar que los Ejércitos mantengan en todo momento la máxima eficacia operativa conjunta en relación con los recursos que les hayan sido proporcionados.

2. Encuadrada orgánica y funcio-

nalmente en el Ministerio de Defensa, está constituida por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y por los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

3. Sin perjuicio de las demás funciones que le otorguen las Leyes, será competencia de la Junta de Jefes de Estado Mayor:

a) Prestar asesoramiento en cuantas cuestiones afecten a la situación estratégica general, evaluación de las posibles amenazas y estudios de eficacia de las Fuerzas Armadas.

b) Prestar asesoramiento en la formulación del Plan Estratégico Conjunto, supervisar su aplicación y coordinar los planes de los Ejércitos derivados del mismo.

c) Establecer la doctrina de la acción unificada y en su caso, la doctrina de la acción combinada.

d) Coordinar la regulación de la doctrina militar de los tres Ejércitos, así como los Reglamentos de empleo táctico, logístico, y técnico precisos para la mayor operatividad de las Fuerzas Armadas.

Art. 11 bis. 1. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, cargo que será ejercido por un Teniente General o Almirante en situación de actividad y perteneciente al Grupo de Mando de Armas o Grupo «A», es el principal colaborador del Ministro de Defensa, de quien depende orgánica y funcionalmente, en el planteamiento y ejecución de los aspectos operativos de la política militar.

2. Su nombramiento se efectuará por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno.

3. El Gobierno, en tiempo de guerra, podrá nombrar General Jefe del Mando operativo de las Fuerzas Armadas al Jefe del Estado Mayor de la Defensa, quien ejercerá, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, la conducción de las operaciones militares.

4. El Jefe del Estado Mayor de la

Defensa, durante el tiempo que desempeñe el cargo, tendrá la condición de más antiguo en su empleo, a todos los efectos, de las Fuerzas Armadas.

5. Cesará en el cargo por Real Decreto:

a) Al pasar a la situación de reserva activa o al Grupo de Destino de Arma o Cuerpo o Grupo «B».

b) A petición propia, aceptada por el Presidente del Gobierno.

c) Por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno.

Al cesar no podrá desempeñar ningún otro cargo militar que esté subordinado a ningún Jefe del Estado Mayor, salvo el de formar parte como vocal del Consejo Superior de su Ejército respectivo hasta su pase a la segunda reserva y siempre que no esté ocupando cargo.

6. En caso de que cualquier circunstancia le impida ejercer temporalmente el cargo, le sustituirá en sus funciones, con carácter accidental, el Teniente General o Almirante vocal de la Junta, más antiguo en el empleo.

7. Serán funciones del Jefe del Estado Mayor de la Defensa:

a) Presidir las reuniones de la Junta de Jefes de Estado Mayor, cuando no asista a las mismas el Presidente del Gobierno o el Ministro de Defensa; convocarlas por delegación del Ministro de Defensa y fijar su orden del día y elevar los informes y propuestas elaborados por la Junta.

b) Formular para su aprobación por el Ministro de Defensa, las directivas operativas y logísticas de carácter combinado o conjunto y hacerlas cumplir.

c) Ejercer el mando de los Unificados y Especificados y, en su caso, delegarlo en el Jefe del Estado Mayor del Ejército que conviniera.

d) Proponer al Ministro de Defensa, previa deliberación de la Junta de Jefes de Estado Mayor, la unificación de los servicios cuya misión no sea exclusiva de un solo Ejército, con el fin de lograr su funcionamiento conjunto con

criterios de eficacia y economía de medios.

8. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa cuenta, como órgano auxiliar del mando, con un Estado Mayor Conjunto de la Defensa, cuya Jefatura será ostentada por un General de División o Vicealmirante perteneciente al Grupo de Mando de Armas o Grupo «A». Su nombramiento se efectuará por el Ministro de Defensa, entre quienes teniendo el rango establecido anteriormente pertenezcan a distinto Ejército.

9. El Estado Mayor Conjunto de la Defensa será además el órgano de trabajo de la Junta de Jefes de Estado Mayor, y su Jefe actuará como Secretario de la misma, con voz pero sin voto.

Art. 12. 1. Bajo la autoridad y directa dependencia del Ministro de Defensa, el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, el Jefe del Estado Mayor de la Armada y el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, ejercen el mando de sus respectivos Ejércitos. Para el cumplimiento de su misión, cada uno de ellos cuenta con un Cuartel General.

2. Los Jefes de los Estados Mayores de los tres Ejércitos serán designados por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Defensa y oídos el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y el Consejo Superior del Ejército respectivo.

3. Serán elegibles para el cargo:

a) En el Ejército de tierra: Todos los Tenientes Generales y Generales de División clasificados para el ascenso, que se encuentren en la situación de actividad y pertenezcan al Grupo de Mando de Armas.

b) En la Armada: Todos los Almirantes y Vicealmirantes clasificados para el ascenso, de la Escala de Mar, del Cuerpo General, situación de actividad y pertenecientes al Grupo «A».

c) En el ejército del Aire: Todos los Tenientes Generales y Generales de División clasificados para el ascenso, del Estado Mayor General, en situa-

ción de actividad y pertenecientes al Grupo «A».

En el caso de recaer la designación en un General de División o Vicealmirante, ascenderá automáticamente a Teniente General o Almirante.

4. Durante el Tiempo que desempeñen el cargo tendrán la condición de Teniente General o Almirante más antiguo de su Ejército, a todos los efectos, sin perjuicio de la antigüedad atribuida al Jefe del Estado Mayor de la Defensa.

5. En el caso de que cualquier circunstancia le impida ejercer temporalmente el cargo, le sustituirá en sus funciones, con carácter accidental, el Teniente General o Almirante del Grupo de Mando de Armas o Grupo «A» más antiguo de los que le estén subordinados.

6. Cesarán en su cargo por Real Decreto:

a) Al pasar a la situación de reserva activa o al Grupo de Destino de Arma o Cuerpo o Grupo «B».

b) A petición propia, aceptada por el Ministro de Defensa.

c) Por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, oído el Jefe del Estado Mayor de la Defensa.

Al cesar no podrán desempeñar otro cargo militar que esté subordinado al que acaban de ejercer, salvo el de formar parte como vocales eventuales de los Consejos Superiores de sus respectivos Ejércitos, hasta su pase a la situación de segunda reserva, y siempre que no estén ocupando cargo.

7. Corresponde fundamentalmente a los Jefes de Estado Mayor de cada Ejército asesorar e informar al Ministro de Defensa en cuanto a:

a) Estado de eficacia de su Ejército respectivo en relación con los recursos que les hayan sido proporcionados.

b) Necesidades de todo orden para el cumplimiento de su misión.

c) Repercusión de todo lo anterior en la política militar y de defensa.

Art. 2.º El párrafo 2.º del apartado 2 del artículo 23 de la Ley que se

modifica quedará redactado en los siguientes términos:

«Su composición y dimensiones se derivarán del Plan Estratégico Conjunto formulado y propuesto por el Ministro de Defensa y aprobado por el Gobierno.»

Art. 3.º Queda sin contenido el artículo 24 de la Ley que se reforma.

Art. 4.º El artículo 32 quedará redactado en los siguientes términos:

«1. La organización militar del territorio nacional, incluidos los espacios marítimo y aéreo, podrá estructurarse en regiones o zonas terrestres, marítimas y aéreas, y se establecerá, en el marco de la política de Defensa, en función de las siguientes bases:

a) Valoración de las potenciales amenazas.

b) Las zonas geográficas naturales, consideradas desde el punto de vista estratégico.

c) Las necesidades operativas y logísticas que requiere el ejercicio y garantía de la soberanía nacional, en los espacios terrestre, marítimo y aéreo.

d) Las responsabilidades asignadas a los tres Ejércitos, en función del Plan Estratégico Conjunto.

e) La evaluación de los recursos humanos, económicos y materiales, existentes en el ámbito territorial, que requiere la defensa nacional, para el caso de una movilización general.

2. El establecimiento y concreción de esta organización militar del territorio nacional, corresponde al Gobierno a propuesta del Ministro de Defensa, de lo que se dará cuenta a las Cortes Generales.»

Disposición final.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Disposición derogatoria.

Quedan derogados el Real Decreto 11/1977, de 8 de febrero (R. 312), por

el que se institucionaliza la Junta de Jefes de Estado Mayor y se regulan sus atribuciones, funciones y responsabilidades; la Ley 83/1978, de 28 de diciembre (R. 1979, 88), por la que se regulan las funciones de distintos órga-

nos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley.

2. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Federico F. DE BUJAN
Teniente Auditor
Secretario de la Escuela
de Estudios Jurídicos del Ejército

Nota explicativa

El Tribunal Constitucional, durante el primer semestre del año 1984, no dictó ninguna sentencia que afectase a temas jurídico-militares. Al limitar y constreñir, esta Sección de Jurisprudencia Constitucional a dichos temas, este número quedaría por razones cronológicas vacío de contenido. No obstante, y con la sola finalidad de no interrumpir y dar continuidad a estas breves reseñas jurisprudenciales, creemos pudiera ser de interés, recoger resumidamente el contenido de una sentencia relativa a temas objeto de nuestro estudio, pronunciada por el Tribunal Constitucional durante el año 1983, que ha sido objeto de referencia, pero no de reseña en números anteriores.

RESEÑA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 36/1983 DE 11 DE MAYO (SALA SEGUNDA). RECURSO DE AMPARO NÚMERO 205/1982 (R.A. 117).

Ponente: Magistrado Don Francisco Tomás y Valiente (B.O.E. de 20 de mayo de 1983).

CUESTIÓN PLANTEADA

Los hechos que dan lugar las correspondientes actuaciones judicia-

les, consisten en la reiterada negativa de un Capitán del Ejército, a firmar el «enterado» de una hoja de calificaciones que le presentó su Comandante calificador.

Como consecuencia de los mismos, la Autoridad Judicial de la III Región Militar, ordena, por Decreto, la apertura de una causa, contra el citado Capitán, por presunto delito de desobediencia. Efectuada la correspondiente instrucción, en la cual se toman declaraciones, se reúnen pruebas documentales y se realiza un careo entre el Capitán, calificado y el Comandante calificador, la Autoridad Militar, con las propuestas del Instructor y de su Auditor, resuelve sobreseer la causa, por no resultar el hecho constitutivo de delito, ordenando, no obstante, que, continúen las actuaciones con el carácter de expediente judicial por supuesta falta grave consistente en dejar de cumplir sus deberes militares. Contra este Decreto del Capitán General, el después demandante de amparo, presenta recurso de queja ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, que es desestimado.

Nuevamente, el Capitán recurrente, interpone, contra el auto desestimatorio de la Sala de Justicia del Consejo Supremo, recurso contencioso-administrativo, ante la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial de Valencia, la cual declara por resolución motivada, su falta de jurisdicción. Contra el auto de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Valencia, el Capitán recurrente, intenta un nuevo recurso, esta vez de amparo, ante el Tribunal Constitucional. Recurso que es desestimado por sentencia dictada por la Sala Segunda del citado Tribunal. Notificada la sentencia al recurrente, éste, apoyándose en el párrafo final del fundamento 3.º de la misma, en la cual se afirma «... otra cosa distinta sería si el agravio que ante este Tribunal se formulara, tuviera su base en la falta de observancia del derecho a las garantías procesales...» cree haber encontrado una nueva vía para defenderse frente a la pretendida violación de sus derechos fundamentales, e interpone un nuevo recurso de amparo, que se dirige en este caso contra el Auto del Consejo Supremo de Justicia Militar por entender que su contenido conculca las siguientes garantías procesales, recogidas en el artículo 24 de la Constitución: a) el derecho a la defensa; b) la presunción de inocencia; c) el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa; d) en general, todas las garantías contenidas en el artículo 24 párrafo 2 de la Constitución; e) el derecho a que pueda ser impugnada la resolución contenida en el auto, cuya nulidad solicita.

El Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso, en contra del criterio sustentado por el Ministerio Fiscal, y ordenó interesar, de la Autoridad Militar, la revisión de las actuaciones del expediente judicial, objeto de recurso.

La Autoridad Judicial Militar, remite al Tribunal Constitucional,

no sólo las actuaciones solicitadas, correspondientes al expediente judicial, sino también las relativas a la causa que ordenó sobreseer. Una vez en poder del Tribunal Constitucional, las citadas actuaciones, éste acuerda dar vista de las mismas al recurrente y al Ministerio Fiscal, para alegaciones.

Las alegaciones del recurrente son en resumen las siguientes:

1. En el curso del expediente judicial, solicitó la práctica de un nuevo careo, entre él y el Comandante calificador, petición que fue denegada por providencia del Juez Instructor, que —según afirma— no le fue notificada. Esta negativa —a su juicio— conculca el derecho constitucionalmente reconocido de utilizar todos los medios de prueba pertinentes a su defensa.

2. Al denegarse el careo solicitado, por providencia no notificada, y no por auto, tal y como preceptúa el artículo 486 del Código de Justicia Militar (C.J.M.), se le impidió recurrir la resolución de acuerdo con el artículo 496 del mismo texto legal y por lo tanto se produjo una vulneración del derecho a la defensa.

3. También se conculca —a su juicio— el derecho a no declarar contra sí mismo, ya que se le exige en dos ocasiones, declarar bajo juramento y por su honor.

4. Finalmente, entiendo también violada la exigencia constitucional de un proceso público con todas las garantías, ya que según manifiesta, «se ha actuado subrepticamente, a sus espaldas y contra las propias normas del Código de Justicia Militar».

Por su parte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, mantiene que el presente recurso no ha debido ser admitido, por incurrir en la causa de inadmisión del artículo 50 párrafo 1.º a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

No obstante, y entrando en el fondo del mismo, por lo que se refiere a la presunta conculcación de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, entiendo que:

1. La presunción de inocencia no ha sido infringida, ya que, como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional, es una presunción «*iuris tantum*» que desaparece cuando el Tribunal, con base probatoria, aprecia la existencia de culpabilidad. Es indudable que en el caso presente, existió suficiente actuación probatoria, y que de ésta se dedujo la culpabilidad del ahora demandante de amparo.

2. Respecto de la negativa a practicar el careo solicitado, entiendo el Ministerio Fiscal, que el Juez Instructor actuó dentro de sus facultades, de acuerdo con las atribuciones que le concede el artículo 1.004 del Código de Justicia Militar. Además la negativa a la realización de la prueba solicitada está suficiente y explícitamente razonada.

3. Por otra parte el Ministerio Fiscal considera que tampoco existe

violación del derecho a la defensa, pues en atención a este derecho, no es exigible que se concedan todos los medios probatorios solicitados, sino que existe un margen de arbitrio judicial, en la admisión o no de las pruebas propuestas.

Recibidos los escritos de alegaciones, la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, concedió al demandante de amparo, un plazo de cinco días para que indicase «de modo preciso los puntos de hecho que pretende probar y los medios de prueba de que intenta valerse justificando su pertinencia».

Presentado el citado escrito del demandante, el Tribunal Constitucional deniega la práctica de las pruebas solicitadas, por entender que los medios de prueba propuestos pudieran ser de interés para resolver sobre la procedencia o improcedencia de la sanción disciplinaria, pero son irrelevantes para decidir el objeto del presente recurso, es decir si existió o no el respeto a las garantías procesales que establece el artículo 24 de la Constitución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El Tribunal Constitucional comienza afirmando, que su función o cometido no es enjuiciar la corrección disciplinaria impuesta al recurrente, ya que no es ni puede constituirse como una tercera instancia penal, sino que el objeto del presente recurso, es dilucidar si en el expediente judicial en cuestión, se respetaron o no las garantías procesales amparadas constitucionalmente, que se refieren también a los expedientes judiciales regulados en los artículos 1.003 y siguientes del Código de Justicia Militar.

En relación con las presuntas violaciones aducidas por el recurrente, el Tribunal Constitucional afirma que:

1. El demandante de amparo, considera que se ha conculcado el derecho a no declarar contra sí mismo, pero lo cierto es que en todas las declaraciones que ha prestado a lo largo de la tramitación de la causa y después en el expediente judicial, el recurrente ha declarado a su favor, sin que existan indicios de haber sido forzado a declarar contra sí mismo.

2. Por lo que se refiere a la presunta violación del derecho a la presunción de inocencia como afirma el Ministerio Público es doctrina del Tribunal Constitucional, que cuando en la instancia judicial se realiza una actividad probatoria, ésta puede ser apreciada discrecionalmente por el juzgador y que la presunción de inocencia puede quedar destruida, debido a su carácter de presunción «*iuris tantum*», por la libre apreciación de la prueba practicada. En el supuesto a examen, cons-

ta fehacientemente que la actividad probatoria fue suficiente y bastante y que su valoración dio como resultado la culpabilidad del antes presuntamente inocente.

3. En cuanto a la denegación del careo solicitado por el recurrente, en el expediente judicial contra él instruido, el Tribunal Constitucional considera, que quizás sea el centro de gravedad del presente recurso de amparo, ya que de ello deriva la afirmación del demandante, que entiende que se ha violado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa. El Tribunal Constitucional, en relación con este punto, considera que la argumentación del Fiscal, en el sentido de afirmar que el expediente judicial instruido puede considerarse como parte de un todo, respecto de la causa criminal, no tiene una clara confirmación expresa en los preceptos que el Código de Justicia Militar dedica a la regulación de los expedientes judiciales. No obstante, en el supuesto que se examina, la instrucción del expediente judicial deriva del mismo Decreto de la Autoridad Judicial Militar que ordenó sobreseer la causa. Sobre esta base, y teniendo en cuenta que, el Juez Instructor del expediente judicial fue la misma persona que el Juez Instructor de la causa, éste consideró innecesaria la realización de un nuevo careo, en la tramitación del expediente. Resolución que el Juez Instructor razonó suficientemente, en base fundamentalmente al hecho de que el careo practicado en la causa no fue impugnado por el Capitán, sino que fue «firmado por el interesado de conformidad». Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera de todo punto correcto, el criterio sustentado por el Juez Instructor, que en uso de su arbitrio, deniega fundadamente la práctica de la prueba propuesta, sin que ello pueda suponer, por sí sólo, la lesión del derecho reconocido al artículo 24.2 de la Constitución, de utilizar todos los medios de prueba pertinentes a la defensa.

Por lo que se refiere, a la forma procesal que revistió la resolución denegatoria del careo solicitado, el Tribunal Constitucional considera que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 486 del Código de Justicia Militar, en cuanto que este precepto exige, que dicha resolución adopte la forma de auto y no de providencia. Si bien es cierto que, esta infracción legal, ha imposibilitado al demandante de amparo, poder recurrir dicha resolución denegatoria, ello no fue obstáculo para el recurso que posteriormente entabló contra el Decreto de la Autoridad Judicial Militar que resolvió el expediente y es preciso hacer notar que en tal recurso de queja, planteado ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, se intentó hacer valer la denegación del careo en cuestión, siendo este recurso admitido, tramitado y resuelto desfavorablemente por la Sala de Justicia del citado Consejo Supremo.

A pesar de que el Tribunal Constitucional no se pronuncia acerca

de la «bondad» de este mecanismo compensatorio, lo que sí declara es que «la sustitución de una providencia en lugar de un auto no fue en este caso motivo de lesión de ningún derecho fundamental y en concreto del derecho a la defensa —como acude el recurrente— que ha gozado a lo largo de todo este complejo asunto de varios recursos en instancias diferentes».

FALLO

El Tribunal Constitucional, **DESESTIMO** el amparo solicitado.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR

José Luis TORRES
Capitán Auditor

Sentencia de 7 de marzo de 1984.
Recurso de casación por infracción de Ley.
Delitos: Depósito de armas y fraude.

RESULTANDO PRIMERO.—Que reunido el Consejo de Guerra de Oficiales Generales de la Primera Región Militar, en la Plaza de Madrid, el seis de junio de mil novecientos ochenta y tres, dictó sentencia, cuyo resultando de hechos probados literalmente dice lo siguiente.

«Que en los últimos días del mes de febrero de 1978 el Comandante de Ingenieros Don A. M. C., que desempeñaba la Jefatura de Tropas y Servicios del Regimiento de Instrucción de la Academia de Ingenieros y como tal ejercía la Jefatura de los Talleres, sin autorización ni conocimiento de sus Superiores, dispuso la fabricación de unos conjuntos metálicos con apariencia de bolígrafos, pero con los elementos necesarios para disparar proyectiles del calibre 22 y atravesar a una distancia de cinco metros una tabla de pino de 21 mm., prueba que revela la capacidad del arma sin asegurar su buen funcionamiento, utilizando para este trabajo a Soldados en su calidad de aprendices de torneros y ajustadores, haciéndoles creer que el trabajo que realizaban eran la fabricación de interruptores eléctricos, llegando a producir noventa y cuatro bolígrafos disparadores, de los que destruyó veinticuatro tubos exteriores o manguitos y catorce piezas de repuesto más. El desgaste de la maquinaria del Regimiento en la fabricación de las piezas y elementos expresados, ha sido valorado, pericialmente, en la cantidad de quinientas pesetas.»

Y en la parte dispositiva.

Que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de depósito de armas de defensa, previsto y penado en los artículos 257

n.º 2.º del Código Penal en relación con los párrafos tercero y cuarto del número 3.º del artículo 258 del mismo Código y de otro delito de fraude previsto y penado en el art.º 403 n.º 2.º del Código de Justicia Militar.

FALLAMOS: «Que debemos condenar y condenamos al procesado Teniente Coronel de Ingenieros Don A. M. C. como autor de un delito consumado de depósito de armas de defensa con la atenuante específica de escasa peligrosidad social a la pena de DOS AÑOS y SEIS MESES DE PRISION MENOR con la accesoria de suspensión de todo cargo público, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y como autor de un delito de fraude, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, imponiéndole además por la duración en conjunto de las penas principales, la accesoria de separación del servicio, con abono para el cumplimiento de dichas penas del tiempo en que ha estado privado de libertad por razón de los mismos hechos y debiendo abonar al Estado (Ramo de Defensa) la cantidad de QUINIENTAS PESETAS en concepto de responsabilidad civil».

RESULTANDO SEGUNDO.—Que el letrado-defensor del citado procesado preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de casación contra la citada Sentencia por cuatro motivos de infracción de Ley al amparo del art. 13 de la Ley Orgánica 9/80 de 6 de noviembre y de los arts. 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se relacionan seguidamente:

Motivo Primero de Casación. Breve extracto de su contenido:

Por infracción de Ley, con base en el n.º 1.º del art.º 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber cometido la Sentencia recurrida error de derecho calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de depósito de armas de defensa.

Resultan, en consecuencia, indebidamente aplicados los arts. 257 párrafo 2.º en relación con el 258 del Código Penal.

El primer Resultando de hechos probados de la sentencia recurrida establece que: «Dispuso la fabricación de unos conjuntos metálicos con apariencia de bolígrafos, pero con los elementos necesarios para disparar proyectiles del calibre 22 y atravesar a una distancia de 5 metros una tabla de pino de 21 mm.; prueba que revela la capacidad del arma *sin asegurar su buen funcionamiento*».

De otra parte el tercer considerando de la misma Sentencia establece que: «La imprecisión y defectos de los bolígrafos pistola hacen suponer que, como armas, encontrarían más rechazo que aceptación».

Consideración que, en pura lógica nos lleva a la conclusión de que se trataba sólo de un experimento o proceso de investigación sobre unos

artefactos que no llegaron a terminar, puesto que si el propio tribunal considera que como armas son rechazables, mucho menos podrán ser consideradas como «armas de defensa». Por tanto, la consecuencia legal ha de ser dejar sin efecto la indebida aplicación del n.º 2.º del art. 257 en relación con el 258 del Código Penal.

Motivo Segundo de Casación: Breve extracto de su contenido:

Por infracción de Ley, con base en el n.º 1.º del art.º 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haber sido infringido por falta de aplicación el art. 259 del Código Penal, pues al tratarse de armas de un sólo tiro y ánima lisa, el Decreto 2122/1972 BOE n.º 190, a efectos de permiso de armas, las asimila a escopetas y a armas de aire comprimido, por lo que su tenencia no puede revestir caracteres de delito.

No hay duda que el referido precepto legal ha resultado infringido por inaplicación, debiendo en este sentido rectificarse en casación el error de derecho cometido.

Motivo Tercero de Casación: Breve extracto de su contenido:

Por infracción de Ley, en base al n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haber sido infringido por falta de aplicación el art. 61 del Código Penal, párrafo 1.º, en relación con el art. 256 del mismo texto legal, puesto que la Sentencia recurrida a pesar de apreciar la atenuante prevista en el art. 256 y rebajar la pena en un grado, aplica la pena de prisión menor en su grado medio, en lugar de hacerlo en el mínimo como ordena el ya referido párrafo primero del art. 61 del Código Penal.

Al reconocer la propia Sentencia la ausencia de peligrosidad en el procesado, la imprecisión y defectos de las armas, su rechazo como tales y la expresa aplicación de la atenuante específica ya referida, la pena aplicable debió ser la de seis meses y un día de prisión menor.

Motivo Cuarto de Casación: Breve extracto de su contenido:

Por infracción de Ley, con base en el n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haber sido infringido por falta de aplicación el principio Constitucional de Igualdad ante la Ley, recogido en el art. 14 de nuestra Constitución.

Por cuanto la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio (BOE 152) de reforma urgente y parcial del Código Penal, establece, para los delitos contra la propiedad ejecutados sin violencia en las personas, un límite mínimo de treinta mil pesetas, en cuanto al perjuicio patrimonial ocasionado, para que el hecho pueda ser calificado de delito, pues bien la sentencia recurrida condena a seis meses y un día de prisión por una defraudación de quinientas pesetas, lo que sitúa al procesado, por el hecho de ser Militar, en notoria desigualdad ante la Ley, vulnerando claramente la sentencia un precepto constitucional de rango superior a la

Ley Penal Militar. Resulta en consecuencia inaplicable al art. 403, 2.º del Código de Justicia Milita.

Artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autorizan cada motivo de casación:

Los cuatro motivos de casación aducidos se hallan autorizados por los arts. 847 y 849, primero, de la citada Ley Procesal.

Según el art. 847 de la citada Ley Procesal, procede el recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma contra todas las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia; y, en este caso, contra la dictada por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales a tenor en lo dispuesto en el art. 13 de la Ley Orgánica 9/80 de reforma del Código de Justicia Militar.

Y conforme al art. 849, n.º 1.º, de la Ley Procesal Penal, podrán interponerse por infracción de Ley cuando, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.

RESULTANDO TERCERO.—Que dado traslado del recurso de casación por infracción de Ley al Excmo. Sr. Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar se da por instruido y propone la admisión de los cuatro motivos alegados por el letrado-defensor, a efecto de lo dispuesto en el art. 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se opone en cuanto a su contenido con los siguientes argumentos legales:

Primer motivo: Este motivo ha de ser rechazado, por cuanto en el Resultando de hechos probados se hace constar claramente que no se trataba de un experimento, sino que los conjuntos metálicos con apariencia de bolígrafos tenían «los elementos necesarios para disparar proyectiles del calibre 22, y atravesar a una distancia de cinco metros una tabla de pino de 21 mm., prueba que revela la capacidad del arma sin asegurar su buen funcionamiento». Lo cual supone que el procesado se haya incurrido en la figura delictiva prevista y penada en los arts. 257 y 258 del Código Penal, dada la aptitud de los ingenios por él proyectados para disparar proyectiles que los hace gozar de la condición de armas de fuego, en este caso de defensa.

Por lo tanto, este motivo debe ser desestimado.

Segundo motivo: Este motivo también ha de ser desestimado porque en el Resultando de hechos probados se califica a los conjuntos metálicos fabricados por el acusado como armas capaces de disparar proyectiles del calibre 22 mm., y precisamente el Decreto citado por el recurrente en su art. 6.º, apartado c) dice que son «armas totalmente prohibidas: las armas de fuego disimuladas bajo la apariencia de cualquier otro objeto». Es decir, no existe la asimilación alegada por el recurrente.

te; y sin embargo, estamos en presencia de un arma de carácter defensivo a los efectos del art. 258, penúltimo párrafo, dado que dicha Norma da la citada calificación a las pistolas y revólveres «de todos los modelos», fórmula genérica que incluye a los referidos artefactos.

Tercer motivo: Este motivo no ha de correr mejor suerte que los anteriores, por las siguientes razones:

La facultad que otorga a los Tribunales el art. 256 del Código Penal tiene como finalidad la minoración de la pena señalada al delito en uno o dos grados, en atención a la mínima entidad de los hechos imputados y a la escasa peligrosidad del procesado, facultad que despliega sus efectos cuando se produce la degradación de la sanción, agotando su virtualidad atenuatoria en este sentido. Más, el recurrente pretende que una vez utilizada por el Tribunal dicha facultad, vuelva de nuevo a aplicarse el referido art. 256 bajo el concepto de atenuante, para dar entrada al art. 61, 1.º del Código Penal que preve la imposición de la pena en el grado mínimo cuando concorra alguna atenuante.

Pretensión insostenible, porque no hay base legal para sustentarla, dado que una vez que se rebajó la pena en un grado el precepto agotó su eficacia, y no puede volver a aplicarse.

De todo ello se deduce, que a la hora de determinar el grado en que se habría de fijar la pena de prisión menor impuesta en virtud del art. 256 del Código Penal, nos encontraríamos en el caso del art. 61 n.º 4, dado que no hay circunstancias atenuantes ni agravantes, y en virtud de la discrecionalidad que concede dicha Norma al Juzgador para imponer la pena en el grado mínimo o medio, éste fijó su extensión en el grado medio, obrando así conforme a una recta interpretación de la Ley.

Así pues, teniendo en cuenta los argumentos anteriores, procede desestimar este motivo.

Cuarto motivo: Al respecto hay que señalar que no ha habido la infracción de Ley del artículo 849, n.º 1 porque el Tribunal ha aplicado correctamente el art. 403 n.º 2 del Código de Justicia Militar, como lo prueba el hecho de que la parte contraria no alegue razones en contra.

Lo que se está planteando es una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal «ad quem», cuestión improcedente porque, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, para que se produzca la desigualdad y discriminación de la que habla el art. 14 de la Constitución, es necesario que haya una correlación e igualdad en las situaciones que se comparan, lo que no sucede en este caso, dado que no se pueden comparar unas figuras delictivas que tienen como bien jurídico protegido la propiedad privada y otras que protegen los intereses del Ejército (art. 403 del Código de Justicia Militar).

Por todo ello, debe ser desestimado este motivo.

RESULTANDO CUARTO.—Que en el acto de la vista, que tuvo



lugar en esta fecha, el Ministerio Fiscal mantuvo su oposición al recurso y la Defensa del procesado sostuvo su recurso, con fundamento en definitiva de los propios argumentos antes citados en el segundo y tercer Resultando.

CONSIDERANDO PRIMERO.—Que interpuesto por la defensa como primer motivo del art. 849 ap. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la violación de los arts. 257 y 258 del Código Penal, por error de derecho al calificar los hechos probados, como constitutivos en un delito de depósito de armas de defensa, obligado resulta, examinar la naturaleza y el alcance del citado delito y relacionarlo con los hechos declarados probados. A este efecto hay que determinar que el precepto legal, está tipificado en la Sección Primera de las Tres en que se divide el Capítulo XII del Título II del Código Penal de la tenencia y depósito de armas y municiones y de la tenencia de explosivos» y de su estudio se deduce que los tipos de tenencia y depósito de armas ya de por sí configuran el delito, aunque sean actos preparatorios de otras más graves ya que, el legislador lo que pretende es evitar la difusión incontrolada de armas de fuego, así la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de diciembre de 1954, establece que estos delitos tienden a evitar el peligro que para la sociedad supone llevar armas de fuego, sin control del poder público.

Relacionando esta premisa con el Resultado de hechos probados resulta «el procesado Teniente Coronel de Ingenieros Don A. M. C. sin autorización ni conocimiento de sus superiores, dispuso la fabricación de unos conjuntos metálicos, con apariencia de bolgrafos, pero con los elementos necesarios para disparar proyectiles del calibre 22 y atravesar a una distancia de cinco metros una tabla de pino de 21 mm., utilizando a soldados aprendices de torneros y ajustadores, a quienes hizo creer que el trabajo era la fabricación de interruptores eléctricos, produciendo noventa y cuatro bolígrafos en la fecha en que fue descubierto. Es incontestable que el procesado cometió ese delito de peligro social y no le excluye su condición de militar, del ámbito de la Ley Penal por ser su depósito de armas encubiertas, no legalizado, y la jurisprudencia del Consejo Supremo es terminante en sus Sentencias de 8 de noviembre de 1957 y 31 de octubre de 1953, al declarar que el derecho concedido por la profesión que se tenga para usar armas, no impide la necesidad de proveerse de las pertinentes autorizaciones, ni cubre el poseer armas distintas de las reglamentarias.

Vistos estos antecedentes y que el primer motivo está basado también en la ineficacia de las armas, es preceptivo estudiar íntegro el Resultado de hechos probados y no por párrafos sueltos como hace la defensa, y en buena lógica se aprecia que de los noventa y cuatro bolígrafos, destruyó veinticuatro por defectuosos, luego quedaron setenta que

eran útiles para realizar la perforación antes citada y como tal es un arma de defensa, así como lo establece el art. 5 del Reglamento de 24 de julio de 1981, diciendo que son las armas cortas de fuego, entendiéndose por tales aquellas «cuyo cañón no exceda de 30 centímetros o cuya longitud no exceda de 60. El art. 6.º relaciona las armas de cualquier clase que sean, cuya circulación, importación, venta, uso y tenencia está totalmente prohibida, la Sentencia de 21 de septiembre de 1982 del Tribunal Supremo, ya especifica claramente que se considera arma de fuego toda aquélla que es apta para disparar.

En consecuencia conducen estas razones a rechazar por improcedente el motivo considerado.

SEGUNDO CONSIDERANDO.—Que el segundo de los motivos del recurso interpuesto por la representación del procesado, al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del art. 259 del Código Penal, por tratarse de arma de un solo tiro y ánima lisa, prevista en el Decreto 2122/1972 a efectos de permiso de armas que las asimila a escopetas. Ya en el paso de este motivo se han dictado por el Tribunal Supremo las Sentencias de 29 de noviembre de 1972 y 14 de febrero de 1974 que establece como tales armas de fuego de defensa, a las escopetas con los cañones recortados al reconocer la fuerza agresiva de éstas y haber perdido la interpretación finalista de caza cuando ya ésta no puede seguirse usando en la actividad cinegética y estipular la Circular 1/73 de 6 de febrero que si el arma ha experimentado modificaciones tan esenciales en los elementos componentes de su estructura que realmente queda inhabilitada para su fin propio y resulta adecuado para otros fines, tal arma es capaz de integrar el elemento objetivo del delito definido en el art. 254. Luego si existe depósito de armas de defensa por las consideraciones expuestas y el Código Penal establece expresamente dentro del ámbito del art. 258 a todos los «modelos», es procedente también desestimar este segundo motivo.

TERCERO CONSIDERANDO.—Por infracción de Ley en base al número 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido el art. 61 apartado 1.º del Código Penal en relación con el art. 256 del mismo Código. A este efecto hay que hacer constar que el juicio de valor que hace el Consejo de Guerra de Oficiales Generales al apreciar el art. 256 del Código Penal es una facultad discrecional permitiendo, pero no ordenando, rebajar las penas señaladas a este delito cuando concurren determinadas circunstancias cuya apreciación y el consiguiente uso de la referida facultad no pueden discutirse ni rectificarse al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin desvirtuar su genuino carácter y los alcances propios del prudente arbitrio de los Tribunales. (S. 16-12-48; (R. 1507). Análogas SS. 11-12-47 (R. 1440), 23-9-48 (R. 1138), 25-1-17-2-50 (R. 258 y 300), 2-1-51 (R.

2223), 18-3, 31-10-53 (R. 486 y 2616), 24-5-54 (R. 1226), 7-10, 21-11-57 (R. 2643 y 2987) y 20-6-63 (R. 3019).

Razones todas las expuestas que hacen imperativa la repulsión de este tercer motivo.

CUARTO CONSIDERANDO.—Que el motivo cuarto del recurso es interpuesto por infracción de Ley con fundamento en el apartado 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por violación del art. 14 de la Constitución, al faltar al principio de igualdad penal de los Españoles el art. 403 apartado 2.º del Código de Justicia Militar, que señala penas de prisión para cuantías como las de autos de quinientas pesetas y la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio (BOE n.º 152) de reforma urgente y parcial del Código Penal, que establece, para los actos contra la propiedad ejecutados sin violencia en las personas, un límite mínimo hasta 30.000 ptas., para que el hecho pueda ser calificado de delito.

En esta cuestión más de inconstitucionalidad que de recurso de infracción de Ley promovido por el defensor ha comparecido el Excmo. Sr. Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, quien expresa su parecer, de su improcedencia, pues el delito de fraude protege los intereses del Ejército, y las de hurto del Código Penal la propiedad privada, siendo necesario para que se de la infracción constitucional una correlación de igualdad.

A mayor abundamiento el resultado fáctico de la Sentencia en su párrafo último, expone que el desgaste de la maquinaria usada en la fabricación de las piezas y elementos expresados, ha sido valorado pericialmente en la cantidad de QUINIENTAS PESETAS, y el art. 403, apartado 2.º del Código de Justicia Militar, sanciona el simple hecho de utilizar para necesidades particulares elementos de carácter oficial, siempre que con dicho motivo se originen gastos al Estado, con penas que señala el apartado 1.º del citado artículo, de prisión.

Este precepto responde principalmente a la necesidad de cortar posibles abusos a que se prestan los servicios del Ejército o Hacienda Militar, o sea, que su nota común es el lesionar el bien constituido por los intereses materiales de los Ejércitos, y representa en general una vulneración de las virtudes castrenses de la rectitud y probidad que se le exige al militar.

Por ello no puede considerarse discriminatorio el art. 403 del Código de Justicia Militar que contempla un plus de antijuricidad para este delito cometido por militar. Entender de otra manera el rigor legal, conduciría a vaciar de su específica finalidad el repetido art. 403.

Por lo que procede y la Sala acuerda la desestimación del cuarto y último de los motivos habida cuenta que las alegaciones carecen de consistencia legal a los efectos de sustituir un tipo penal (el aplicado)

por otro de inferior rango punitivo, con olvido del principio de especialidad, cuando los hechos tienen fisonomía propia, vida independiente y penalidad autónoma en el art. 403 del Código Castrense.

QUINTO CONSIDERANDO.—Que si bien los arts. 797, 798 y siguientes facultan a las Autoridades Judiciales para aprobar o disentir las Sentencias dictadas por el Consejo de Guerra, tal facultad debe entenderse subsistente solamente en el caso de que las partes no hayan interpuesto recurso de Casación que haya sido admitido a trámite, toda vez que quebraría el principio de la santidad de la cosa juzgada y se infringiría el art. 904 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que, las sentencias dictadas en Casación, son firmes y ejecutoras y contra las mismas no cabe recurso alguno, y como tal habría que entender el de alegaciones de las partes que darían lugar, en caso de producirse el disentimiento, a una nueva sentencia de esta Sala para su resolución definitiva, por lo que esta Sentencia ha de ser firme y ejecutoria.

VISTOS los artículos citados, los preceptos legales concordantes y demás de general uso y aplicación.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el defensor del procesado Teniente Coronel Don A. M. C., contra la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales celebrado en la Plaza de Madrid el seis de junio de mil novecientos ochenta y tres en la Causa 337/79; sin declaración de costas por la naturaleza gratuita del procedimiento militar, debiendo la Sentencia recurrida declararse firme y ejecutoria sin más trámites.

Así por esta nuestra Sentencia, irrevocablemente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Para su cumplimiento, y con testimonio de esta sentencia, devuelvanse las actuaciones al Excmo. Sr. Capitán General de la Primera Región Militar, de cuya Jurisdicción proceden.

Sentencia de 7 de marzo de 1984.

Disentimiento.

Delito de imprudencia temeraria.

RESULTANDO PRIMERO.—Que el día veintitrés de mayo de mil novecientos setenta y siete, en el Laboratorio de Análisis Clínicos del Hospital Militar de Algeciras, se practicó un análisis de sangre a la esposa del Brigada de Artillería Don J. L. G., Doña M. L. C., que se encontraba en el octavo mes de su tercer embarazo, por indicación del Ginecólogo del mismo Hospital que le atendía, al objeto de determinar el Grupo sanguíneo, sin que se hubiera advertido anomalía alguna en la embarazada ni en la gestación y sin hacerse ninguna prevención

especial al Laboratorio. Fue facilitado por escrito su resultado como perteneciente a Doña M. L. C., esposa del Brigada con Grupo sanguíneo «A» y Rh positivo, sin que el citado matrimonio se apercibiera del error de nombre, ni manifestara nada sobre el resultado, ya que ni con ocasión de los dos embarazos anteriores ni de supuesto aborto anterior en poco tiempo al embarazo de autos, se había realizado prueba analítica semejante a Doña M. L. C. El análisis en cuestión fue firmado por el Capitán Médico Jefe del Servicio de Laboratorio y especialista en análisis clínicos Don M. G. M., hoy Comandante, procesado en esta causa, pero sin que se haya podido determinar la persona o personas del Laboratorio que con él intervinieron en el proceso analítico. Que el día treinta de junio siguiente, la citada señora dio a luz con normalidad en el mismo Hospital un varón, al que después se impondría el nombre de Iván, al cual se apreció focomelia, sindactilia, o agenesia de dedos de mano derecha. Tanto la madre como el hijo fueron dados de alta dos días después por considerarse satisfactorio su estado. Sin embargo, dos días después el padre del recién nacido lo llevó al Servicio de Pediatría del mismo Hospital Militar de Algeciras porque estaba inapetente y presentaba un color anormal, y al empeorar al día siguiente, quinto desde el nacimiento, el pediatra dispuso que se practicasen análisis de sangre a los padres y al niño, para determinar el Grupo sanguíneo y el factor Rh. Se hicieron las pruebas el mismo día por la mañana, cinco de julio, quinto desde el nacimiento, en el mismo Laboratorio y por el propio procesado, con el resultado de Rh positivo el padre y el niño, y negativo la madre, y treinta y uno, cuatro miligramos de bilirrubina total y test de Coombs directo positivo el hijo, lo que determinó el diagnóstico correcto de eritoblastosis fetal por incompatibilidad Rh, para cuyo tratamiento fue trasladado el enfermo al Hospital Militar de Sevilla, en el que sobre las diez de la noche se le practicó una exanguinotransfusión y cuatro días después fue dado de alta con advertencia a los padres de que volviesen para control de posibles secuelas tardías, lo que efectuaron en dos ocasiones en las que los resultados fueron de normalidad. Que el día uno de diciembre del mismo año mil novecientos setenta y siete, teniendo, por tanto, el niño cinco meses, fue ingresado en el Hospital Militar de Algeciras con fiebre, semi-inconsciencia y sensación de enfermedad grave, obnubilación inicial con aumento progresivo, aunque sin llegar a estado de coma. Le fue diagnosticada encefalitis vírica y catarro de vías respiratorias altas y tras nueve días de tratamiento fue dado de alta curado. Que con posterioridad a lo anterior en fecha no concretada en autos fehacientemente, se apreció en el mismo Iván subnormalidad que afecta al desarrollo motor y al psíquico, habiéndosele diagnosticado el doce de junio de mil novecientos setenta y nueve, es decir, a los dos años, una edad de madurar correspondiente a

ocho meses y nueve días. Poco después de ello, el cuatro de julio de mil novecientos setenta y nueve el padre formuló informe-denuncia atribuyendo la subnormalidad de su hijo a no haberse sabido a tiempo, por el error del primer análisis, que la madre tenía factor Rh negativo. A la vista de esa denuncia se inició la presente Causa. Que según los informes médicos obrantes en autos, en la determinación analítica del factor Rh existe un porcentaje normal de error que puede producirse por diversas causas, algunas de las cuales no son imputables a quien realice la prueba. Que según los coincidentes dictámenes del Tribunal Médico Militar de la Novena Región Militar y de tres médicos designados por el Colegio Médico de Cádiz, la subnormalidad del niño Iván puede ser congénita, como parte de un «cuadro global genéticamente condicionado» y como lo sugiere la focomelia por «Ley de asociación de malformaciones»; puede tener su causa en la eritoblastosis fetal y consiguiente impregnación de los núcleos basales por la bilirrubina; o pudo ser causada por la encefalitis vírica que padeció el niño a los cinco meses de edad. Con estos dictámenes coinciden el pediatra que lo atendió, quien, además, se inclina por la última de las causas citadas, añadiendo que si fuese por encefalopatía bilirrubínica habría hipermotividad y, sin embargo, no la hay, y los especialistas del Servicio Psiquiátrico del Centro de Diagnóstico y Orientación Terapéutica de la Jefatura Provincial de Granada, quienes expresan que el cuadro clínico de desarrollo del enfermo hace pensar más bien en una enfermedad congénita o subnormalidad de origen congénito generalizado. HECHOS QUE LA SALA DE JUSTICIA DE ESTE CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR DECLARA PROBADOS.

RESULTANDO SEGUNDO.—Que el Ministerio Fiscal, en el trámite del artículo setecientos veintinueve del Código de Justicia Militar, formuló su escrito de Conclusiones Provisionales, en las que tras la correspondiente relación de hechos, los calificó como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves, previsto y penado en el artículo quinientos sesenta y cinco en relación con el cuatrocientos veinte, ambos del Código Penal, considerando responsable de dicho delito al citado Comandante, conforme a los artículos doce, número uno, y catorce, número uno, del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y, solicitó la imposición al procesado de la pena de un año de prisión, con sus accesorias legales y efectos, y exigiendo en concepto de responsabilidad civil la cantidad de tres millones de pesetas, que debería abonar a los padres del menor Iván, haciéndose efectiva subsidiariamente, en caso de insolvencia, por el Ministerio de Defensa, conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos seis del Código de Justicia Militar.

y, solicitando práctica de prueba, la testifical, ante el Consejo de Guerra. Que en igual trámite de conclusiones provisionales, el Defensor Letrado del procesado expuso extensamente los hechos en forma distinta a la del Ministerio Público y, discrepando de la calificación jurídica de éste, solicitó la absolución y la práctica de pruebas, pericial y testifical.

RESULTANDO TERCERO.—Que habiéndose negado el procesado a firmar, de conformidad, las conclusiones de su Defensor Letrado, manifestó su deseo de designar nuevo Defensor, en el profesional que indicó. El Auditor de la Jurisdicción en ulterior dictamen propuso que podía tenerse por válida y eficaz la designación de nuevo Letrado, pero sin retroceder el procedimiento, confirmando nuevo plazo al Defensor designado, para el trámite del artículo setecientos treinta y cuatro del Código de Justicia Militar, resolviendo de conformidad la Autoridad Judicial en Decreto de trece de octubre de mil novecientos ochenta y uno.

RESULTANDO CUARTO.—Que notificado al Defensor Letrado del procesado el Auto de admisión de pruebas, éste recurrió amparándose en lo dispuesto en el artículo setecientos cuarenta y cuatro del Código de Justicia Militar, por no haberse admitido las pruebas propuestas en su escrito de calificación y manifestando asimismo diversas alegaciones sobre el hecho de no haberse efectuado la entrega de los autos al nuevo Defensor para nuevo escrito de calificación provisional y promoviendo además cuestión de incompetencia de Jurisdicción, solicitando la inhibición de lo actuado en favor de la Jurisdicción Ordinaria en base a que el delito de que se acusaba a su patrocinado era de naturaleza común y no afectaba al buen régimen, al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas.

RESULTANDO QUINTO.—Que el Auditor de la Segunda Región Militar en dictamen de dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y dos, propuso en primer término la desestimación del recurso del Defensor Letrado, por considerar que faltaba en el recurrente el «interés» que es base y fundamento de toda acción o recurso, así como por ausencia del presupuesto fáctico de la norma contenida en el artículo setecientos cuarenta y cuatro del Código de Justicia Militar en que se basó el Defensor, al no ser el auto «denegatorio de pruebas»; en segundo término propuso la desestimación de las alegaciones del Defensor en cuanto a la entrega de los autos para evacuar nuevo escrito de conclusiones provisionales, en base a que el artículo setecientos treinta y cinco del Código de Justicia Militar prohíbe que la negativa del procesado a firmar el escrito de conclusiones provisionales «paralice el curso de procedimiento»; y en tercer término, y en cuanto a la inhibición de las actuaciones a la Jurisdicción Ordinaria, propuso se remitiesen los autos a informe del Fiscal Jurídico Militar. Acordando de conformidad la

Autoridad Judicial, en decreto de quince de enero de mil novecientos ochenta y dos.

RESULTANDO SEXTO.—Que el Ministerio Fiscal informó en el sentido de mantener la competencia de la Jurisdicción Militar para el conocimiento del delito culposo que se imputaba al procesado Comandante Médico Don M. G. M. en base a que el hecho se produjo en lugar militar, afectando al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas y si recayera Sentencia condenatoria contra el procesado, podría exigirse eventualmente al Ejército la responsabilidad civil subsidiaria a que alude el artículo doscientos seis del Código de Justicia Militar, acordando de conformidad la Autoridad Judicial con su Auditor en Decreto de dos de febrero de mil novecientos ochenta y dos.

RESULTANDO SEPTIMO.—Que acordada la Vista y fallo de la causa, se reunió el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en la plaza de Sevilla el veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y dos, ante el que, tras la práctica de los trámites legales, el Fiscal Jurídico Militar mantuvo sus Conclusiones provisionales. El Defensor Letrado en el mismo acto, tras relatar los hechos en forma distinta a la del Ministerio Público, puso de relieve la indefensión de su patrocinado al no admitirse en virtud de lo preceptuado en el artículo setecientos treinta y cinco del Código de Justicia Militar un nuevo escrito de Conclusiones provisionales, admitido y firmado por el procesado, insistiendo en la libre absolución de su patrocinado por las razones que expuso. La Sentencia dictada, en la que se declararon probados unos hechos idénticos a los que se recogen en ésta, absuelve al procesado al estimar que los hechos relatados no eran constitutivos de delito, haciendo constar en los Considerandos que ni hubo imprudencia temeraria prevenida en el artículo quinientos sesenta y cinco del Código Penal, ni infracción de Reglamentos que calificaran la simple imprudencia y, aún ésta habría prescrito y que no estaba acreditado que fuera la actuación imprudente o negligente del procesado en forma precisa y directa la causa de las lesiones del menor Iván.

RESULTANDO OCTAVO.—Que notificada la Sentencia al Fiscal, Defensor y procesado no se presentó escrito de alegaciones ni recurso alguno contra la misma dentro de los plazos legales.

RESULTANDO NOVENO.—Que en el trámite del artículo setecientos noventa y ocho del Código de Justicia Militar emitió su dictamen el Auditor de la Segunda Región Militar, proponiendo el disenso de la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra, al estimar que se había incidido en ella en error de Derecho, por la incongruencia que se advierte en los Considerandos que sirven de fundamento al Fallo absolutorio dictado y en el Fallo mismo pronunciado, por considerar la grave indeterminación, por la imprecisión conceptual y gramatical que

resulta de que el Considerando Tercero de dicha Sentencia después de razonar cuál sea la línea divisoria entre la imprudencia temeraria y la simple, afirma «Por todo ello, en conclusión, el Consejo de Guerra no califica de temeraria sino de simple la imprudencia del procesado» consignando en el Cuarto y, tras precisar que no se ha producido ninguna infracción reglamentaria que, «por lo que el hecho a lo sumo podría haber sido constitutivo de una falta de simple imprudencia o negligencia sin infracción de Reglamentos del artículo quinientos ochenta y seis, número tres del mismo Código», agregando que, «pero esta falta habría prescrito», estimando el Auditor, que la expresada Sentencia debió absolver de la simple imprudencia que se califica en la misma o, en su caso, declararla prescrita, con reserva al perjudicado de las acciones civiles de que pueda hallarse asistido para resarcirse del daño producido. La Autoridad Judicial acordó de conformidad en Decreto de veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y tres, planteándose en consecuencia el mismo disentimiento, en idénticos términos.

RESULTANDO DECIMO.—Que recibidos los autos en este Consejo Supremo de Justicia Militar y turnados a la Relatoria de Ejército, pasaron a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado, que lo emitió en primer término, en el sentido de estimar que existen razones legales para mantener y aceptar el disenso planteado, por los motivos expuestos en el dictamen del Auditor, al que prestó su conformidad la Autoridad Judicial, estimando que, del examen de los Considerandos de la Sentencia, parece deducirse que en los Tercero y Cuarto, y más concretamente en el Primero de éstos, se confunden por el Consejo de Guerra los términos «actuación imprudente del sujeto» con la «imprudencia» penal, produciéndose en el Cuarto, la misma confusión, y considerando que la Sentencia dictada debía ser revocada, dictándose otra, en su lugar, que pudiera ser absolutoria tanto por el delito, como por la falta de imprudencia, salvo que se estimase por la Sala la existencia de un defecto formal en la tramitación de la causa, por si ésta considerase que constituye diligencia esencial con vulneración de las normas procesales y menoscabo de las garantías de las partes determinando la nulidad de las actuaciones a partir de aquel momento, conforme al artículo ochocientos treinta y dos, dos, del Código de Justicia Militar. Pues citado el procesado para dar su conformidad al escrito de Conclusiones provisionales presentado por su Defensa, y no para que lo firmase, una vez leído en todo su contenido, no dió su conformidad al mismo, por no ajustarse a la debida defensa técnica del caso y deseaba nombrar nuevo Defensor en la persona que indicó, cerrándose seguidamente la citada comparecencia, y elevándolas posteriormente en consulta del Ilmo. Sr. Auditor de la Región, sin que por parte del Instructor se le indicase que tenía que firmar también el escrito de Conclusiones provisionales formulado

por su Defensor y que de negarse a firmarlo se le invitase a hacerlo y de persistir en su negativa se hiciera constar por diligencia tal circunstancia, conforme determina el artículo setecientos treinta y cinco del Código de Justicia Militar, máxime cuando este cambio de Defensor fue aceptado, produciéndose disparidad de criterio entre el Fiscal de la Región de una parte, que estimaba debía hacerse entrega de la causa al segundo Defensor, para que formulase nuevo escrito de Conclusiones provisionales dejando sin efecto el anterior, y el Auditor y Autoridad Judicial de otro, que aceptaron el cambio de defensa pero no la entrega al nuevo Defensor del procedimiento a los fines señalados, sino la continuación del procedimiento conforme al propio artículo setecientos treinta y cinco del Código de Justicia Militar.

RESULTANDO UNDECIMO.—Que el Defensor Letrado del procesado evacuó su escrito en el que tras manifestar que se produjo indefensión a su defendido, al no permitirsele evacuar el trámite de Conclusiones y que la Jursidicción Militar es incompetente para conocer de los hechos de que se trata, estimó que, la contradicción en que se basa el disentimiento es más aparente que real, debiendo seguirse la pauta que marca el Considerando Segundo de la Sentencia que examina por separado la conducta del procesado y la existencia de causa a efecto con el resultado que originó el proceso, sin expresar petición alguna en orden al disenso planteado.

RESULTANDO DUODECIMO.—Que acordada la Vista de la presente causa el representante del Excmo. Sr. Fiscal Togado y el Defensor Letrado se ratificaron en sus respectivos escritos.

RESULTANDO DECIMO TERCERO.—Que en la tramitación de esta causa se han observado los preceptos legales pertinentes, sin que se aprecie la existencia de defectos u omisiones que afecten a su validez.

CONSIDERANDO PRIMERO.—Que el disentimiento de la Autoridad Judicial con su Auditor, de la Sentencia del Consejo de Guerra, se fundamenta en estimar que se ha incidido en ella en un error de Derecho concretado en la incongruencia que se advierte en los Considerandos que sirve de fundamento al fallo absolutorio dictado y al fallo mismo que se pronuncia, siendo de hacer notar que en el propio disentimiento no se cuestiona el contenido del Considerando Quinto de la Sentencia, donde se establece la falta de prueba de que la subnormalidad del menor Iván tenga su origen o causa en la conducta del procesado ni, en consecuencia, el fondo del fallo absolutorio dictado ya que, como señala el Auditor en su Informe «ante lo dicho no se comprende dónde se halla la antijuridicidad en la conducta del procesado», sino su excesiva concreción al limitarse «al delito de imprudencia de que se le acusaba en esta causa», sin hacer mención de la falta de imprudencia simple al parecer apreciada. para absolver de la misma o declararla prescrita.

Pues bien, partiendo de la base de que el disentimiento ha de ser apreciado por existir, en efecto, una grave incongruencia, que debe ser corregida, entre el contenido de los Considerandos Tercero, Cuarto y el Fallo dictado, aún cuando entendemos que, por una parte tiene más un carácter terminológico que conceptual y que, por otra parte, termina conduciéndonos, a través de parte del contenido de aquellos Considerandos, en relación con los hechos probados y el Considerando Quinto a una conclusión clara y que estimamos coincidente con la recogida en el Fallo, aún cuando no con la línea argumental que a él condujo.

En efecto, la Sentencia, partiendo en su Considerando Tercero de la afirmación de que la conducta del procesado es calificada por el Consejo de Guerra de «imprudencia simple», pone, en su Considerando Cuarto en entredicho dicha definición al hablar en forma condicional: «podría haber sido» «habría prescrito», por lo que, como bien señala el Auditor, por esta imprecisión, no sabemos a ciencia cierta si el Consejo estima o no la existencia de una falta de imprudencia simple, aunque, por otro lado y en lo que constituye un tercer estadio, la Sentencia recoge en los Considerandos citados la falta de prueba de haberse realizado el análisis por el procesado, el alto porcentaje de error que es normal en este tipo de análisis por causas que pueden ser ajenas al analista, la expresión «a lo sumo», al hablar de la posibilidad de existencia de una falta de imprudencia y, sobre todo, el comienzo del Considerando Quinto con la expresión: «Que tampoco concurre el requisito», lo cual parece una decisión, ya entonces congruente con el fallo, de la no existencia de la falta dubitada.

Por todo ello, la Sala estima, de acuerdo con el disentimiento, la existencia en la Sentencia disentida de una argumentación en parte incongruente, y en parte confusa, y entiende, tras el análisis ponderado de los hechos probados, sin entrar en interpretación distinta de la dada a los mismos en la Sentencia del Consejo de Guerra, y del estudio profundo de los Considerandos Tercero, Cuarto y Quinto de la misma, la no existencia de delito o falta alguno de imprudencia y la necesidad de disentir y dictar un nuevo Fallo.

CONSIDERANDO SEGUNDO.—Que las cuestiones previas de incompetencia de Jurisdicción planteadas por el Defensor, como las de posible nulidad de actuaciones, señaladas por el Defensor y el Fiscal Togado, han sido ya resueltas en sentido denegatorio y en momento procesal oportuno, tanto por la Autoridad Judicial como por esta Sala de Justicia, por lo que no procede volver sobre ellas al ser inoperantes, tanto por haber sido ya resueltas como por el momento procesal, acto de la Vista, en que se encuentra el procedimiento.

CONSIDERANDO TERCERO.—Que no siendo en consecuencia constitutivos los hechos de delito o falta alguna, huelga hablar de autoría, así como de circunstancias modificativas de la responsabilidad cri-

minal de las prevenidas en los artículos ocho a once, ambos inclusive, del Código Penal.

CONSIDERANDO CUARTO.—Que en consecuencia no son de exigir responsabilidades civiles algunas de las prevenidas en el artículo ciento uno y siguientes del Código Penal.

VISTOS: los artículos citados, sus concordantes, y de más de general y oportuna aplicación.

FALLAMOS: Que con estimación del disenso planteado y con revocación parcial de la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra, declaramos que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** con todos los pronunciamientos favorables al procesado Comandante Médico Don M. G. M., por no ser los hechos constitutivos de delito o falta alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Para su cumplimiento, y con testimonio de esta Sentencia, devuélvase las actuaciones al Excmo. Sr. Capitán General de la Segunda Región Militar, de cuya Jurisdicción proced.: Y remítase testimonio de esta Sentencia al Ministerio de Defensa (Cuartel General del Ejército), de conformidad con lo prevenido en el artículo ochocientos cuarenta del Código de Justicia Militar.

Sentencia de 10 de mayo de 1984.

Recurso de revisión.

RESULTANDO PRIMERO.—Que en la Causa número 736/78 de la Capitanía General de la Novena Región Militar, recayó Sentencia, dictada por Consejo de Guerra Ordinario, reunido en la Plaza de Melilla, el día 1.º de abril de 1982, en la que se declaran probado los hechos siguientes: «Que el día veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y ocho, el Legionario ANTONIO J. V., sin antecedentes penales, se ausentó de su Unidad, Tercio Gran Capitán I de la Legión, sin autorización de sus superiores, permaneciendo en ignorado paradero y fuera de todo control militar hasta el día nueve de Octubre de mil novecientos ochenta y uno, que se presentó voluntariamente en el Gobierno Militar de Mérida. Al ausentarse de su Unidad pasó el mismo día a Marruecos, y desde la ciudad de Tánger viajó en Avión hasta Portugal, donde ha permanecido todo el tiempo que ha durado su ausencia». Tales hechos fueron calificados como constitutivos de un delito consumado de desertión al extranjero, previsto y penado en el Art. 374 del Código de Justicia Militar, sin la concurrencia de circunstancias eximentes ni modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS de prisión militar con pérdida de tiempo para el servicio y anti-

güedad, y la accesoria de destino a Cuerpo de Disciplina, por el tiempo que, después, debe servir en filas, con arreglo a la legislación de reclutamiento, y descontándose para todos los efectos el de condena, abonándosele para el cumplimiento de la pena principal el tiempo de privación de libertad sufrido a resultas de la presente Causa y sin que, por último, se haga expresa declaración de responsabilidad civil. El Auditor de Guerra de la Región propuso la aprobación de la Sentencia, para que ésta quedara firme, y el Excmo. Sr. Capitán General de la Novena Región Militar, de conformidad con el Dictamen de su Auditor, acuerda aprobar la Sentencia y declararla firme y ejecutoria, con fecha veinte de abril de mil novecientos ochenta y dos.

RESULTANDO SEGUNDO.—Que, con fecha ocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres, en todo caso posterior a ser firme y ejecutoria la Sentencia de autos, se une Acta de inutilidad relativa al condenado, toda vez que el Tribunal Médico Militar de Inútiles de la Plaza de Melilla, en sesión celebrada en Melilla el veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, declaró que el expresado legionario padece Debilidad mental con trastornos del carácter, enfermedad incluida el Grupo I Letra C núm. 7 del Cuadro de exenciones del 16 de diciembre de 1969 (BO. núm 300), enfermedad contraída con anterioridad a su concentración, y el Auditor de Guerra estimó que, dado que dicha certificación médica era inexistente en el momento de dictar Sentencia, y que tal documento supone, la aparición de una prueba indubitada, cuyo conocimiento sólo fue posible con posterioridad a la Sentencia, estimando que pudiera considerarse previsto en el n.º 6 del Art. 954 del Código de Justicia Militar, y que, en consecuencia, pudiera revisarse la Sentencia, y de conformidad con cuanto dispone el Art. 959 del Código Castrense, remitió a este Consejo Supremo de Justicia Militar, razonada y documentada propuesta, para que, si lo estima procedente, se revise la Sentencia dictada en la referida Causa.

RESULTANDO TERCERO.—Que, recibidas las actuaciones en este Consejo Supremo, y turnadas a la Relatoria de Marina, se pasaron a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado, por acuerdo de la Sala de Justicia, quien, apreciando la concurrencia del caso n.º 6.º del Art. 954 del Código Castrense, propuso la admisión a trámite y la inmediata puesta en libertad del reo, en evitación de los irreparables perjuicios que pudieran ocasionarse, como así se acordó en la Sala de Justicia, en Providencia de 22 de junio de 1983, que acordó admitir a trámite la propuesta de revisión, por aparecer en principio comprendida en el motivo 6.º del Art. 954 del Código de Justicia Militar; pasar la Causa y el presente Rollo a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado; que por la Relatoria se practiquen las diligencias necesarias para la personación del reo, me-

diante defensor, a fin de que formule las alegaciones que a su derecho convengan.

RESULTANDO CUARTO.—Que, informado de nuevo, el Excmo. Sr. Fiscal Togado, en el trámite del Art. 974 del Código de Justicia Militar, emite informe, estimando que procede adhesión a la razonada propuesta de revisión y que, en consecuencia, no estimando necesario la aportación de nuevos antecedentes, se revise la Sentencia, a la que se adhiere la defensa, estimando que concurren todos los requisitos que señala el n.º 6.º del art. 954 del Código de Justicia Militar.

RESULTANDO QUINTO.—Que, una vez evacuados los anteriores trámites, la Sala de Justicia, en sesión celebrada el 11 de noviembre de 1983, acordó dar por concluso el Expediente de Revisión, y dispuso que, tras la formación de apuntamiento e instrucción del Consejero Ponente designado, Excmo. Sr. Consejero Togado, Don Ignacio Díaz de Aguilar y de Elizaga, y, una vez cumplimentado, pasaran los autos a este Consejo Reunido en Sala de Justicia, para su conocimiento y fallo, sin el trámite de vista pública e informe oral, de acuerdo con lo prevenido en el Art. 969 del Código de Justicia Militar.

RESULTANDO SEXTO.—Que, en la tramitación de este Recurso se han observado todas las prescripciones legales vigentes.

CONSIDERANDO PRIMERO.—Que el hecho realizado por el legionario ANTONIO J. V. está en relación directa con la enfermedad contraída con anterioridad a su incorporación a filas, enfermedad de tal trascendencia que, por el Tribunal Médico Militar se le declara excluido total para el servicio militar, y, en consecuencia, para la permanencia en filas del aludido legionario, hecho que era desconocido durante la tramitación de la Causa, así como al dictarse y aprobarse la sentencia, y que, dado su importancia y trascendencia, se debe considerar como prueba indubitada, suficiente para evidenciar el error del Fallo, por ignorancia de las mismas, y que, de haberse conocido, el Fallo hubiera sido distinto del que se produjo.

CONSIDERANDO SEGUNDO.—Que los hechos, tal como han sido narrados en los antecedentes, están claramente previstos en el n.º 6 del Art. 954 del Código de Justicia Militar, toda vez que, dada la naturaleza de la enfermedad padecida por el referido legionario, le priva al agente de la inteligencia indispensable para prestar el servicio militar, por no existir la voluntad necesaria para obrar conforme al conocimiento normal de un soldado en filas, por lo que se está en el caso de anular la Sentencia dictada en la Causa setecientos treinta y seis de mil novecientos setenta y ocho de la Novena Región Militar.

VISTOS los Artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos, estimando el Recurso de Revisión formulado por el Excmo. Sr. Capitán General de la Novena Región Militar, contra la Sentencia dictada en la Causa setecientos treinta y seis de mil novecientos setenta y ocho, seguida al Legionario ANTONIO J. V., nula dicha Sentencia dictada con fecha uno de abril de mil novecientos ochenta y dos, por la que se le condenaba, como autor de un delito consumado de deserción al extranjero del Art. 374 del Código de Justicia Militar, sin la concurrencia de circunstancias eximentes ni modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión militar con pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad, y la accesoria de destino a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que, después, debe servir en filas, con arreglo a la legislación de reclutamiento, y descontándosele para todos los efectos el de condena, abonándosele para el cumplimiento de la pena principal el tiempo de privación de libertad sufrido a resultas de la presente Causa, sin declaración expresa de responsabilidades civiles, ordenando a la Autoridad Judicial de la Novena Región Militar que se tramite y falle de nuevo la Causa.

Para cumplimiento, remítase testimonio de esta Sentencia a la Capitanía General de la Novena Región Militar, con devolución de la Causa a que se ha hecho mención.

Así por ésta, nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sentencia de 27 de junio de 1984.

Recurso de casación por infracción de Ley.

Delito de insulto a superior, con resultado de muerte.

PRIMER RESULTANDO.—Que reunido el Consejo de Guerra de la Sexta Región Militar en Burgos el veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y tres, dictó sentencia cuyo resultando de hechos probados, dice lo siguiente: «Que sobre las veintidós treinta horas del día seis de mayo de mil novecientos ochenta y uno, el procesado, en aquel entonces Guardia Civil, D. JUAN P. F., de quien no constan antecedentes penales, y de regular conducta informada en Autos, quien había entrado a prestar servicios de los denominados «de Puertas», en el Acuartelamiento del Puesto de Quincoces de Yuso a las diez horas de dicho día, se dirigió al despacho del Comandante de dicho puesto, Cabo de la Guardia Civil D. Juan M. C., el cual se hallaba realizando en aquel momento la labor de nombramiento de los servicios para el día siguiente, pidiendo permiso para acostarse en el cuarto de puertas con

arreglo a la costumbre seguida habitualmente en dicho lugar, a lo cual el Superior le contestó que aguardase a que terminara el trabajo que estaba realizando y que entonces se podría acostar. El procesado, visiblemente molesto ante la respuesta del Cabo, comenzó a discutir con el mismo, haciendo caso omiso a las advertencias que este le hacía de que permaneciera en el lugar y adoptando incluso una actitud de manifiesto desacato ante la orden referida, saliendo de la estancia donde ambos se encontraban y yéndose a buscar un colchón, por lo que el Cabo M. C. salió detrás de él, asiéndole del hombro, momento en que el procesado desenfundó la pistola que reglamentariamente tenía asignada, apuntando con ella al Cabo, y saliendo acto seguido del edificio donde se ubican las dependencias oficiales de la Casa Cuartel, mientras que el Cabo se quedaba dentro, cerrando la puerta de acceso a la misma y pasando al Cuarto de Puertas, al comprobar la actitud amenazadora del procesado. Al observar éste —que se había situado en la parte exterior de una de las ventanas de dicho cuarto para comprobar la actitud que tomaba el Cabo— que este último se encontraba dentro de la estancia y que había apagado la luz de la misma al ver que el inferior esgrimía la pistola contra él, pero que ofrecía un blanco seguro por estar suficientemente iluminada la habitación por la luz del pasillo, efectuó contra el mismo hasta cinco disparos, uno de los cuales alcanzó al Superior entrando por la zona occipitolateral izquierda, saliéndose por el ojo izquierdo; y otro por el hemitorax derecho debajo y por dentro de la mamila derecha, y salió por el hipocóndrio derecho, ocasionándole lesiones de tal gravedad que fueron causa determinante del fallecimiento prácticamente inmediato del Cabo M. C.. Acto seguido comparecieron en el lugar de los hechos la esposa del extinto y el Guardia Civil D. José G. A., éste último portando el Subfusil marca Z-70 que tenía reglamentariamente asignado, a quien el procesado entregó la pistola con la que había realizado los disparos, y que se había encasquillado después de haber sido disparada cinco veces. El citado procesado ha sido sometido a minuciosos reconocimientos periciales psiquiátricos, durante la tramitación del procedimiento, que han dado como resultado que el mismo tiene una personalidad psicopática esquizo-paranoide, sin psicosis de ningún tipo. HECHOS QUE EL CONSEJO DE GUERRA DECLARA PROBADOS.»

Y en la parte expositiva que: «los hechos declarados probados son constitutivos de insulto a Superior en acto de servicio de armas, con resultado de muerte, previsto en el párrafo primero del artículo trescientos diecinueve del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo doscientos cincuenta y seis número dos del mismo, y con el artículo noventa y dos del Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia

Civil, de catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, y penado en el artículo trescientos diecinueve del Código Castrense, en relación con el artículo primero del Real Decreto Ley cuarenta y cinco/setenta y ocho, de veintiuno de diciembre, concurriendo las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Atenuante calificada, prevista en el artículo ciento ochenta y nueve, segundo, en relación con el artículo ciento ochenta y cinco, primero, del Código de Justicia Militar, eximente incompleta de enajenación mental; y el agravante de la alevosía, previsto en el artículo ciento ochenta y siete, número uno, del citado Código de Justicia Militar.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado, JUAN P. F., como autor responsable de un delito de insulto a Superior ya apreciado, con la concurrencia de la circunstancia atenuante calificada prevista en el número segundo del artículo ciento ochenta y nueve, en relación con el número primero del artículo ciento ochenta y cinco del Código de Justicia Militar, y del agravante previsto en el número uno del artículo ciento ochenta y siete del mismo, a la pena de VEINTE AÑOS DE RECLUSIÓN, con la accesoria de inhabilitación durante el tiempo de la condena y la expulsión de las filas del Ejército, con pérdida de todos los derechos adquiridos en él, sirviéndole de abono para el cumplimiento de la pena principal el tiempo de privación de libertad sufrido con carácter preventivo durante la tramitación de esta causa. Declarando finalmente que, en conceptos de responsabilidades civiles, el procesado JUAN P. F., y en caso de insolvencia del mismo el Estado, deberán abonar a D.^a María del Carmen C. C. la cantidad de DOS MILLONES DE PESETAS.»

RESULTANDO SEGUNDO.—Que el Letrado Defensor del citado procesado preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de casación contra la citada sentencia por tres motivos de infracción de Ley al amparo del artículo trece de la Ley Orgánica nueve/ochenta de seis, de noviembre y de los artículos ochocientos cuarenta y siete y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se relacionan seguidamente:

Motivo primero de casación: Por infracción de Ley, con base en el número dos del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba. Lo fundamenta en el resultante de documento auténtico que muestra la equivocación evidente del juzgador, y que no está desvirtuado por otras pruebas, por cuanto, en la forma de la condición de los hechos, afirma la Sentencia que hubo aseguramiento propio del reo e indefensión por parte de su defendido, lo cual es contrario a lo que constata el documento croquis del folio nueve y el informe de autopsia sin que

haya ningún principio de prueba que lo contradiga, alegando situación en que quedó tendida la víctima, la discusión surgida entre las partes y la posible conducta del cabo al tomar el Cetme, con fundamentos legales que aporta en su recurso.

Segundo Motivo: Por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del número dos del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al exponer que el cauce de casación que determina la sentencia de veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y dos del Tribunal Constitucional que recoge como infracción de Ley, el derecho personal a la presunción de inocencia el artículo veinticuatro párrafo segundo de la Constitución, y esto es así porque se aprecia error probatorio al afirmarse el aseguramiento sin riesgo del culpable y la indefensión de la víctima que al no existir, da lugar a la no apreciación de la presunción constitucional indicada, alegando los fundamentos de derechos que estime pertinente en su recurso.

Tercer Motivo: Al amparo del número primero del artículo ochocientos cuarenta y nueve del Código Procesal Penal, infracción de Ley por aplicación indebida de las circunstancias agravantes de alevosía prevista en el artículo ciento ochenta y siete número uno del Código de Justicia Militar y diez número uno del Código Penal. Porque dice que dados los hechos probados en la sentencia, se han inaplicado dichos artículos, en relación con el número uno del artículo diez del Código Penal, al no haberse justificado la existencia, ni el empleo de medios, modos o formas de asegurar al procesado la ejecución, sin riesgo de la defensa que pudiera ser el ofendido. Estableciendo para ello la presunción de situación de riña o agresión mutua entre las partes; lo pequeño que es el Cuartel y la situación mental de su patrocinado, que por impulso subsiguiente a una agresión ilegítima, de por sí diluye la cuestión de la agresión a un Superior, con los argumentos legales que estima pertinentes.

RESULTANDO TERCERO.—Que dado traslado del recurso de casación por infracción de Ley al Excmo. Sr. Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, se da por instruido, y propone la inadmisión de los dos primeros motivos alegados por el Letrado Defensor, con fundamento en el primero que el croquis no es un documento auténtico y en el segundo por el mismo razonamiento, y se opone en cuanto al contenido del tercer motivo, acordando la Sala por diligencia se de traslado de la copia del escrito del Excmo. Sr. Fiscal Togado a la representación del procesado para dar cumplimiento al artículo ochocientos ochenta y dos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quien presenta escrito en tiempo y forma para sostener la admisibilidad de los motivos desechados por el Fiscal, estableciendo las consideraciones y argumen-

tos legales en la contestación que formula en tiempo y forma, acordando la Sala de Justicia, la admisión de los tres motivos a los efectos de trámite y continuación del recurso.

RESULTANDO CUARTO.—Que los tres motivos de casación aludidos se hayan autorizados por los artículos ochocientos cuarenta y siete y ochocientos cuarenta y nueve, primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según el artículo ochocientos cuarenta y siete de la citada ley procesal, procede el recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, contra todas las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia; y, en este caso, contra la dictada por el Consejo de Guerra a tenor de lo dispuesto en el artículo trece de la Ley Orgánica nueve/ochenta de Reforma del Código de Justicia Militar. Y conforme al artículo ochocientos cuarenta y nueve números uno y dos de la Ley Procesal Penal, podrán interponerse por infracción de Ley cuando se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo o haya habido error de hecho si resulta éste de documento auténtico que muestre la equivocación evidente del juzgador.

RESULTANDO QUINTO.—Que en el acto de la vista, que tuvo lugar en esta fecha, el Ministerio Fiscal mantuvo su oposición al recurso y la defensa del procesado los sostuvo, con fundamento en definitiva de los propios argumentos antes citados.

CONSIDERANDO PRIMERO.—Que al estar fundado el primer motivo de casación en el artículo ochocientos cuarenta y nueve, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, se hace preciso analizar si hubo el citado error dimanante de documentos auténticos, y admitiendo a tales efectos la Sala como documentos auténticos el croquis del lugar y diligencias de autopsia, llevados a cabo por perito y averdados por el Juez, es preciso analizar si de éstos se deduce tal error esencial, que desvirtúen la narración de hechos de la sentencia. El recurrente afirma que sí lo hubo y expone que según el croquis el interfecto quedó tendido, no en el cuarto de puertas, sino en el vestíbulo de las dependencias, lo que presume que anduviera los pasos necesarios desde el cuarto de puertas a dicho vestíbulo, luego se desvirtúa la supuesta «posición ventajosa», tendente al aseguramiento de la ejecución del hecho sin riesgo para su persona. En todo caso afirma que con motivo de la discusión surgida por la negación del permiso para acostarse estaba su patrocinado visiblemente molesto y discutió con la víctima, momento en que el procesado desenfundó la pistola, apuntado con ella al Cabo, quien pasó al cuarto de puertas para comprobar la actitud amenazadora de éste. Afirmando ante esta situación de lucha y amenaza, el Cabo que apagó la luz del cuarto de puertas, pudo echarse al suelo, defenderse con su pis-

tola o con el Cetme que estaba a su lado, y guarecerse tras de los muebles de dicho cuarto. Terminando con la afirmación que de la autopsia se desprende que aunque hubieran sido cinco los disparos producidos, sólo dos alcanzaron al difunto.

Estas presunciones que no están justificadas ni por indicios en el procedimiento, excepto en el lugar que quedó la víctima y ello fue, según manifiesta el procesado, porque al recibir los impactos se iba agachando y resulta absurdo pensar que la víctima estuviera en el pasillo al recibir los impactos de los disparos, por existir una pared de por medio en la trayectoria, lo sucedido es que una vez herido mortalmente pretendió huir, y de ahí que de los cinco disparos sólo le alcanzarán dos, por ello, carecen de base alguna y están en contra de todas las sentencias que se han referido al artículo ochocientos cuarenta y nueve apartado segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así la de 12 de noviembre de 1974, dice que no basta suponer gratuitamente que se ha cometido error de hecho sino que es preciso que exista algún motivo racional.

El Tribunal Supremo tiene que aceptar los hechos como están consignadas las sentencias y sobre los que declare probados la Sala sentenciadora en uso de sus exclusivas facultades no cabe discusión alguna. (S. 9-10-1880; CJ., V, II, 69) (Análogas SS. 19-4-1873, CJ. V, I, 219; 13 y 26-10-1874, CJ., V, II, 80 y 87; 14-1-1876, CJ., V, I, 38; 22-3-1880, CJ., V, I, 109; 9-7-1885, CJ., V, II, 32; 27-1-1892, CJ., V, I, 49; 25-1-1896, CJ., V, I, 68; 1-12-1927, CJ. V, II, 118; 19-6-1928; CJ., V, I, 294; y muchas más).

Para que pueda existir notorio error es preciso que se contemple manifiesta discrepancia entre lo que el Consejo de Guerra ha declarado cierto y lo que de modo patente resulta de las actuaciones, ya que la frase de «notorio error» empleada por la Ley significa equivocación clara, explícita e indudable (SS. de 16 de marzo 1953, 29 de enero 1958, 2 y 6 de abril 1960, 5 de febrero 1964, 18 de noviembre 1970 y 25 de febrero 1972). Es decir, que se acompañe al acto o documento auténtico del que con toda evidencia se desprenda la equivocación del juzgador no contradicha además por ninguna otra prueba, habida cuenta que el artículo setecientos cuarenta y uno de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a la Sala sentenciadora de instancia la facultad privativa de apreciar la prueba según su conciencia y estos extremos no pueden ser desvirtuados por las presunciones de lucha y amenaza, de que la víctima pudo echarse al suelo, o de que pudo defenderse o guarecerse, sin que se deduzca de ningún folio del procedimiento estas suposiciones, en consecuencia el recurso en estudio obedece a un falso concepto de la casación, y para sostenerlo precisaría prescindir cual si no existieran, de los dos preceptos cardinales que rigen el conocimiento de la prueba, el

artículo setecientos cuarenta y uno y el número dos del ochocientos cuarenta y nueve de la Ley Procesal aplicable, y cuyos textos glosan a través de largos años repetidísima jurisprudencia pese a la que su doctrina firme se echa todavía en olvido, hasta provocar nuevas invocaciones de los siguientes principios que resumen la técnica de dicha materia: a) La facultad de enjuiciar la prueba corresponde exclusiva a los Tribunales de Instancia, sin más limitación que la impuesta por los dictados de la propia conciencia de los juzgadores, b) Los hechos probados no pueden impugnarse en casación, salvo que algún documento o acto auténtico evidenciasen hubo error esencial.

En conclusión, el número dos del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no autoriza el recurso de casación por infracción de Ley derivado de una pretendida resultancia de la prueba documental practicada en el juicio que conduzca a conclusiones distintas de las que fueron establecidas por la Sala sentenciadora en la resolución final de aquél, sino que concreta la acción justificativa del recurso a la existencia de un error de hecho de la sentencia combatida, deducido de documentos auténticos que lo demuestran así con evidencia, y de ello se desprende que por esta vía no se puede traer a casación hipótesis, conjeturas ni deducciones consecutivas a análisis de la prueba practicada, sino una afirmación categórica de la existencia de un error de hecho precisamente perfilado, y la de un documento auténtico, también precisado y concreto, que lo evidencie, esto es, que tenga la fuerza suficiente para poner de relieve sin equívocos ni posibles controversias aquella equivocación imputada.

Por lo que antecede es visto que se estime pertinente o impertinente las apreciaciones personales, como en el presente caso se alega por la defensa y las consideraciones a que se alude, notoriamente carecen del carácter que exige la Ley para casar una sentencia por error de hecho en la prueba y por cuya razón procede la desestimación del recurso interpuesto en cuanto al primer motivo.

CONSIDERANDO SEGUNDO.—Que el segundo de los motivos del recurso interpuesto por la representación del procesado al amparo del artículo ochocientos cuarenta y nueve, apartado segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, está basado por error de hecho en la apreciación de la prueba alegando la infracción del artículo veinticuatro, número dos, de la Constitución, sobre el derecho personal a la presunción de inocencia, en relación con el número uno de la misma, porque se aprecia, con error probatorio el aseguramiento sin riesgos del culpable, y la indefensión de la víctima, al no existir, dice, da lugar a la no apreciación de la presunción constitucional indicada, afirmando que existe un error in-judicando, por infracción de la presunción de inocen-

cia, ya que se imputa a su cliente esa ventaja en la imputación con indefensión de la víctima. A este efecto, el principio de inocencia del artículo veinticuatro, apartado segundo, de la Constitución se ha de estimar sobre hechos en que puede prosperar el principio de la ley favorable al reo cuando se está en la duda de si es o no culpable, pero no en el caso de autos donde el procesado da muerte a una persona, y es sorprendido in fraganti en la referida acción, su culpabilidad queda clara desde el primer momento sin que tenga por qué presumirse la inocencia en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que es una cuestión que en juicio de valor corresponde al Tribunal conforme a conciencia, una vez resuelta la participación en el delito. Por ello la Sala observa en la formación y tramitación del presente motivo una falta de claridad respecto de las características propias del recurso habida cuenta que más es una cuestión de inconstitucionalidad, que de recurso de infracción de Ley. Ello evidencia que lo que solicita de esta Sala no es, una nueva sentencia, dictada por ausencia de pruebas en la anterior, sino una sentencia basada en una apreciación de la prueba y ello es cosa que claramente escapa del concepto de la casación pues la Sala mal puede y debe garantizar el respeto a la presunción de inocencia y estimar, en caso de recurso, si esta presunción de carácter *iuris tantum* ha quedado desvirtuada, pero esta estimación ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de Instancia a quien corresponda, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Por lo que procede y la Sala acuerda la desestimación de este segundo motivo de casación que carece de consistencia legal a los efectos de aplicar o no la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de «alevosía», como derecho personal de presunción de inocencia.

CONSIDERANDO TERCERO.—Que no mejor suerte ha de llevar el tercer motivo de casación planteado por la defensa al amparo del artículo ochocientos cuarenta y nueve apartado primero del Código Procesal Penal, por infracción de Ley y aplicación indebida de las circunstancias agravantes de alevosía prevista en el artículo ciento ochenta y siete, número uno, del Código de Justicia Militar y diez, número uno, del Código Penal. Todo ello porque vuelve a insistir en intentar alterar la declaración de hechos probados que el Tribunal de Instancia en su día se basó, presumiendo una riña o agresión mutua que no deduce de ningún folio; que el cuartel era pequeño, como si ello tuviera trascendencia para los hechos de autos, y que la exigente incompleta de enajenación mental, subsiguiente a una agresión ilegítima aminora la cuestión de la agresión a un Superior.

El concepto tradicional de alevosía es la ejecución de un delito sin exposición o peligro alguno para la persona del culpable, por la defensa que pudiera ser el ofendido, bastando que los medios empleados encaminen a facilitar el propósito delictivo del culpable y que por ello sea precisamente difícil una reacción de defensa, así la Sentencia de veintiséis de junio de 1925, siete de julio de 1942, 17 de diciembre de 1966 y 28 de febrero de 1972, exigen la busca o aprovechamiento de cuantas situaciones de indefensión absoluta signifiquen garantía para el agresor, como sucede en los hechos de autos que dispara el procesado cinco veces sobre el ofendido desde una ventana cuando este último se encontraba indefenso dentro de la habitación del cuarto de puertas. La jurisprudencia más reciente ha venido extendiendo el concepto de este agravante a un predominio del aspecto objetivo en el sentido de que es independiente de la imputabilidad del autor estableciendo que no es preciso que los medios o formas hayan sido escogidos con antelación, bastando que se utilice en el momento de la ejecución, Sentencias de 31 de enero de 1970, 16 de marzo de 1965 y 25 de noviembre de 1974. Así como que es compatible con la eximente incompleta de estado mental deficiente y trastorno mental transitorio, Sentencias de 21 de noviembre de 1930, 4 de marzo de 1957 y 6 de abril de 1972, por lo que la apreciación que hace el Tribunal de instancia de estas circunstancias modificativas de responsabilidad criminal no impiden ni es incompatible con la agravante de esta responsabilidad de alevosía y en consecuencia la Sala acuerda desestimar también este tercer y último motivo de casación.

CONSIDERANDO CUARTO.—Como resumen al estudio del presente recurso de casación, es necesario puntualizar que los hechos de autos se ha enjuiciado un delito previsto en el título décimo del Código de Justicia Militar «delito contra la disciplina militar», de insulto a Superior en acto de servicio de armas que le ha ocasionado la muerte, calificado en el artículo trescientos diecinueve del Código de Justicia Militar y sancionado en el mismo artículo con la pena de muerte, si bien con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto Ley cuarenta y cinco/setenta y ocho, de veintiuno de diciembre (B.O.E. 306), la pena de muerte quedará sustituida por la de treinta años de reclusión en tiempo de paz; luego es pena única sin formación de grado y en este delito el Consejo de Guerra apreció la atenuante calificada del artículo ciento ochenta y nueve apartado segundo en relación con la del artículo ciento ochenta y cinco, apartado primero, de eximente incompleta de la responsabilidad criminal, por lo que impuso la pena inferior en un grado conforme al artículo ciento noventa y tres y doscientos treinta y nueve, todos ellos del texto Castrense, estimando de otro lado la agravante de la responsabilidad criminal del artículo ciento ochenta y siete, apartado primero, del citado texto, denominada de alevosía, y la condena que se impuso

por el Tribunal de Instancia es de veinte años de reclusión.

CONSIDERANDO QUINTO.—Que si bien los artículos setecientos noventa y siete, setecientos noventa y ocho y siguientes facultan a las Autoridades Judiciales para aprobar o disentir las Sentencias dictadas por el Consejo de Guerra, tal facultad debe entenderse subsistente sólomente en el caso de que las partes no hayan interpuesto recurso de Casación que haya sido admitido a trámite, toda vez que quebraría el principio de la sanidad de la cosa juzgada y se infringiría el artículo novecientos cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que, las Sentencias dictadas en Casación, son firmes y ejecutorias y contra las mismas no cabe recurso alguno, y como tal habría de entender el de alegaciones de las partes que darían lugar, en caso de producirse el disentimiento, a una nueva Sentencia de esta Sala para su resolución definitiva, por lo que esta Sentencia ha de ser firme y ejecutoria.

VISTOS los artículos citados, los preceptos legales concordantes y demás de general uso y aplicación.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el Defensor del procesado Guardia Civil DON JUAN P. F., contra la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra Ordinario celebrado en la Plaza de Burgos el veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y tres, sin declaración de costas por la naturaleza del proceso militar, debiendo la Sentencia recurrida declararse firme y ejecutoria en los propios términos de su fallo sin más trámites.

Así por nuestra Sentencia, irrevocablemente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Para su cumplimiento y con testimonio de esta Sentencia, devuélvase las actuaciones al Excmo. Sr. Capitán General de la Sexta Región Militar, de cuya Jurisdicción proceden.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Prof. Dr. Nicolás GONZALEZ-DELEITO

*Profesor Ordinario de la Universidad
Pontificia de Comillas.
Profesor numerario de la Universidad
Complutense.
Académico correspondiente de la Real
de Jurisprudencia y Legislación.
Colaborador de la Escuela de Estudios
Jurídicos del Ejército.*

Las sentencias reseñadas a continuación reafirman por la Sala Segunda del Tribunal Supremo la doctrina que el más alto órgano jurisdiccional ha sustentado siempre —con más o menos variante, de matización exegética— sobre materias del mayor interés doctrinal y pragmático.

Así, en un caso de *homicidio* perpetrado por un miembro de la Policía Nacional, fuera de actos de servicio y vestido de paisano, se estima el recurso del Abogado del Estado y se anula el pronunciamiento condenatorio de la Audiencia contra el Estado —al que consideraba responsable civil subsidiario el Tribunal «a quo».

En la *omisión del deber de socorro* se declara doloso y no culposo el hecho de infringir los deberes que imponen la educación cívica y la convivencia ciudadana en situación de peligro o indefensión en que pueden hallarse los seres humanos.

En el *desacato* se rechaza la posibilidad de excluir el injusto mediante la *exceptio veritatis*, por cuanto el sujeto pasivo no es una autoridad o funcionario determinado, sino «el principio de autoridad».

En los recursos sobre *desórdenes públicos* se puntualiza el elemento subjetivo propio de los *delitos de tendencia o finalísticos* (elementos típicos subjetivos dados en el autor y elementos típicos subjetivos dados fuera del autor —alarma, repulsa social—).

Y en un supuesto de *tenencia ilícita de armas* se configura el delito como *formal* y de *tipicidad objetiva* (basta la posesión o tenencia de armamento y la carencia de licencia o autorización, para que el delito se produzca, abstracción hecha de motivaciones subjetivas).

En definitiva, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo refleja la influencia de Welzel (el delito, *acción final*, más que acción causal) y de Merger (la culpabilidad, conjunto de presupuestos de la pena que justifican frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, apareciendo la acción como «expresión jurídicamente, desaprobada de la personalidad del agente»).

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1984

Audiencia de origen: SORIA.

Delitos: Homicidio, Amenazas.

Desestimación del recurso del procesado y estimación del interpuesto por el Abogado del Estado.

PONENTE: SR. GÓMEZ DE LIAÑO.

ANTECEDENTES.—En la Audiencia Provincial de Soria fue vista y fallada la causa seguida en el Juzgado de Instrucción de dicha capital contra *Antonio L. S.* por homicidio y amenazas. La cualidad de miembro de la Policía Nacional concurrente en el procesado (aun habiendo actuado vestido de paisano y fuera de todo servicio de su clase) planteó problemas jurídicos a que más adelante se ha de hacer referencia.

Por la mencionada Audiencia, se dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 1981, que contiene el siguiente: 1.º RESULTANDO: Probadamente y así se declara que: el procesado Antonio, Policía Nacional en prácticas, con carnet profesional núm. 54.942, con destino en la guarnición de Soria desde el 17 de abril del mismo año, de 24 años de edad, y sin antecedentes penales, el 26 de abril de 1978, sobre las once u once y media de la noche, entró en el Bar tipo Barra Americana servido por camareras, llamado «Metro» situado en la ciudad de Soria, vestido de paisano, para alternar y tomar unas copas, llevando consigo la pistola reglamentaria marca «Star» número 1.356.948, calibre 9 mm. cargada con seis proyectiles del nueve corto, y que no había querido dejar en su alojamiento, porque se trataba de una pensión, en la que se hospedaban personas a las que no conocía bien. Antonio se instaló en la barra y primero bebió un cuba-libre, que le pareció se hallaba en malas condiciones, y luego quiso invitar a tomar una copa a la Camarera María del Rosario, de 17 años de edad, y ésta rechazó el convite, e incluso le pidió

en seguida la cuenta de la consumición con tono áspero. Tales incidentes, hipervalorados por el procesado como desprecios a su persona y a su condición de Policía, que sabía que conocían la empleada y el dueño y el encargado del Bar, le produjeron un sordo resentimiento y el deseo de compensar la pequeña humillación sufrida, con alguna intervención en que hiciera valer su autoridad y pudiera imponer su voluntad, y por ello, cuando sobre las doce y media de la noche llegaron al establecimiento Juan, vendedor ambulante, y su esposa María de los Angeles y el primero mostró al encargado y al dueño del Bar una caja que contenía discos, cassettes y publicaciones de dudosa moral, Antonio se acercó al vendedor, intentando ver la mercancía depositada en la barra y se dirigió a Juan preguntándole si tenía permiso para la venta que realizaba, éste le contestó afirmativamente, y a la vez requirió al procesado para que se identificase; Antonio sacó la cartera mostrándole la tarjeta profesional y en seguida la volvió a guardar, y el vendedor le contestó que se la enseñase de nuevo, porque con la poca luz no había podido verla bien. Mientras sucedía este incidente, había crecido la irritación del procesado, ante el tono despectivo de Juan, y por las frases recriminatorias que le dirigían el encargado Francisco y alguna otra persona presente en el Club, y por ello, movido por el deseo de intimidarles y de hacerles deponer su actitud de desprecio, sacó la pistola y apuntó con ella a Juan en la sien, diciéndole que «lo que ensañaba era eso». Entonces empezaron a increpar al policía el encargado del bar, que le dijo «guarda eso y no seas gilipollas», y algunos clientes; Antonio no quiso deponer su actitud por pensar que ello le haría quedar en situación de sairada y para evitar posibles ataques de algunos de los concurrentes, se fue retirando de la barra y retrocediendo hacia una esquina en que se hallaba el tocadiscos, mientras encañonaba a todos los presentes y les conminaba a que no se movieran y a que no tocaran la caja que había traído Juan Cano. Las personas presentes en el bar eran, aparte del dueño, el encargado, cuatro camareras, el vendedor y sus dos acompañantes, y unos 4 ó 5 clientes. Entonces, uno de éstos, Luis, de 30 años de edad, de mediana estatura, constitución asténico-atlética y talante decidido y retador, empezó a dirigir a Antonio frases como la de «guarda el arma», «no tienes cojones para disparar», «como sólo tienes cinco tiros, una vez que los dispares, los demás se te echarán encima», «eres un valiente con una pistola, pero no creo que tengas valor para disparar» y otras similares, se fue acercando hacia el procesado, que apuntándole con el arma, le ordenó que retrocediera, lo que Luis hizo, pero al cabo de un poco tiempo, cogió una moneda y enseñándosela a los presentes dijo que iba a poner un disco y se fue acercando hacia donde estaba el policía, que le conminó varias veces para que no se aproximase, a lo que el otro contestaba que sólo iba a poner música. Antonio sintió te-

mor de que Luis quisiera desarmarle y lo consiguiera, y al mismo tiempo sensación de ridículo ante la actitud despreocupada y despectiva de dicho sujeto, por lo que, movido por un gran nerviosismo y por el impulso de hacer cesar aquella situación, cuando Luis se hallaba a poca distancia y de frente, Antonio empezó a disparar contra él, haciendo seis disparos, de los que alcanzaron a Luis cuatro, uno, el primero, que penetró en la ingle izquierda, dos entraron por vacío derecho, al girarse algo la víctima, y atravesaron la zona abdominal, produciendo diversas perforaciones intestinales, y el último que penetró por hombro izquierdo y fue a alojarse a nivel del tercio externo clavicular. Inmediatamente después, Antonio salió del local, y se presentó en el Cuartel de la Policía Nacional de Soria, que estaba muy cercano, al sargento Don Mariano, que minutos antes había tenido noticia por aviso telefónico de una camarera, de los sucedido, y el procesado, le dijo, preso de nerviosismo y de pesar por lo que había hecho y por sus consecuencias: «He sido yo mi sargento, he sido yo, porque no me iba a dejar matar». Seguidamente Antonio tuvo que ser atendido médicamente con calmantes de la crisis nerviosa que sufría. Aunque Luis fue trasladado poco después de ser herido al Hospital General de Soria y allí fue intervenido quirúrgicamente, falleció el día 4 de mayo de 1978, por parada cardiorrespiratoria ocasionada por la toxicosis generalizada que sufría, provocada por la peritonitis traumática originada por los proyectiles y por la infección que se produjo a los seis días de la operación al deshacerse algunas suturas intestinales, por la presión de los gases. Luis, de estado soltero, de profesión encofrador, vivía con sus padres, Nicanor y Catalina, ayudándoles económicamente el interfecto. El procesado fue sancionado el 28 de abril de 1978, por el Capitán Jefe de su Compañía con un mes de arresto en calabozo, por inexactitud en el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias, por infringir la Circular del Cuerpo, de fecha 19 de febrero de 1977, en que se prohibía llevar la pistola reglamentaria en aquellos lugares de esparcimiento (bares nocturnos, salas de fiestas) que por su especial circunstancia sean propensos a la creación de incidentes. En la misma circular se prohibía dejar el arma en aquellos lugares, como pensiones o locales comunes a los que pueden tener acceso personas extrañas. El procesado no padece enfermedad neuropsiquiátrica, siendo su inteligencia superior a la normal y su afectividad y psicomotilidad armónicas y bien moduladas, aunque ha padecido frecuentes crisis nerviosas durante su permanencia en prisión, que han tenido que ser tratadas con psicofármacos. Las balas disparadas valen 35 pesetas cada una.

La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de homicidio, sancionado en el art. 407 del

Código Penal y dos delitos de amenazas de un mal constitutivo delito, no condicionales, de los previstos en el num. 2.º del art. 493 del mismo cuerpo legal, siendo autor el procesado, sin concurrir en el delito de amenazas, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en el delito de homicidio ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal 9.ª del art. 9.º del Código Penal; y contiene la siguiente parte dispositiva: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Antonio, como responsable en concepto de autor de un delito de homicidio con la atenuante de arrepentimiento espontáneo y de dos delitos de amenazas de un mal constitutivo de delito no condicional, a la pena de doce años y un día de reclusión menor por el delito de homicidio, y una pena de dos meses de arrestos mayor y 20.000 pesetas de multa, con arresto sustitutorio de 20 días en caso de impago, por cada uno de los delitos de amenazas, y a las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena de reclusión, y a la de suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio durante el tiempo de la condena de arresto, y al pago de las costas, y a que en concepto de indemnización el procesado satisfaga dos millones de pesetas a los padres de la víctima, un millón a cada uno de ellos, de cuya cantidad responderá subsidiariamente el Estado, y a que el procesado indemnice en 175 pesetas al Estado y en 5.000 pesetas a Juan de que responderá subsidiariamente el Estado. Aprobamos el auto de insolvencia del procesado, dictado por el Instructor en la pieza de responsabilidad civil. Y para el cumplimiento de la pena que se le impone, se le abona todo el tiempo de que ha estado privado de libertad por esta causa.

RECURSOS.—La sentencia fue impugnada por la Representación del Estado y por el procesado.

El Abogado del Estado, recurrente, al amparo del n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega como UNICO motivo, infracción por aplicación indebida del art. 22 del Código Penal, porque al decretar la responsabilidad subsidiaria del Estado en cuanto al pago de la indemnización debida a los perjudicados por el delito de homicidio cometido por Antonio, pese a constar acreditado que el procesado se encontraba fuera de servicio y vestido de paisano, infringía las normas que rigen y regulan la responsabilidad civil subsidiaria y consiguientemente realizaba una aplicación indebida del art. 22 del Código Penal, ya que ciertamente cuando el Policía Nacional, fuera de servicio, vestido de paisano y con la finalidad de alternar y tomar unas copas, contraviniendo la expresa prohibición de sus superiores al llevar consigo la pistola reglamentaria, marca Star n.º 1653948, calibre 9, cargada con

seis proyectiles, no podía estimarse que actuaba en las condiciones precisas para generar la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Por su parte, la representación del procesado, también recurrente, Antonio, al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alega el siguiente motivo: Por no haberse tenido en cuenta en la sentencia la eximente del núm. 1. del art. 8.º del Código Penal, trastorno mental transitorio, que podría ser utilizada como atenuante, caso de estimarse incompleta, según el art. 9.º n.º 1.º del mismo cuerpo legal: aunque se hacía constar que el procesado no padecía enfermedad neuropsiquiátrica, siendo su inteligencia superior a la normal, se señalaba que a raíz del hecho de autos y como consecuencia del mismo «ha padecido frecuentes crisis nerviosas durante su permanencia en prisión que han tenido que ser tratadas con psicofármacos»; de la manifestación probada de que se trata de una persona de inteligencia superior a la normal se deducía que esta inteligencia resultó obnubilada por un agente exterior y transitorio, en la comisión del hecho.

SENTENCIA.— El Alto Tribunal dictó sentencia, apoyándose en los siguientes mandamientos jurídicos:

«**CONSIDERANDO:** Que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el trastorno mental transitorio obedece a la aparición, más o menos brusca, de un choque psíquico producido por un agente exterior, de la más variada naturaleza, que produce la desaparición o disminución del funcionamiento normal de las facultades mentales del agente de la infracción penal, de poca duración, y que termina con la recuperación mental sin dejar huella alguna, pudiendo influir, en la responsabilidad penal, como exención total o atenuación de la misma. Sobre la posibilidad de poderse tener en cuenta esta causa influyente de la responsabilidad penal, en los hechos que se enjuician, es preciso resaltar que sobre el estado mental del condenado en la narración de los mismos, únicamente, se hace constar: que el procesado, ante el hecho de que una camarera le rechazase el «convite» y le exigiese «la cuenta de la consumición con tono áspero», sufrió o le apareció «un sordo resentimiento y el deseo de compensar la pequeña humillación sufrida»; que la actividad o conducta delictiva la realizó «movido por el deseo de intimidarles y hacerles deponer su actitud de desprecio;» y que, en el momento de realizar los disparos, tenía «un gran nerviosismo» y el «temor de ser desarmado por la víctima, al mismo tiempo que padecía la sensación del ridículo». Estos supuestos fácticos no tienen la suficiente entidad, ante la ligera influencia perturbadora del normal funcionamiento de las facultades psíquicas, para poderse apreciar el trastorno mental transitorio, tanto de forma exonerativa de la responsabilidad como atenuatoria, y por ello el primero de los motivos del recurso interpuesto por el condenado, debe ser desestimado, pues está articulado por entender que exis-

te infracción legal por no haberse aplicado el trastorno mental transitorio, bien como eximente, de acuerdo con el n.º 1 del artículo 8.º del Código Penal o bien como atenuante de acuerdo con el n.º 1 del artículo 8.º del mismo cuerpo legal.»

«CONSIDERANDO: Que aunque la doctrina de esta Sala viene manteniendo, de forma progresiva, un criterio de interpretación extensiva sobre la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal, en la que se pone de manifiesto cierto abandono de los principios de la culpa «in vigilando» o «in eligendo», para dar paso a determinados efectos de la responsabilidad objetiva, patrocinada por las doctrinas de la creación del riesgo y de aquella otra que determina que quién tiene los beneficios de ciertas actividades, debe asumir los daños y perjuicios de las mismas, también hay que reconocer que la misma doctrina jurisprudencial determina, como condicionamientos, para la aplicación del citado artículo 22, los siguientes: a) la existencia de una relación entre el autor de la infracción penal y la persona contra la que se pretende la efectividad de la responsabilidad civil, caracterizada por la nota de dependencia, y b) que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de la norma o relación de servicio que comprende la función, quedando excluidas aquellas actividades que se ejecuten contra la prohibición del presunto responsable civil subsidiario, no quedando exoneradas de la responsabilidad de esta naturaleza las simples extralimitaciones temporales o variaciones en la ejecución del servicio encomendado. De acuerdo con ésta doctrina, el primer y único motivo de la impugnación casacional, formulada por el Señor Abogado del Estado, debe ser estimado, pues se articula por entender que el artículo 22 del Código Penal ha sido aplicado indebidamente, en cuanto que se declara responsable civil subsidiario al Estado, y esta manifestación resolutive es errónea, pues, en los supuestos fácticos, se pone de manifiesto que el condenado, policía nacional, cuando realizó los hechos constitutivos del delito de homicidio se encontraba en «un bar tipo barra americana», servido por camareras, vestido de paisano, para alternar y tomar copas, y que el móvil de la infracción penal fue debido a «hipervaloran» ciertas actitudes de la camarera y dueño del establecimiento como actos de desprecio a su persona y a su condición de policía, y estos supuestos implican que la conducta del condenado está fuera del ámbito de la función policial que le está encomendada, sin que los artículos 2 y 4 de la Ley de policía 55/78 de 4 de diciembre, alegados por el recurrido al impugnar el motivo casacional del Señor Abogado del Estado, puedan tenerse presentes, pues la obligación que tiene el policía de evitar la comisión de hechos delictivos y el carácter permanente de sus servicios, han de entenderse en el sentido de que está obligado a actuar cuando se ponga de relieve la posibilidad de la comisión de los mismos, y en este

sentido no es susceptible de tenerse en cuenta el razonamiento que, sobre este particular, hace la sentencia dictada por la Audiencia para declarar la responsabilidad civil subsidiaria por el hecho de que reclamase al vendedor ambulante, que penetró en el bar, el permiso para la venta que se proponía realizar sobre discos, cassetes y publicaciones de dudosa moral a lo que le mostró la tarjeta profesional, pues ésta actuación fue meramente circunstancial y surgió después de lo que él había tomado como humillación y producido el sordo «resentimiento.»

Una segunda —la rescisoria— se dicta a continuación de la primera. La parte Dispositiva de la primera es ésta:

FALLAMOS: 1.º Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Antonio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Soria, con fecha 19 de diciembre de 1981, en causa seguida al mismo por delito de homicidio. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso y de la cantidad de setecientos cincuenta pesetas, si viniere a mejor fortuna, por razón de depósito no constituido. 2.º Que igualmente debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Señor Abogado del Estado, contra la misma sentencia, pronunciada en la expresada causa, y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia en cuanto se refiere al indicado recurso que se acoge, con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que remitió.

La segunda setencia contiene el siguiente pronunciamiento decisivo:

«FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Antonio, como responsable en concepto de autor de un delito de homicidio con la atenuante de arrepentimiento espontáneo y de dos delitos de amenazas de un mal constitutivo de delito no condicional, a la pena de DOCE AÑOS Y UN DIA DE RECLUSIÓN MENOR por el delito de homicidio, y una pena de DOS MESES DE ARRESTO MAYOR y VEINTE MIL PESETAS DE MULTA, con arresto sustitutorio de veinte días en caso de impago, por cada uno de los dos delitos de amenazas, y a las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena de reclusión, y a la de suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio durante el tiempo de la condena de arresto, y al pago de las costas, y a que en concepto de indemnización el procesado satisfaga dos millones de pesetas a los padres de la víctima, un millón a cada uno de ellos, así como la suma de ciento setenta y cinco pesetas al Estado y cinco mil pesetas a Juan, absolviendo al Estado de la responsabilidad civil subsidiaria que le venía siendo imputada.

Aprobamos el auto de insolvencia del procesado, dictado por el Instructor en la pieza de responsabilidad civil. Y para el cumplimiento de la pena que se le impone, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.»

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1984

Audiencia de origen: VALENCIA

Delito: Imprudencia y omisión del deber de socorro.

Estimación del recurso del Ministerio Fiscal.

PONENTE: SR. HUERTA Y ALVAREZ DE LARA

ANTECEDENTES.—En 18 de julio de 1982, la Audiencia de Valencia dictó sentencia contra Vicente C.B. y Manuel B.E., en causa sobre imprudencia y omisión del deber de socorro, con base en el siguiente resultado de hechos probados: «... Que sobre las tres horas y cuarenta y cinco minutos del día 4 de julio de 1979, el procesado Vicente C.B., conduciendo el automóvil de su propiedad Seat-600, matrícula V-158.353, circulaba por la carretera C.322 (Ayora-Gandía) en el sentido expresado y, al llegar a la altura del kilómetro 83,300, curva cerrada hacia la derecha y en el sentido de su marcha, carente de visibilidad, con una anchura de calzada de 6,40 metros, con línea longitudinal continua, por llevar una velocidad inadecuada, invadió el lado izquierdo de la calzada, rebasando su eje, golpeando brutal y violentamente la parte izquierda del turismo el ciclomotor Ducson n.º C-20.975, que, conducido por su propietario Vicente A.T., circulaba por su lado derecho en sentido opuesto al del automóvil. El procesado detuvo su vehículo (en el que viajaba el también procesado Manuel B.E., que se dio cuenta de lo ocurrido); comprobando que había tenido la rotura del faro delantero izquierdo y del parabrisas, examinando los alrededores ligeramente unos momentos y sin ver a nadie, prosiguiendo su ruta hasta la localidad de Luchente. Vicente A.T. sufrió conmoción cerebral, fractura de clavícula izquierda y politraumatismo en tórax y rodilla izquierda, quedó en la cuneta de la carretera, de donde fue recogido por José E.M., que viajaba en otro ciclomotor, detrás del lesionado. Este curó sin defecto ni deformidad a los doscientos setenta días y durante ellos precisó asistencia facultativa y estuvo impedido para su trabajo habitual de labrador, quedándole como secuela permanente una limitación de la fuerza del deltoides y cicatriz suproclavilar. Ambos procesados son mayores de edad, observan buena conducta y carecen de antecedentes penales». La Sala de instancia calificó estos hechos como constitutivos

de imprudencia simple con infracción de reglamentos (Art. 565, párrafos 2.º 3.º, 4.º y 6.º del Código Penal, que, de mediar malicia, constituiría el de lesiones graves del Artículo 420, n.º 3.º, y el de daños del art.º 563 del mismo Código, en relación con los arts. 17 (párrafo 1.º y apartado c) y 21 del Código de la Circulación, y, además, constitutivos — también— de un delito de imprudencia temeraria del artículo 565 (núms. 1.º 3.º, 4.º y 6.º) del Código Penal, que, de mediar malicia, sería «omisión de socorro» del art. 489-bis del propio Cuerpo legal. Responsable de ambos delitos se considera a Vicente C.B. y del segundo se acusa también a Manuel B.E. Por el delito de imprudencia simple se condena a Vicente C.B. a 3 meses de arresto mayor y a 8 meses de privación del permiso de conducir. Por el de imprudencia temeraria, se imponen 3 meses de arresto mayor y 3 meses y un día de privación de permiso de conducir a Vicente C.B., y multa de 20.000 ptas. y 3 meses y un día de privación de permiso de conducir (o del derecho a obtenerlo) a Manuel B.E.; añadiéndose que Vicente C.B. abonará dos tercios de las costas y Manuel B.E. sólo un tercio. Y solamente Vicente C.B. es condenado a abonar a la víctima las indemnizaciones correspondientes por las lesiones causadas, secuelas permanentes y daños en el ciclomotor. A ambos procesados se les abona la prisión preventiva sufrida y se les condena a las accesorias legales de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio.

RECURSO.—Disconforme con la sentencia, el Ministerio Fiscal interpuso Recurso de casación de ley, aduciendo aplicación indebida del artículo 565 del Código Penal e inaplicación del artículo 489 bis del propio Cuerpo legal, por cuanto la omisión del deber de socorro no tiene en este caso un carácter *culposo*, sino *doloso*, ya que los procesados se alejaron del lugar de autos, con menosprecio de todo sentimiento humanitario.

SENTENCIA.— La Sala Segunda del Tribunal Supremo estima el recurso del Ministerio Público, al considerar que se dan los elementos del delito doloso de omisión del deber de socorro: «1.º, conducta abstencionista o de comisión omisiva, no prestar o pedir ayuda para una persona que se encuentre en peligro manifiesto y grave sin riesgo propio ni de tercero; 2.º, culpabilidad que abarca a toda la descripción del tipo, es decir, no sólo a la conciencia y querer de la conducta omisiva, sino a todas las circunstancias coetáneas; 3.º, antijuridicidad marcada por la infracción de los deberes que impone la educación cívica y la convivencia ciudadana en situaciones de peligro o indefensión en que se pueden encontrar los seres humanos». Se rescinde, por tanto, la sentencia recurrida. Y se dicta segunda sentencia (rescisoria), estimándose la comisión de un «delito *doloso* de omisión del deber de socorro» del artículo 489-bis —párrafos primero y tercero— del Código Penal, por parte de

Vicente C.B., y del mismo artículo, párrafo 1.º, por parte de Manuel B.E. (subsistiendo — claro— la calificación y punición del delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos —cuestión ajena al recurso planteado—. Y, en su consecuencia, por el delito doloso, de omisión del deber de socorro, Vicente C.B. es condenado a 2 años de prisión menor y Manuel B.E. a 30.000 ptas. de multa.

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1984

Audiencia de Origen: ZAMORA

Delito: Desacato

Estimación del recurso casacional por infracción de ley en aplicación de la Ley de 25 de junio de 1983 y Desestimación del recurso por quebrantamiento de forma.

PONENTE: SR. VIVAS MARZAL.

ANTECEDENTES.—La Audiencia Provincial de Zamora, en 13 de diciembre de 1982, dictó sentencia, en causa por desacato contra José Antonio V.O., condenando a éste a cuatro meses y un día de arresto mayor, accesorias legales, multa de veinte mil pesetas y pago de costas procesales. En el RESULTADO de «Hechos probados», se declara que el inculpado, ejecutoriamente condenado por 6 delitos de desacato, 3 de falsedad, 6 de estafa y uno de alzamiento de bienes, dirigió, con fecha 11 de marzo de 1982, desde la Prisión de Carabanchel (Madrid) sendos escritos al Juzgado de Toro y a la propia Audiencia Provincial de Zamora, afirmando en el primero que el auto de procesamiento «es todo un disparate procesal», apareciendo «dibujado clarísimamente el delito de prevaricación del artº 356 del Código Penal en el señor Juez de Toro», y diciendo, en el segundo, que los preclaros Magistrados de la Sala imparten justicia sin dignarse leer los documentos fundamentadores de sus decisiones, por lo que hay que gritar: ¡Pobre Justicia, pobre Sociedad, pobre España!». En su virtud, el Tribunal «a quo» aprecia la comisión del delito de desacato, con las circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia y la atenuante de enajenación mental incompleta, imponiendo las penas antes expuestas.

RECURSO.—El procesado interpuso recurso de casación tanto por quebrantamiento de forma como por infracción de ley: en total, siete motivos, de los cuales fueron declarados inadmisibles el cuarto y quinto, estudiándose por la Sala Segunda del Tribunal Supremo los Motivos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 7.º (estos dos últimos por supuesta infracción de ley). *In extremis* —usando de expresión de la Sala—, el recurrente adujo, además, infracción de ley por no haberse adaptado la sentencia de ins-

tancia (dictada antes de la reforma del Código Penal) a la Ley de 25 de junio de 1983.

SENTENCIA.—El Tribunal de Casación rechaza los Motivos de forma y de fondo, pero estima el basado en la necesidad de adaptar el fallo a la Ley de reforma penal de 25 de junio de 1983. Hay, pues, sentencia doble: la rescindente y la rescisoria. En la primera, se razona sobre la radical improcedencia de considerar «quebrantamiento de forma» el hecho de haber actuado en Sala algún Magistrado recusado, no habiendo prosperado la recusación, y la circunstancia de haber sido citado el procesado para asistir a las sesiones del juicio por medio de su Procurador, no directamente, ya que basta tal forma de citación cuando el procesado se halla privado de libertad. En cuanto al recurso basado en «infracción de ley», la Sala, habida cuenta de que un Tribunal penal no tiene que «hacer suyos los dictámenes periciales, declara que la Audiencia, al no acoger las alegaciones defensivas sobre inimputabilidad por enajenación mental completa, no infringió ningún precepto sustantivo. Y en cuanto a desestimación de la «*exceptio veritatis*» por la Sala de instancia, el Alto Tribunal considera que no es de aplicación al caso de autos, ya que, en el delito de desacato, el ofendido es, realmente, el principio de autoridad. No obstante, se estima el Recurso de casación por efecto de la reforma legal de 25 de junio de 1983 y se dicta, en consecuencia, una segunda setencia —la rescisoria—, imponiendo al recurrente la pena de multa de 100.000, más otra de 15.000, por el delito de desacato, con la agravante de reincidencia (y no de reiteración) y la atenuante de enajenación mental incompleta; penas accesorias y costas, con abono de la prisión preventiva sufrida.

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1984

Audiencia de origen: SEVILLA

Delito: Desórdenes públicos

Desestimación del recurso casacional

PONENTE: SR. GÓMEZ DE LIAÑO.

ANTECEDENTES.—En 29 de octubre de 1982, la Audiencia de Sevilla, en Causa por desórdenes públicos contra Manuel N.P. y Gabriel M.G., condenó a cada uno de ellos a la pena de seis meses y un día de prisión menor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de condena, pago de costas procesales y abono de prisión preventiva sufrida, por considerarles autores de un delito previsto en el artículo 246 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la respon-

sabilidad. Este fallo se basó en los siguientes «HECHOS PROBADOS»: «que el día 3 de noviembre de 1980, en la localidad de Puebla de Caza-lla, un numeroso grupo de trabajadores en paro, como no estuviesen conformes con la distribución de fondos que para el empleo comunitario anunciaba el Gobierno, decidieron llamar la atención de éste y protestar organizando un corte en la carretera N-334, de Sevilla-Málaga, para lo cual, sobre las 9.30 horas, un centenar de trabajadores, entre los que se encontraban los procesados Manuel N.P. y Gabriel M.G., sin que conste la identidad de los demás, se dirigieron al punto kilométrico 69.500 de dicha vía, sito en las inmediaciones del pueblo, y durante una hora, aproximadamente, ocuparon la calzada e interrumpieron la circulación de vehículos por ella, dando lugar así a que se formase una cola de tales vehículos parados de varios kilómetros en las dos direcciones, hasta que, llegadas las fuerzas de la Guardia Civil, procedieron a desalojar la calzada y a detener a los procesados, que aparecían como directores del grupo.»

RECURSO.—La Representación de los procesados preparó e interpuso recurso de casación por infracción de ley, basándose en infracción del artículo 246 del Código Penal y del párrafo primero del artículo 3.º del Código Civil en relación con el artículo 24, número 2, segundo párrafo, de la vigente Constitución de 1978.

SENTENCIA.—La Sala Segunda del Tribunal Supremo rechaza la motivación articulada por la parte recurrente y reafirma su doctrina sobre el delito de desórdenes públicos en este CONSIDERANDO: «Que el delito de desórdenes públicos reclama, para ser apreciado, los siguientes condicionamientos: 1.º, que la actuación del sujeto activo del delito se realice en grupos, es decir, mediante la intervención de una pluralidad de personas; 2.º, la conducta o actividad ha de consistir en la producción de lesiones o vejación a las personas, desperfectos en las propiedades, obstaculización en las vías públicas u ocupación de edificios; 3.º, en cuanto a la culpabilidad, no solamente se ha de tener conciencia de la actividad que se desarrolla, sino, además, de la intencionalidad de atentar contra la paz pública o alterar el orden, con lo que se reclama la presencia de un elemento *subjetivo* de lo injusto, con el tratamiento penal que el mismo requiere, e inherente a todo delito de tendencia o finalístico, y 4.º, desde el punto de vista antijurídico, que la intensidad del resultado de la acción tenga la suficiente entidad para sentir la repulsa social que demanda la norma sociocultural de la conciencia humana». Seguidamente, en otro CONSIDERANDO, rechaza la pretendida fundamentación en el párrafo primero del artículo 3.º del Código civil en relación con el artículo 24/2 de la Constitución, ya que los hechos tienen perfecto encaje en la tipología del artículo 246 del Código Penal y porque la tendencia de la conducta —perturbar el orden

público— queda reflejada de modo claro y evidente en la narración fáctica y no existe infracción alguna del párrafo segundo del n.º 2 del artículo 24 de la Constitución (garantías de Juez ordinario, defensa, información sobre la acusación formulada, publicidad del proceso, presunción de inocencia...)

Por todo ello, la sentencia del Alto Tribunal es desestimatoria del recurso de casación.

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1984

Audiencia de origen: Castellón de la Plana

Delito: Tenencia ilícita de armas

Desestimación del recurso casacional

PONENTE: SR. HUERTA

ANTECEDENTES.—En 24 de mayo de 1982, en la Causa seguida contra los procesados Pedro-Sebastián F.M. y Guillermo G.B., por tenencia ilícita de armas, la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana dictó sentencia condenando a ambos, por el expresado delito (agravado por la concurrencia de la circunstancia de reiteración), a cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, pago por cada uno de un tercio de las costas procesales y abono de la prisión preventiva sufrida. Otro procesado, llamado José Luis S.R. fue absuelto y se declaró de oficio el tercio de las costas causadas. Se basó el fallo condenatorio en los siguientes «HECHOS PROBADOS»: «... Que el día 5 de febrero de 1981, sobre las 17 horas, Agentes del Servicio de Información de la Guardia Civil, ocuparon en el domicilio del procesado José Luis S.R. (absuelto), radicado en la calle S., n.º 12, de Vinaroz, una escopeta de caza, marca Tigre, calibre 12, de dos cañones, que habían sido recortados, como también la culata había sido objeto de esta manipulación, estando el arma en el adecuado funcionamiento para poder ser utilizada, sin que tuviera conocimiento el aludido procesado de la ilícita procedencia de la escopeta, ni el uso y destino que se pretendiera dar a la misma, no teniendo, además, participación alguna en la custodia del arma, la que llevó a su domicilio el otro procesado, Pedro Sebastián F.M, que, en aquel entonces, convivía con el S., poniendo en su conocimiento que era portador del arma, horas antes de la llegada de la fuerza pública, y cuando se personó ésta, la entregó voluntariamente, manifestando que se la había entregado para guardarla el otro procesado, Guillermo G.B., y con esta finalidad la trasladó a la vivienda del S.R., sin que el F, ni el G.B., tu-

viesen la correspondiente licencia o guía, dado el cambio de configuración de esta clase de arma... Pedro S.F.M. ha sido con anterioridad ejecutoriamente condenado por un delito de hurto de uso y otro de conducción ilegal en Sentencia de 10-XII-1976, y Guillermo G.B. también lo ha sido por delito de robo en Sentencia de 20-X-1977, por igual delito en Sentencia de 25-XI-1977, por hurto de uso y conducción ilegal en Sentencia de 16-VI-1979, por utilización ilegal de vehículo y amenazas en Sentencia de 19-VI-1979 por hurto y conducción ilegal en Sentencia de 18-X-1978 y por hurto y robo frustrado en Sentencia de 25-III-1980...»

RECURSO.—Contra el fallo prerreferido, se preparó y formalizó Recurso de casación por quebrantamiento de forma, aduciéndose un solo Motivo, con apoyo procesal en el n.º 1, inciso primero, del art. 851 de la ley de Enjuiciamiento criminal, «al no haberse expresado en la sentencia, de manera clara y terminante, cuáles son los hechos que se consideran probados, incurriendo en vicio de procedimiento». «La sentencia recurrida —añade la parte impugnante— no hace declaración expresa —y mucho menos, terminante— de que resulte probado que el procesado Guillermo G.B. hubiese tenido en su poder en alguna ocasión el arma en cuestión, ni de que se la hubiese entregado para guardarla al otro procesado, Pedro Sebastián F.M., y se limita en el primer «Resultando» a señalar en forma lacónica e imprecisa que resulta probado que Pedro Sebastián F.M. manifestó que el arma se la había entregado para guardarla el procesado Guillermo G.B., sin fundamentación alguna».

SENTENCIA.—El Tribunal de Casación rechaza el único Motivo del Recurso, fundando la desestimación de éste en el siguiente y único «CONSIDERANDO»: «Que se basa el Motivo único del Recurso en el primer inciso del núm. 1.º del Artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que reputa vicio procesal de forma, determinante de la casación de la Sentencia, el que en ella no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, vicio procesal que, como tiene declarado esta Sala, no radica en la omisión de particulares o extremos que a las partes pudieran interesar en apoyo de las tesis que sustentaren, ni en las deducciones más o menos hábiles y sutiles que sobre el contenido de los hechos probados establezcan, sino que, conforme a la dicción literal del propio precepto tutelador, tal defecto se origina exclusivamente cuando la redacción de los «Hechos probados» aparece confusa, dubitativa o imprecisa, lo que no ocurre en la sentencia combatida, en la que, con claridad y precisión, se expone cómo un día determinado la Guardia Civil ocupó en el domicilio de un tercero una escopeta de caza, con los cañones y culata recortados, en adecuado funcionamiento, y que llevó a ese domicilio el recurrente Pe-

dro Sebastián F.M., manifestando que se la había entregado para guardarla el otro procesado G.B., sin que ninguno tuviera la correspondiente licencia ni guía, dado el cambio de configuración de esta clase de arma, por lo que el relato aparece claro y sin oscuridad alguna, lo que conduce a la desestimación del Motivo».

SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1984.

Audiencia de origen: SEVILLA.

Delito: Desórdenes públicos.

Desestimación del recurso casacional.

PONENTE: SEÑOR GIL SÁEZ.

ANTECEDENTES.— La Audiencia de Sevilla, en 23 de marzo de 1982 y en causa seguida contra José María T.Z., Pedro G.C., Juan A. B., Manuel C.B. y Manuel S.O., por delito de desórdenes públicos, dictó Sentencia condenando a cada uno de ellos a la pena de seis meses y un día de prisión menor, con las accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio; condenándoles, asimismo, al pago por quintas partes de las costas procesales. Estos pronunciamientos punitivos fueron la consecuencia de los siguientes «HECHOS PROBADOS»: «...Que en la localidad de La Algaba, el día 7 de mayo del año 1980, los procesados..., todos ellos de buena conducta informada, vecinos de La Algaba..., siguiendo las consignas dadas por determinada organización sindical de que eran simpatizantes..., disconformes con la tardanza en el envío por el gobierno de fondos para el empleo comunitario que aliviase el paro y para presionar a aquél, sobre las 18,30 horas, en unión de un numeroso grupo de personas, que excedía del de cien, sin que conste la identidad de los demás integrantes, dirigieron al kilómetro 135 de la carretera Sevilla-Córdoba, ubicado en las inmediaciones del pueblo, con objeto de cortar el tráfico por ella, lo que llevaron a efecto, impidiendo el libre tránsito durante una hora aproximadamente y ocasionando la detención de numerosos vehículos a quienes prohibió el paso, con producción de sensibles molestias a los usuarios de ellos».

RECURSO.—Contra la referida sentencia, prepararon y formalizaron los condenados el Recurso de casación por infracción de ley, articulando al efecto dos Motivos: 1.º, infracción por aplicación indebida del artículo 246 del Código Penal, que establece como «elemento finalístico» del tipo penal el atentar contra la paz pública; 2.º, infracción por inaplicación del artículo 3.º, párrafo primero, del Código civil, rector de la interpretación de las normas en relación con el contexto, los ante-

cedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, criterios interpretativos inaplicados a los hechos enjuiciados, por realizarse una exégesis extensiva del concepto de orden público, sin tener en cuenta la realidad social del momento en que los hechos ocurren. Ambos Motivos se amparan en el número 1.º del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

SENTENCIA.—La Resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es desestimatoria del recurso. Sirven de base al fallo dos sustanciosos «Considerandos». En el primero, se sostiene que la tipicidad elegida por el Tribunal «a quo» para subsumir los hechos de autos «no presupone el fin subversivo propio de la actividad terrorista, sino el más genuino y generalizado de turbar la paz y el orden público», surgiendo «el delito denominado como *desórdenes públicos*, por la concurrencia de dos elementos principales: el *objetivo* y exteriorizado, cuando la perturbación social reviste cierta trascendencia, factor normativo, cuya apreciación viene determinada por el concurso simultáneo de circunstancias de tiempo, lugar, personas y medios puestos en práctica para su ejecución, y el *subjetivo* e intencional, cuando la voluntad del sujeto activo colectivo persigue finalísticamente turbar la paz pública o el orden normal existente a través de cualquiera de los procedimientos disyuntiva y explícitamente señalados en el texto del artículo 246». Y en el segundo «Considerando» se rechaza el segundo de los Motivos articulados, por estimar que se trata «simplemente de superponer el criterio subjetivo y parcializado con fines defensivos de los inculpados sobre el deducido objetiva y jurisdiccionalmente por el Tribunal *a quo*», olvidando la parte recurrente que «los procesados tenían a su alcance otros medios o procedimientos legales, en todo caso pacíficos, distintos a los expresamente enumerados en el precepto penal aplicado al alterar el orden obstaculizando las vías públicas»

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el segundo trimestre de 1984, ha elaborado una jugosa doctrina jurisprudencial, no exenta de sencillez expositiva, cuyo resumen se efectúa seguidamente, bajo un signo de clasificación, en méritos de la naturaleza de los delitos enjuiciados.

A) Delitos contra la seguridad interior del Estado

a) La sentencia de 6 de abril de 1984 (Ponente: Sr. HIJAS PALACIOS) desestima el recurso de casación promovido por R-A.G.A. y R-

A.R.-B.Z. contra el fallo proferido por la Audiencia Nacional con fecha 5 de febrero de 1983, en causa sobre TERRORISMO con resultado de muerte, amén de lesiones graves a otras personas y diversos daños en el edificio de un periódico. La sentencia recurrida condenó a los procesados, como responsables de un delito de terrorismo, en concepto de autores, con resultado de muerte, en concurso ideal con dos delitos de asesinato frustrado y un delito de daños, a las penas, a cada uno de ellos, de 30 años de reclusión mayor, con interdicción civil e inhabilitación, y, en concepto de responsabilidad civil, el pago de una indemnización de diez millones de pesetas a los herederos del fallecido, quince millones a un lesionado, un millón ciento cincuenta mil pesetas a otro lesionado y 248.972 pesetas a la Empresa en cuyos locales se produjeron los daños.

La sentencia fue recurrida por quebrantamiento de forma (n.º 1.º del art. 851 de la ley Procesal-Penal), consistente en supuesta falta de claridad en la exposición de los hechos y en presunta utilización —en el «Resultando» de «Hechos probados»— de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo. Y también por «infracción de ley», al considerarse violado el artículo 24 de la Constitución sobre presunción de inocencia.

La Sala rechaza los tres motivos articulados, por cuanto la redacción del «Resultando» de «Hechos probados», lejos de ser «oscura, vaga e ininteligible», se caracteriza por su diafanidad y rotundidad, sin que, por otra parte, el decir la Sala de instancia que los procesados actuaron con «propósito de represalia» signifique la utilización de un concepto jurídico que predetermine el fallo, sino el reflejo de un hecho concreto (ansia de venganza de los recurrentes).

Y, en cuanto al tercero y cuarto «Motivos», la Sala declara que la presunción de inocencia sólo es acogible como motivo impugnatorio cuando se produce «ausencia de una mínima actividad probatoria», evento no producido en este proceso. Por lo demás, la consideración del recurrente sobre configuración «improcedente» del «concurso ideal de delitos», debe ser rechazada, por cuanto la figura jurídica de «terrorismo», evidentemente, «ha de absorber y encerrar en sí misma una acción, un hecho único, cualesquiera que sean los plurales resultados» (muerte, lesiones, daños, etc.). En el presente caso, se trata de una explosión de artefacto con pluralidad de resultados.

Por todo ello, se desestima el Recurso en sus cuatro motivos, con imposición de costas a los recurrentes.

b) La Sentencia de 9 de abril de 1984 (Ponente: Sr. GARCIA-MIGUEL) contempla un caso penalmente relevante de *colaboración con «grupo organizado y armado»*, desestimando recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional, dictada en 21 de mayo de 1982 contra A.G.N. y otros tres procesados que no han recurrido.

El recurrente, según declara la sentencia impugnada, elaboró, por encargo de un miembro de la organización terrorista *ETA* un informe socio-político sobre actividades desarrolladas en la zona de la ribera de Navarra por agrupaciones políticas de ideología contraria a las bandas independentistas, proporcionando nombres y datos identificativos y de costumbres de dos concejales del Ayuntamiento de Tudela y del Delegado de Alianza Foral en Tudela, todo lo cual se entregó luego al aludido miembro de *ETA*, a sabiendas de que tales datos podían ser utilizados para la realización de los ilícitos fines de la organización terrorista.

El recurrente, condenado a cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, accesorias y costas, apoyó su impugnación casacional en un único «Motivo»: aplicación indebida del artículo 2.º, en relación con el 3.º-1 del Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1979.

La Sala rechaza el recurso, por cuanto, aunque no conste que la entrega del informe elaborado por el recurrente y otros tuviese consecuencias determinadas, se trata de delito caracterizado por impulso o tendencia, que, en el caso de autos, no podía ser otro que el de facilitar operaciones terroristas de *ETA*. En su virtud, se desestima el recurso, con imposición de costas.

c) La Sentencia de 10 de abril de 1984 (Ponente: SR. HUERTA ALVAREZ DE LARA) desestima recurso casacional entablado por F.I.H., M.R.O.H. y J.L.U.V., contra sentencia de la Audiencia Nacional de seis de octubre de 1982 en causa por INJURIAS AL JEFE DEL ESTADO.

Los procesados, en un artículo publicado en el diario vasco *EGIN*, bajo el título «Cincuenta aniversario de la Segunda República española: Somos antimonárquicos», tras expresar sus convicciones republicanas, lanzan especies ofensivas contra Su Majestad el Rey de España, atribuyéndole determinada conducta en relación con el movimiento rebelde del 23 de febrero de 1981.

Los recurrentes, condenados por la Sala de instancia a la pena de *un año* de prisión menor, accesorias y costas, basaron su impugnación casacional en infracción del párrafo primero del artículo 147 del Código Penal, al no existir «animus injuriandi», argumentación ésta que la Sala Segunda del Tribunal Supremo rechaza al considerar que el hecho de presentar al Rey «como sospechoso de connivencia o favorecimiento del fallido golpe de Estado» significa la utilización de frases que «sin la menor duda tienden a desprestigiar a Su Majestad el Rey» e integran injurias graves con publicidad a la más alta Representación del Estado Español. En su virtud, se rechaza el único «Motivo» del Recurso, con imposición de costas a los recurrentes.

d) La Sentencia de 23 de junio de 1984 (Ponente: Sr. HUERTA ALVAREZ DE LARA) rechaza los recursos de casación interpuestos

por J.M.A.M., F.V.A. y M.C.P.M., condenados por la Audiencia Nacional el día 22 de enero de 1983 en Causa seguida por *colaboración con grupo organizado y armado*.

En el RESULTANDO de «Hechos probados» se narran diversas conductas y actuaciones de los procesados, consistentes en colaboración efectiva con un significadísimo «etarra» establecido en Madrid, con facilitación de informes de variada índole sobre domicilios, coches, matrículas de éstos, itinerarios de personalidades militares y policiales, busca de lugares idóneos para ocultar armas y refugiar a colaboradores de ETA, etc.

La recurrente J.M.A.M. articuló dos Motivos casacionales contra la sentencia que impuso a la misma la pena de 7 años de prisión mayor y multa de 100.000 pesetas; los dos, por supuesta infracción de ley, tanto en la tipicidad elegida por la Sala de instancia para subsumir su conducta como por el grado de participación (encubrimiento, según la recurrente, en vez de autoría, según la sentencia). Ambos «Motivos» son desestimados por el Tribunal de Casación, al considerar, de una parte, que se ha dado la coincidencia de los acaecimientos de la realidad viviente con los requisitos de la infracción definida (tipicidad) y que la referida recurrente ha tomado parte bien directa en la ejecución del hecho o hechos de autos.

Por lo que respecta a los otros dos recurrentes, F.V.A. y M.C.P.M., la impugnación se basó, exclusivamente, en inaplicación del artículo 174-bis-c), del Código Penal, alegando haber coadyuvado espontáneamente con fuerzas de Seguridad del Estado para aminorar los efectos del delito. Esta argumentación ha sido rechazada por estimar la Sala casacional que no aparece de los autos dato alguno que confirme tal alegación, por lo que es ajustada a Derecho la pena de seis años y un día de prisión mayor impuesta por la Audiencia Nacional.

Quedan, pues, desestimados, con imposición de costas, todos los recursos de referencia.

B) Delitos contra las personas (vida e integridad corporal)

a) En 16 de junio de 1984, siendo Ponente el Sr. GARCIA-MIGUEL, la Sala Segunda de nuestro más Alto Tribunal ha dictado sentencia desestimando el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuesto por J.-M.R.B. contra sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao en causa por *asesinato*.

El «Resultando» de «Hechos probados» declara que J.-M.R.B., policía nacional, casado y sin antecedentes penales, conoció en Bilbao a la joven de veinte años M.E.A. y G., soltera, con la que trabó amistad, que quiso convertir en relación íntima, pretensión a la que se opuso la refe-

rida joven, en especial el día de autos (31-V-81), en que el procesado, vestido de paisano, se dirigió a una discoteca en que se hallaba su próxima víctima. Esta le rogó que la dejara en paz y el procesado, profundamente alterado y «de una manera repentina y semimaquinalmente», con disminución de sus «facultades volitivas e intelectivas» (nunca anuladas totalmente), la sujetó por el brazo izquierdo, extrajo el arma reglamentaria (marca Astra, modelo 960, calibre 38) y le efectuó un disparo en el pecho, desde distancia inferior a un metro, penetrando el proyectil entre la cuarta y quinta costilla, alcanzando la aorta en su posición ascendente a la salida del corazón, seccionándola en su totalidad y atravesando el pulmón derecho, con alojamiento del proyectil en el tejido celular subcutáneo de la espalda, lo que provocó la muerte instantánea. Después, el procesado disparó contra sí mismo, sin lograr suicidarse, pese a sufrir lesiones muy graves.

La Sala de instancia estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de asesinato comprendido en el n.º 1 del art. 406 del Código Penal, con la eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Se le impuso la pena de once años de prisión mayor, accesorias, costas e indemnización de tres millones de pesetas a los herederos de la interfecta.

El Recurso casacional ha tratado de apoyarse en un solo MOTIVO: *Inexistencia de alevosía* y, por tanto, infracción del n.º 1.º del art. 406 del Código Penal. Esta argumentación es rechazada por la Sala, al considerar que «el medio agresivo utilizado por el procesado, en sí mismo, es perfectamente idóneo para producir el resultado letal que se produjo, y el hecho se cometió encontrándose la víctima en circunstancias de absoluta indefensión, por lo que no existía el menor riesgo para el procesado que pudiera provenir de la reacción defensiva de la ofendida». La Sala de Casación rechaza la *sutil argumentación* de que la autoagresión del procesado, tras perpetrado el hecho criminoso, volatilizase la alevosía, ya que esta circunstancia se basa en hechos coetáneos a la ejecución del delito y no en circunstancias posteriores a la consumación del acto típico.

Se desestima el recurso, con costas al recurrente, pero el Alto Tribunal propone un indulto parcial, conforme al art. 2.º del Código Penal, elevando «razonada exposición al Gobierno».

b) En *20 de junio de 1984*, siendo Ponente el Sr. HUERTA ALVAREZ DE LARA, se ha estimado un recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 1983, que consideró cómplice, en causa sobre asesinato, a quien el Alto Tribunal ha reputado autor, por haber cooperado, en forma necesaria y no accesoria, a la ejecución del hecho punible.

El procesado L.-A.P.L. y otro situado al margen del recurso forma-

ban parte de un «comando operativo» de ETA y prestaron apoyo, posteriormente, a otro comando de la propia organización terrorista, a efectos informativos. El expresado L.-A.P.L. indagó sobre la ideología del armero de Guecho Don M.H.S. Comunicó al otro procesado el resultado de sus pesquisas. Ambos convinieron en darle muerte. Y el día 26 de noviembre de 1982, el otro procesado, desde un automóvil, disparó a la víctima, que se encontraba en la armería de su propiedad, penetrándole el proyectil por la cara postero-lateral izquierda del cuello, quedando afectada la médula cervical, como el bulbo raquídeo, con salida por región temporal derecha. Dos días después, o sea el 28 de noviembre de 1982, murió el Sr. H.S., como consecuencia de la referida agresión.

La Audiencia Nacional calificó los hechos de asesinato cualificado por la premeditación (art. 406, n.º 4, del Código Penal. El agresor fue considerado autor y penado en tal concepto. El otro procesado, L.-A.P.L., fue condenado en concepto de «COMPLICE» a 13 años de reclusión menor, accesorias, costas e indemnización de 10 millones de pesetas.

Disconforme el MINISTERIO FISCAL con la calificación de complicidad, interpuso recurso de casación por aplicación indebida del artículo 16 del Código Penal, contra el fallo de la Audiencia Nacional. A juicio de la Representación pública, L.-A.P.L. no era «cómplice», sino AUTOR, por cooperación necesaria (n.º 3.º del art. 14 del citado Cuerpo legal). Esta tesis ha sido aceptada por la Sala casacional, que ha dictado sentencia rescindente, dejando sin efecto la recurrida, y sentencia rescisoria, condenando a L.-A.P.L. a *veinte años y un día de reclusión mayor* por estimar que la conducta del mismo, facilitando información sobre las ideas y movimientos de la víctima constituye una forma de *cooperación decisiva, trascendente y principal*. Y se mantienen los pronunciamientos sobre accesorias, costas y responsabilidad civil (con la acomodación de ésta a la cualidad de autor, a efectos cuantitativos).

C) *Delitos contra la propiedad*

Con fecha *6 de abril de 1984* y bajo la Ponencia del Sr. HUERTA ALVAREZ DE LARA, se ha dictado Sentencia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Recurso de casación interpuesto por T.O.P. contra sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 6 de diciembre de 1983. La sentencia, por ser rescidente, al acoger parte de la motivación articulada, ha sido seguida de segunda sentencia: Sentencia rescisora que modifica la situación del recurrente.

La Sala de instancia, declarando probado que el procesado (personalidad «con ciertos rasgos histéricos»), prendió fuego a un cuarto trastero

anejo a la vivienda de un matrimonio y causó daños diversos valorados en 150.000 pesetas, le condenó a dos años de presidio menor por delito de incendio del n.º 2.º del art. 550 del Código Penal y a multa de 40.000 por delito de daños del art. 563 del mismo Cuerpo legal. Además, por declarar asimismo probado que se dedicaba a espiar a sus vecinos y a observar a las mujeres cuando se desnudaban, le condenó por escándalo público del artículo 431, número 1, del Código punitivo, a un mes y día de arresto mayor y 20.000 ptas. de multa. Además, fue condenado a las penas accesorias correspondientes y al pago de indemnizaciones diversas, en concepto de responsabilidad civil, por un total de doscientas mil pesetas.

Interpuesto recurso por el condenado, basado en supuesto quebrantamiento de forma e infracción de ley, el Tribunal de Casación lo ha aceptado en parte, estimando que ha existido delito de incendio y daños en grado de falta (habida cuenta de la reforma impuesta por Ley de 25 de junio de 1983). No considera existente el delito de escándalo público, por no haberse registrado la trascendencia necesaria para su producción y por no declararse expresamente si logró ver desnuda a las mujeres espiadas.

En su virtud, a la sentencia rescindente, sigue una segunda, de tipo rescisorio, condenando al recurrente a dos años de prisión menor por delito de incendio y, a seis meses de arresto menor por daños en grado de falta. Y le absuelve del presunto delito de escándalo público.

3. DOCUMENTACION

PRIMERAS JORNADAS DE LOS SERVICIOS JURIDICOS DE LAS FUERZAS ARMADAS

David ADÁN HERRERO

Coronel auditor

*Jefe de Estudios de la Escuela
de Estudios Jurídicos del Ejército*

Con el ya remoto precedente de las Jornadas de Valladolid y Burgos sobre el Derecho Militar y el Derecho de la Guerra, han tenido lugar en Madrid las «Primeras Jornadas de Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas».

Ello ha sido posible por la creación en 1977 del Ministerio de Defensa y su Asesoría General, que al coordinar las funciones asesoras de los tres Cuerpos Jurídicos ha propiciado este «encuentro» para que sus miembros, destinados en la Administración Central o Regional de los tres ejércitos pudiesen intercambiar experiencia y debatir en común cuestiones de interés para todos ellos y para las Fuerzas Armadas.

Las jornadas tuvieron lugar en Madrid con la autorización y el patrocinio del Excmo. Señor Ministro de Defensa, así como con el patrocinio de la JUJEM y los tres Cuarteles Generales, durante los días 23 al 27 de enero de 1984, en el salón de actos del Cuartel General del Aire.

La selección de temas para las Jornadas fue hecha en base a dos principales criterios: de una parte, el progresivo aumento de las tareas de «asesoramiento legal» que en el ámbito administrativo se atribuyen a los Cuerpos Jurídicos Militares y de otra la conveniencia de ofrecer al Mando con el aval de un profundo estudio doctrinal al respecto, soluciones normativas concretas para supuestos de hecho, que o no están suficientemente tratados por el ordenamiento legal, o deben ser desarrollados en términos que excluyan cualquier posibilidad de ser interpretados con ambigüedad o error.

La Comisión Organizadora presidida por el Asesor General del Ministerio de Defensa, Ministro Togado de la Armada Don Luis de Azcá-

rraga y Bustamante adoptó tres temas para su estudio, constituyendo tres Comisiones de Trabajo, asignándoles a cada una de ellas respectivamente las siguientes materias: «La libertad de expresión en las Fuerzas Armadas», «La función Asesora del Auditor en materia administrativa y Asistencia letrada en expedientes judiciales y procedimientos previos.—Detención de Militares».

Para la primera comisión de trabajo fueron designados ponentes Don Ricardo Pellón Rivero, Tte. Coronel Auditor del Aire; Don Agustín Corrales Elizondo, Comandante Auditor de la Armada, y Don Jesús del Olmo Pastor, Comandante Auditor del E. T. La ponencia realizó su trabajo con aportaciones relativas a su materia desde el punto de vista del Derecho Internacional y comparado. Ya dentro del Derecho español realizó un minucioso estudio sobre la perspectiva histórica y la legislación vigente con especial incapié en la Constitución española, Ley sobre criterios básicos sobre la Defensa Nacional, Reales Ordenanzas, y disposiciones del Código de Justicia Militar.

En base a este estudio, la ponencia llegó a establecer las siguientes conclusiones para someterlas a la comisión de Trabajo y posteriormente a la sesión plenaria de las Jornadas.

Conclusiones:

1. El militar tiene la plena titularidad, como un ciudadano más, del derecho a la libertad de expresión.
2. Al no existir una «limitación general» del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales para el militar en la Constitución y tampoco una limitación expresa en el art. 20, en principio el militar no tiene limitados constitucionalmente —como ocurre con el derecho a la sindicación (art. 28)— ni la titularidad ni el ejercicio de este derecho.
3. La Constitución establece unas restricciones singulares a este ejercicio, que afectan a todos los ciudadanos y que son:
 - Los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución.
 - Los preceptos de las leyes que los desarrollen.
 - El derecho al honor, la intimidad, la propia imágen y la protección de la juventud y de la infancia.
4. Al admitirse que los preceptos de las leyes que desarrollen este derecho limiten su ejercicio, habrá necesariamente que tener en cuenta:
 - Que no pueda restringirse su ejercicio mediante ningún tipo de censura previa (art. 20.2)
 - Que estas normas habrán de someterse al principio de «cesión de titularidad en la génesis de disposiciones» y ser conformes con los Tratados celebrados por España y con la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10.1).
5. Se hace precisa la promulgación con el carácter de ley orgánica

de un «Estatuto general de los militares», aunque posiblemente, y habida cuenta de que gran parte de su contenido podría estar incluido en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, su desarrollo podría concretarse de manera precisa en el marco de los derechos y deberes fundamentales del militar y sus limitaciones.

6. En el citado Estatuto, en lo que a la libertad de expresión se refiere, deberían concretarse las disposiciones hoy dispersas en los art. 177 al 179 de las RR.OO., así como en el Real Decreto-Ley de 8 de febrero de 1977 y en las Ordenes Ministeriales que hemos contemplado en el desarrollo de esta ponencia. Entre los puntos específicos que exigen una concreta determinación, pueden citarse los siguientes:

a) Desarrollo del ámbito y cauce de la autorización previa para la difusión de las ideas, contemplando todas las posibles formas de expresión.

b) Determinación analítica de los supuestos que integra la protección de la seguridad nacional.

c) Expresión del ámbito que abarca la materia de Defensa Nacional a estos efectos, así como los asuntos de servicio, organización y actuación de los Ejércitos.

7.—Determinación concreta del procedimiento sancionador, ajustando a la Constitución tanto el Código de Justicia Militar como el derecho disciplinario en trance de elaboración.

8.—Adopción de criterios de interpretación sobre las limitaciones a la libertad de expresión del militar, tratando de contribuir a su precisión al objeto del propio reconocimiento de dicha libertad que no debe ser coartada más allá de dichos límites específicos.

Dentro de esta primera comisión presentaron comunicación el General Auditor, Don Francisco Loustau Ferrán; el Comandante Auditor del Ejército del Aire, Don Javier Aparicio Gallego; el Coronel Auditor de la Armada, Don José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto; el Comandante Auditor del Ejército de Tierra, Don Pablo Casado Burbano, y el Comandante Auditor del Ejército de Tierra, Don Carlos Eymar Alonso.

Tras la lectura o exposición de éstas comunicaciones, fue abierto el debate produciéndose más de veinte intervenciones por parte de los periodistas, comunicantes y miembros de la ponencia.

La segunda comisión de trabajo con el tema «La función asesora del Auditor en materia Administrativa» tuvo como ponentes, al Coronel Auditor de la Armada, Don José Francisco de Querol Lombardero; al Tte. Coronel Auditor del Ejército del Aire, Don Francisco Blay Villasante, y al Comandante Auditor del Ejército de Tierra, Don Carlos García Lozano, que realizó su trabajo con un profundo estudio sobre la función consultiva en la Administración Pública española, y su manifestación externa: Los informes, la organización Administrativa de la

función consultiva para posteriormente centrar el estudio en el asesoramiento Jurídico en la Administración Militar, analiza las funciones asesoras de los Auditores de los Ejércitos y las relaciones entre las Auditorías y Asesorías Jurídicas de los Cuarteles Generales y la Asesoría General de Defensa.

La ponencia finalizó su trabajo con las siguientes conclusiones:

1. En la Administración militar el asesoramiento corresponde siempre a los componentes de los Cuerpos Jurídicos, salvo los supuestos excepcionales de los dictámenes del Consejo de Estado y de las facultades singulares de la Dirección General de lo Contencioso en casos específicos (defensa en juicio y declaraciones de lesividad).

2. Que dada la delicada y relevante misión dentro de los Ejércitos a cumplir por el personal de los Cuerpos Jurídicos militares, debe cuidarse su preparación, selección, superación, profesionalidad y puesta al día de sus conocimientos, así como dotarle de los medios materiales y auxiliares necesarios para un correcto desenvolvimiento de su actividad. La creación de una Escuela de Estudios Jurídicos, similar a la del Cuerpo Jurídico de Tierra, pero de los tres Ejércitos, se considera necesaria y beneficiosa.

3. La actuación de las autoridades militares con funciones administrativas de carácter territorial exige el asesoramiento jurídico a fin de que las resoluciones que en el ámbito de su competencia puedan dictar, estén ajustadas a derecho.

4. A nivel de administración militar territorial, el asesoramiento de las autoridades regionales es facultad y obligación del Auditor, en quien concurren, sin confundirse, sus competencias jurisdiccionales en materia judicial (compartidas con la propia Autoridad judicial) con las de asesoramiento en materia no judicial.

5. En el desempeño de tal función asesora, el Auditor dependerá orgánicamente de la Autoridad regional y despachará directamente con la misma, sin intervención o actuación de la Secretaría de Justicia, de carácter únicamente judicial.

Tal dependencia orgánica no podrá ser nunca merma de la independencia del propio asesoramiento, que es esencial en toda clase de asesoramiento jurídico. A su vez, esta independencia se vería coartada si el Auditor pudiera ser corregido directamente y en relación con su función asesora por la Autoridad a la que presta tal asesoramiento.

El Auditor prestará asesoramiento únicamente a la máxima Autoridad regional o a aquellas otras que ejerzan funciones delegadas de la misma. En todo caso, y como es propio en los asesoramientos jurídicos, ese informe será el último y previo a la resolución.

6. Corresponden también al Auditor las facultades de coordina-

ción de los Asesores que puedan actuar ante otros Organismos o autoridades inferiores de carácter territorial.

7. Con independencia de los dictámenes o informes escritos, podrá recabarse del Auditor, cuando las circunstancias así lo aconsejen, dictámenes orales y urgentes, así como la función de consejo al Mando cuando los de naturaleza jurídica sean necesarios o adecuados para las resoluciones que se hayan de adoptar.

8. Aún desapareciendo las funciones judiciales de alguna de las Autoridades Territoriales por atribuirse a otras de distinto ámbito geográfico, deberá mantenerse la figura de Auditor regional para prestar sus asesoramientos en las materias no judiciales.

9. Sin perjuicio de la dependencia administrativa señalada, el Auditor podrá recibir instrucciones y normas de coordinación o actuación en materia jurídica del Asesor General del Ministerio de Defensa, como máximo organismo consultivo de dicho Departamento. Estas instrucciones las recibirá, bien directamente o bien a través de las Asesorías de los Cuarteles Generales. El Auditor, a su vez, podrá recabar directamente instrucciones de los Asesores de los Cuarteles Generales o del Asesor General, a través de éstos. En ningún caso dichas instrucciones coartarán la independencia del Auditor en sus informes en un caso concreto, por actuar siempre bajo su personal responsabilidad en dichos casos concretos.

Las comunicaciones presentadas dentro del tema de la segunda ponencia estuvieron a cargo del Comandante Auditor del Ejército del Aire, Don Luis B. Álvarez Roldán; el Coronel Auditor de la Armada, Don José L. Rodríguez-Villasante y Pietro; el General Auditor del Ejército de Tierra, Don Juan Miranda González; el Comandante Auditor del Ejército de Tierra, Don Antonio Troncoso de Castro, y el Tte. Coronel Auditor del Ejército, Don Eduardo de No Louis Magallanes.

En ésta segunda comisión se produjeron trece intervenciones a cargo de los participantes en las Jornadas, comunicantes y ponentes, quedando para la Sesión plenaria la adopción de las que serían conclusiones definitivas.

La tercera comisión de trabajo tuvo como ponentes al Excmo. Sr. Don Virgilio Peña Peña, General Auditor del Ejército de Tierra, Don Jaime Chavarri Zapatero, Tcol del Ejército del Aire y Don Antonio Mozo Seoane, Comandante Auditor de la Armada, con el tema «Asistencia letrada en expedientes Judiciales y procedimientos previos. Detención de militares». Por tratarse en realidad de dos temas llegaron a la elaboración de dos conclusiones. Para la primera de ellas realizó un profundo estudio sobre el art. 24 de la Constitución española en relación con la asistencia letrada, y después de analizar la naturaleza de las faltas militares, así como la viabilidad de la asistencia letrada en los ex-

pedientes judiciales. Análoga investigación realizó en relación con los procedimientos previos, llegando a la elaboración de las siguientes conclusiones:

1. La Constitución española, en línea con la concepción más avanzada del Estado democrático de Derecho, establece en su artículo 24 el derecho a la tutela judicial como uno de los derechos fundamentales o libertades públicas. Para su efectividad el número 2 del mismo precepto consagra la denominada «garantía procesal», que se desenvuelve en una serie de derechos concretos encaminados todos a la defensa en sentido genérico del ciudadano en el proceso: el «contenido esencial» de ese derecho ha de ser respetado en todo caso por la Ley (artículo 53.1 CE).

2. Entre esos medios de defensa aparece citado el derecho de defensa en sentido estricto o asistencia letrada; su vigencia y aplicabilidad es rigurosa en los procesos penales, como así está reconocido legalmente.

3. Así pues, el reconocimiento del derecho a la asistencia de letrado en los expedientes judiciales del C.J.M., pudiera depender de la naturaleza que se atribuya a esos procedimientos. Es ésta una cuestión muy discutida; a pesar de la opinión mayoritaria que los considera de carácter disciplinario —tesis avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional español—, su verdadera naturaleza es la de procedimiento penal con garantía limitada.

4. El propio TC., en varias resoluciones sobre el tema, ha extendido a los expedientes judiciales el contenido básico del derecho a la defensa, con la exigencia de que se observen las garantías del artículo 24.2 CE., si bien admite algunos límites en atención a su carácter de procedimiento no penal en la concepción de esa Alta jurisdicción.

5. En cuanto al derecho de asistencia letrada en expedientes judiciales, tema no resuelto expresamente, nos inclinamos por su aplicación, incluso abstracción hecha de su naturaleza. La adaptación de ese derecho fundamental a la actual estructura del procedimiento por faltas graves es perfectamente posible, reconociéndose como voluntario y no preceptivo; así lo exigen el mandato constitucional y también razones implícitas al propio funcionamiento del expediente.

En una futura regulación de la actual materia de éstos procedimientos, debe desde luego incluirse de manera expresa.

6. En los procedimientos previos, en cambio, no hay lugar al ejercicio del derecho a la defensa, ya que se trata de simples investigaciones de carácter judicial en las que no hay hechos de naturaleza claramente punible ni inculpada.

7. Por último, en el supuesto de faltas leves —«vía gubernativa», realmente disciplinaria— sancionables directamente o de plano, las po-

sibilidades de defensa quedan constreñidas a «oír al interesado» antes de sancionar, trámite que en todo caso debe ser observado.

Por lo que a detención de militares se refiere la ponencia estudió los antecedentes históricos, la normativa vigente del C.J.M., la RR.OO. y el Decreto de 11 de julio de 1934, analizando los distintos supuestos de detención, para llegar tras todo ello a las siguientes *Conclusiones*:

Primera. La normativa específica sobre detención de militares tiene remotos antecedentes en nuestro Derecho histórico con base en un principio de honda raigambre en la Institución Castrense: el de que los militares en activo nunca pueden sustraerse a sus mandos naturales y, en consecuencia, no pueden ser detenidos más que por sus jefes, y han de sufrir la detención o prisión preventiva bajo su custodia en establecimientos militares.

Segunda. Esta regulación especial de la detención de militares no constituye un privilegio de clase, sino que es una exigencia derivada de la peculiar naturaleza de la Institución militar y de la índole de las funciones y servicios que tiene encomendados, por lo que no vulnera el principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Tercera. En el actual ordenamiento jurídico, la regulación específica sobre detención de militares está constituida por las normas contenidas en los artículos 676 del C.J.M., y 172 y 173 de las Reales Ordenanzas Militares, aprobadas por Ley 85/78, de 28 de diciembre, así como por las del Decreto de 11 de julio de 1934, integrando todas ellas un conjunto armónico de disposiciones.

Cuarta. Con arreglo a ésta normativa: a) los militares en activo no podrán ser detenidos más que por las Autoridades o Jefes militares de los que dependan, debiendo a tal efecto las Autoridades Gubernativas o Judiciales que hubieran ordenado la detención interesar su ejecución a aquéllas Autoridades o Jefes; b) solamente cuando no fuera posible interesar de las citadas Autoridades o Jefes militares la detención, por tratarse de casos de manifiesta urgencia o flagrante delito, podrá efectuarse la misma de forma inmediata por las Autoridades gubernativas o Judiciales no militares; c) aún en los citados supuestos de manifiesta urgencia o flagrante delito, la detención de un militar que estuviere prestando un servicio de armas o cualquier otro cometido de carácter esencialmente militar, sólo podrá ser practicada por los Jefes o Superiores a cuyas órdenes se encuentre a no ser que se hubiere puesto fuera del alcance de dichos Jefes o Superiores; d) en todos los casos en que proceda la detención de un militar por las Autoridades Gubernativas o Judiciales, éstas deberán comunicar inmediatamente la misma a las Autoridades militares y la formación del atestado o diligencias quedando a «disposición» de la Autoridad Gubernativa o judicial que hubiere ordenado la detención; e) los militares detenidos sufrirán la detención en estable-

cimiento militar, o en su defecto, en prisión civil con separación de los demás presos o detenidos.

Quinta. Las normas específicas sobre detención de militares son aplicables en su totalidad al personal militar en servicio activo y en situaciones que pudieran ser equiparables según la legislación sobre situaciones militares, entre ellas la de «reserva» de Generales y Almirantes. A los Jefes, Oficiales y Suboficiales en situación de retirados sólo les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 676 del C.J.M. (cumplimiento de la detención en establecimientos militares) y en el párrafo segundo del artículo 173 de las RR.OO. (permanencia mínima en dependencias policiales), pero no les serán aplicables las normas del Decreto de 11 de julio de 1934, por lo que pueden ser detenidos por las Autoridades Gubernativas o Judiciales en todo caso, incluso cuando no se trate de supuestos de urgencia o flagrancia.

Sexta. En razón a las dudas y la diversidad de criterios surgidos en la aplicación de las normas sobre detención de militares, se estima conveniente que por la Presidencia del Gobierno se dicte un Real Decreto por el que se desarrollen las disposiciones legales sobre estas materias contenidas en el Código de Justicia Militar y en las Reales Ordenanzas Militares y se modifiquen, amplíen, aclaren y actualicen las normas del Decreto de 11 de julio de 1934, a la luz de la experiencia obtenida en su aplicación práctica, y para cuya elaboración podría servir de base el «borrador» de proyecto que esta Comisión de trabajo se propone redactar una vez finalizadas las Jornadas —y a la vista de las conclusiones aprobadas en las mismas—, para su elevación a la Superioridad, a través de la Presidencia de dichas Jornadas.

Para esta ponencia presentaron comunicaciones el Comandante Auditor del Aire, Don Juan Felipe Higuera Guimera; el Coronel Auditor del Ejército, Don Francisco Marzal Caparrós, y el General Auditor del Aire, Don León Herrera y Esteban.

Fueron también muy numerosas las intervenciones de jornalistas en relación con los temas objeto de debate. Es de señalar que por haber tenido lugar en días sucesivos el estudio de los tres temas la asistencia a las sesiones de trabajo contó con la presencia de todos los concurrentes en cada una de ellas.

La última sesión celebrada que tuvo el carácter de reunión plenaria, fue objeto, asimismo, de numerosísimas intervenciones en las que sometido nuevamente a estudio el contenido de las conclusiones definitivas en las Primeras Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas.

Primera Comisión:

Tema: La libertad de expresión en las Fuerzas Armadas.

Conclusiones definitivas:

Primera. El militar tiene la plena titularidad, como un ciudadano más, del derecho a la libertad de expresión, sin otros límites que los determinados por el artículo 20, apartado 4) de la Constitución.

Segunda. Resulta conveniente la promulgación de una Ley Orgánica desarrollando este derecho y que, al referirse a los militares, tenga en cuenta las misiones que a las Fuerzas Armadas atribuye el artículo 8 de la Constitución.

Tercera. La indicada Ley Orgánica deberá modificar las Reales Ordenanzas y el Real Decreto-Ley 10-1977, de 8 de febrero, en lo referente a la libertad de expresión, determinando de forma precisa los límites constitucionales en relación con los miembros de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta los intereses de la seguridad y defensa nacional, de los asuntos del servicio y de la organización y actuación de los Ejércitos.

Cuarta. La actual exigencia de autorización previa en relación con el ejercicio de este derecho por los militares es incompatible con lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Constitución, que dice que el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

Quinta. Las responsabilidades exigibles en la esfera castrense, que pudieran derivarse del ejercicio de este derecho por el militar, tan sólo lo serán en el ámbito penal o disciplinario correspondiente, a cuyo fin deberán establecerse los tipos aplicables.

Segunda Comisión:

Tema: La función asesora del Auditor en materia administrativa.

Conclusiones definitivas:

Primera. En la Administración Militar el asesoramiento jurídico corresponde exclusivamente a los componentes de los Cuerpos Jurídicos Militares, salvo los supuestos excepcionales de los dictámenes del Consejo de Estado, de las facultades de la Dirección General de lo Contencioso en casos específicos y del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Segunda. Dada la especial misión dentro de las Fuerzas Armadas a cumplir por el personal de los Cuerpos Jurídicos Militares, debe cuidarse su preparación, selección, superación, profesionalidad y puesta al día de sus conocimientos, así como dotarles de los medios materiales y auxiliares necesarios para un eficaz desenvolvimiento de su actividad.

La existencia de una Escuela de Estudios Jurídicos de los tres Ejércitos se considera necesaria y beneficiosa, transformando a tal efecto la que existe del Cuerpo Jurídico Militar en una Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa, a la que deberá prestarse la máxima colaboración y ayuda en todos los órdenes.

Tercera. La actuación de las Autoridades Militares con funciones administrativas requiere el asesoramiento jurídico a fin de que las resoluciones que en el ámbito de su competencia puedan dictar, estén ajustadas a derecho.

Cuarta. El asesoramiento jurídico de las Autoridades Jurisdiccionales Militares en el ejercicio de sus funciones administrativas es facultad exclusiva del Auditor, en quien concurren, sin confundirse, sus competencias en materia judicial con las de asesoramiento en cuestiones no judiciales.

Quinta. Corresponde también al Auditor propugnar la asistencia jurídica a cuantos Organismos, Centros y Establecimientos lo necesiten, adoptando soluciones o elevando mociones al efecto, así como coordinar la actuación de los Asesores, siempre de los Cuerpos Jurídicos Militares que ejerzan esos asesoramientos.

Sexta. Con independencia de los dictámenes o informes escritos, podrá recabarse del Auditor cuando las circunstancias así lo aconsejen, informes orales, así como la función de consejo al Mando cuando los de naturaleza jurídica sean necesarios o adecuados para las resoluciones que se hayan de adoptar.

Séptima. En el desempeño de la función asesora, el Auditor dependerá orgánicamente de la Autoridad Jurisdiccional con la que despachará directamente.

Tal adscripción orgánica no podrá ser nunca con merma de la independencia, que es esencial en toda clase de asesoramiento jurídico. Esta independencia podría verse coartada si el Auditor pudiera ser corregido directamente en relación con su función asesora por la Autoridad asesora. En consecuencia, las facultades de corregir al Auditor en el ejercicio de su función asesora deberían corresponder exclusivamente al Consejo Supremo de Justicia Militar.

El Auditor prestará asesoramiento únicamente a la Autoridad Jurisdiccional o a aquellas otras que ejerzan funciones delegadas de la misma. Como es propio de los asesoramientos jurídicos, ese informe será el último y previo a la resolución, salvo aquellos supuestos en los que legalmente se disponga otra cosa.

Octava. Sin perjuicio de la adscripción orgánica señalada en la 7.^a conclusión, el Auditor podrá recibir orientaciones y criterios de coordinación o actuación en materia jurídica no judicial del Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa. Estos criterios los recibirá a través de las Asesorías Jurídicas de los Cuarteles Generales o directamente, si bien en este supuesto la Asesoría Jurídica General los comunicará también, para conocimiento, a la respectiva Asesoría del Cuartel General. El Auditor, a su vez, podrá recabar directamente tales criterios de los Asesores de los Cuarteles Generales o del Asesor Jurídico General a tra-

vés de éstos. En ningún caso dichas orientaciones coartarán la independencia del Auditor en los informes que haya de emitir bajo su personal responsabilidad.

Tercera Comisión:

Tema: Primera parte: Asistencia letrada y procedimientos judiciales y procedimientos previos.

Conclusiones definitivas:

Primera. La Constitución española establece, en su art. 24, el derecho a la tutela judicial, como uno de los fundamentales o libertades públicas. Para su efectividad, el número 2 del mismo precepto, consagra la denominada «Garantía procesal», que se desenvuelve en una serie de derechos concretos, encaminados, todos, a la defensa, en sentido genérico, del ciudadano en el proceso: el «Contenido esencial» de ese derecho, ha de ser respetado, en todo caso, por la Ley (art. 53.1 CE).

Segunda. Entre estos medios de defensa, aparece citado, el derecho de defensa en sentido estricto, o asistencia letrada.

Tercera. El Tribunal Constitucional, en varias resoluciones, ha entendido, a los expedientes judiciales, el contenido básico del derecho a la defensa, con la exigencia de que se observen las garantías del artículo 24.2 CE, si bien, admite algunos límites, en atención a su carácter de procedimiento no penal, en la concepción de esa Alta jurisdicción.

Cuarta. En cuanto al derecho de asistencia letrada en expedientes judiciales, tema regulado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, se estima procedente su aplicación, si así lo solicita el expedientado, a quien previamente se informará de este derecho.

La asistencia de letrado podrá ser sustituida, a petición del encartado, por la de un defensor militar.

Quinta. En los procedimientos previos, en cambio, no procede la asistencia de Letrado, ya que se trata de simples investigaciones de carácter judicial en las que no hay hechos de naturaleza claramente punible ni inculpado.

RECOMENDACION.—Dentro de la ineludible exigencia de que las FALTAS LEVES sean sancionables directa e inmediatamente, se considera conveniente, para tal acción disciplinaria se mantenga de modo incuestionable en el marco constitucional, arbitrar un sistema de «tutela judicial» que posibilite la revisión por un Organismo Jurisdiccional Militar de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento sumario que permita al inculpado ejercer su derecho a la defensa.

Tema: Segunda parte: Detención de militares.

Conclusiones definitivas:

Primera. La normativa específica sobre detenciones de militares, tiene remotos antecedentes en nuestro Derecho histórico con base en un principio de honda raigambre en la Institución Castrense: el de que los militares en activo nunca pueden sustraerse a sus mandos naturales y, en consecuencia, no pueden ser detenidos más que por sus Jefes y han de sufrir la detención o prisión preventivas bajo su custodia en establecimientos militares.

Segunda. Esta regulación especial de la detención de militares no constituye un privilegio de clases, sino que es una exigencia derivada de la peculiar naturaleza de la Institución militar y de la índole de las funciones y servicios que tienen encomendados, por lo que no vulnera el principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley.

Tercera. En el actual ordenamiento jurídico, la regulación específica sobre la detención de militares está constituida por las normas contenidas en los artículos 676 del Código de Justicia Militar y 172 y 173 de las Reales Ordenanzas Militares aprobadas por ley 85/1978, de 28 de diciembre, así como por las del Decreto de 11 de julio de 1934, integrando todas ellas un conjunto armónico de disposiciones.

Cuarta. Con arreglo a esta normativa: a) los militares en activo no podrán ser detenidos más que por las Autoridades o Jefes militares de los que dependan, debiendo, a tal efecto, las Autoridades gubernativas o judiciales que hubieran ordenado la detención interesar su ejecución de aquellas Autoridades o Jefes; b) solamente cuando no fuera posible interesar de las citadas Autoridades o Jefes militares la detención por tratarse de casos de manifiesta urgencia o flagrante delito, podrá efectuarse la misma de forma inmediata por las Autoridades gubernativas o judiciales no militares; c) aún en los citados supuestos de manifiesta urgencia o flagrante delito, la detención de un militar que estuviera prestando un servicio de armas o cualquier otro cometido de carácter esencialmente militar, sólo podrá ser practicada por los Jefes o Superiores a cuyas órdenes se encuentre, a no ser que se hubiere puesto fuera del alcance de dichos Jefes o Superiores; d) en todos los casos en que proceda la detención de un militar por las Autoridades Gubernativas o Judiciales, éstas deberán comunicar inmediatamente la misma a las Autoridades militares y efectuar la entrega del detenido a dichas Autoridades tan pronto se termine la formación del atestado o diligencias «a disposición» de la Autoridad gubernativa o judicial que hubiere ordenado la detención; e) los militares detenidos sufrirán la detención en establecimiento militar o, en caso de imposibilidad en prisión civil con separación de los demás presos o detenidos.

Quinta. Las normas específicas sobre detención de militares son aplicables en su totalidad al personal militar en servicio activo y en situaciones que pudieran ser equiparables, según la legislación sobre situaciones militares, entre ellas la de «reserva» de Generales y Almirantes. A los Jefes, Oficiales y Suboficiales en situación de retirado, sólo les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 676 del Código de Justicia Militar (cumplimiento de la detención en establecimientos militares) y en el párrafo segundo del artículo 173 de las Reales Ordenanzas (permanencia mínima en dependencias policiales), pero no les serán aplicables las normas del Decreto de 11 de julio de 1934, por lo que pueden ser detenidos por las Autoridades gubernativas o judiciales en todo caso, incluso cuando no se trate de supuestos de urgencia o flagrancia.

Sexta. En razón a las dudas y la diversidad de criterios surgidos en la aplicación de las normas sobre detención de militares, se estima conveniente que por la Presidencia del Gobierno, se dicte, un Real Decreto, por el que se desarrollen las disposiciones legales sobre estas materias, contenidas en el Código de Justicia Militar y en las Reales Ordenanzas Militares y amplíen, aclaren y actualicen las normas del Decreto de 11 de julio de 1934, a la luz de la experiencia obtenida en su aplicación práctica.

Dentro de la sesión plenaria se acordó la celebración de unas próximas Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas que tendrían lugar durante el mes de enero de 1985, previa aprobación por la Superioridad. Se invitó por la Presidencia a los participantes para que fuesen seleccionando temas de interés para esta próxima reunión.

Las jornadas despertaron un gran interés que se puso de manifiesto por la numerosísima presencia de Oficiales de los tres Cuerpos Jurídicos, sus frecuentes intervenciones en la discusión de los temas y lo brillante de sus exposiciones.

La sesión clausurada fue presidida por el Excmo. Señor Ministro de Defensa, quien pronunció unas palabras de agradecimiento a los organizadores y participantes, estimulando a todos para continuar en el servicio a las Fuerzas Armadas y a España. El Ministro invitó con un almuerzo a todos los participantes en estas Primeras Jornadas.

SEMINARIO DE ENSEÑANZA MILITAR

David ADÁN HERRERO

*Coronel Auditor
Jefe de Estudios de la Escuela de
Estudios Jurídicos del Ejército*

Organizado por el Estado Mayor del Ejército se ha celebrado un Seminario en la Escuela de Estado Mayor durante los días 2 al 11 de abril de 1984, con la participación de Directores de Escuelas y Academias, expertos civiles en enseñanza y observadores, con la finalidad de hacer luz sobre los diversos problemas y sobre las diferentes opiniones con el objeto de proporcionar al Mando información para adoptar sus decisiones.

En representación de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército asistieron su Director, el General Auditor Don José Luis Fernández-Flores y el Coronel Auditor 2.º Jefe, Don David Adán Herrero.

El seminario versó sobre la totalidad de los aspectos de la Enseñanza Militar en sus distintos niveles de Oficiales, Suboficiales, Escalas Activas, de Complemento, Profesorado y selección del mismo, así como de la importancia de las diferentes materias, técnicas y humanísticas a impartir.

En relación con la Escuela de Estudios Jurídicos el General Auditor Don José Luis Fernández-Flores puso de manifiesto la desigual regulación de los sistemas de ingreso y enseñanzas en los Cuerpos Jurídicos de Tierra, Mar y Aire. Propugnó el sistema, ya iniciado en el Cuerpo de Intervención Militar, de la unificación de los tres cuerpos, y en todo caso apoyó la necesidad de unificar la enseñanza. Ya que en los Ejércitos de Mar y Aire no existen centros de enseñanza del Derecho Militar, propuso que la actual Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército tuviese a su cargo la selección y formación de los aspirantes.

Este criterio fue aceptado y recogido en las conclusiones del Seminario en los siguientes términos: «La unificación del mayor número po-

sible de Cuerpos en los tres Ejércitos fue tema considerado deseable por varios grupos de trabajo, entendiéndose que ello incidiría favorablemente en la programación y realización de la Enseñanza».

III. VARIOS

1. RECENSION DE LIBROS

(SAYRE A. SWARZTRAUBER)

The Three-Mike Limit Of Territorial Seas. Naval Institute Press Annapolis (Maryland), 1972. 316 págs., por **José Luis Fernández-Flores**

A la ya muy larga lista bibliográfica de los estudios sobre el mar territorial y, más específicamente, de su límite, ha venido a sumarse la obra que comentamos del hoy Almirante de la Marina de los Estados Unidos, Saayre A. Swarztrauber. Se trata de un estudio fundamentalmente histórico de los límites del mar territorial y, más concretamente, del límite de las tres millas tradicionales, un trabajo denso y bien documentado, en el que a través de una sistemática rigurosa, se aborda su evolución hasta llegar al momento presente.

La obra se compone de una introducción y catorce capítulos, de los cuales, el último ya está en la línea de las perspectivas y recomendaciones, con lo que este estudio, fundamentalmente histórico, como hemos dicho, no se despega de las realidades del tiempo actual.

En la Introducción, como una muestra de la claridad expositiva que preside toda la obra, comienza su autor por una serie muy útil de precisiones terminológicas, explicando a continuación la sistemática a seguir y las fuentes de que se ha valido para su elaboración.

El Capítulo I está dedicado al estudio de los antecedentes históricos remotos, el planteamiento romano del mar territorial, la concepción medieval y las líneas de su desenvolvimiento en los siglos XVI y XVII. Los tres Capítulos siguientes tratan de los límites marcados por «el disparo de un cañón» y por «el alcance de la vista», para alcanzar ya medidas más exactas, aunque variables, a base de la «legua marítima». En el Capítulo 5 se estudia ya concretamente el nacimiento del límite de las tres millas, cuyas alternativas constituyen la parte principal del libro, situando su origen «probablemente» en las «hovering acts» inglesas, en 1709, estudia sus avatares siguientes y su adopción por los Estados Unidos. Los Capítulos 6 y 7 tratan de la historia de este límite del mar territorial, en el siglo XIX, la Gran Bretaña, el superpoder naval de la época, adaptó el límite de las tres millas para el mar territorial, lo que, seguido por otros países, le dió un cierto status de regla internacional; una serie de tratados y convenciones, de resoluciones, jurisprudenciales

y de prácticas seguidas, dieron el resultado de su aceptación como regla por numerosos publicistas; este límite, por otro lado, fue aceptado en la práctica por los grandes Estados de la época y también por muchos de menos significación; sin embargo, pese a esta casi general aceptación, es lo cierto que, en el mismo siglo XIX, ya se produjeron reticencias y resistencias a la regla de las tres millas, pues los escandinavos sostuvieron las cuatro millas, los españoles y portugueses las seis millas, Méjico las nueve millas y la propia práctica de los Estados Unidos se reveló ambivalente, produciéndose al propio tiempo otras reclamaciones contra la regla de las tres millas, con diferentes propósitos. En los tres Capítulos que siguen, 8, 9 y 10, se continúa el estudio de la historia de este límite a lo largo del siglo XX hasta la terminación de la Segunda Contienda Mundial; si al comenzar el siglo, la regla de las tres millas estaba virtualmente aceptada en términos generales, no ocurre lo propio cuando, a efectos de neutralidad marítima, al correr los años, los diferentes Estados van fijando diferentes anchuras de su mar territorial y así, en torno a la Primera Contienda Mundial, la regla tradicional empieza a sufrir excepciones, como las de Francia o Italia que se extienden a seis millas o la de de los soviéticos que se extienden a doce; en el período de «entre-guerras», opina el autor que las dificultades que encuentra la regla de las tres millas provienen de las encontradas corrientes del nacionalismo y el internacionalismo, que se manifiestan en la Conferencia de La Haya de 1930, donde no sólo no hay unanimidad en la regla de las tres millas, sino que se proponen otras diferentes también entre sí, comenzando a hacer su aparición el concepto de zona contigua; con la Segunda Contienda Mundial, la decadencia de la regla de las tres millas, es manifiesta, como se puede comprobar a través de una serie de excepciones introducidas en la misma por necesidades de neutralidad o simplemente de defensa, produciéndose simultáneamente un resurgimiento de la línea de las doce millas que era el antiguo propósito soviético. Los tres Capítulos que vienen a continuación, 11, 12 y 13, nos sitúan ya en el momento actual; el período entre 1945 y 1970 se define por el autor como el de la amarga disputa y controversia sobre la extensión de las aguas territoriales y no sólo por razones de defensa, sino muy particularmente por motivos económicos, principalmente los de la pesca; en este período, la labor de las Naciones Unidas se ha dejado sentir a través de las Conferencias sobre el Derecho del Mar que, por lo que respecta al límite del mar territorial, parecen conducir hacia las doce millas. El Capítulo 14 y último, situado ya en el momento presente, comienza por considerar la realidad de que, ahora, la Unión Soviética tiene los mismos intereses navales de los Estados Unidos, en cuanto se encuentra en una práctica paridad naval con éstos, pese a lo cual el autor piensa que la solución más práctica es la del límite de las doce millas,

para el mar territorial, independientemente de que éste sea completado por una serie de convenciones internacionales y otras zonas de distinto carácter y más anchura.

Críticamente, el libro tiene una serie de aciertos que no se quedan en la sistemática, en la claridad o en la documentación. El estudio ha sido llevado con seriedad científica y la interpretación de la situación en tiempos pasados responde, a nuestro juicio, con gran exactitud a la que se ha venido haciendo por los más destacados tratadistas del tema. Es notable, en este punto, la referencia detenida a la vieja posición española y nuestros clásicos del siglo XVI.

En todo el trabajo se advierte que su autor es un marino de guerra, pues en muchos lugares su planteamiento tiene connotaciones que no aportaría un internacionalista. En este sentido es de agradecer que profesionales del mar se ocupen de temas como el presente. En resumen, una obra excelente que cubre perfectamente el objetivo que se ha propuesto su autor.

BLECUA FRAGA, Ramón

El delito de traición y la Defensa Nacional, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, EDERSA, Madrid, 1983 (216 páginas), por A. Millán Garrido.

La traición ofrece una compleja problemática, más acusada en aquellos Ordenamientos que, como el español, distinguen dos modalidades, común y militar, de un delito sustancialmente unitario.

En nuestro Derecho, además, el escaso interés mostrado en esta materia por la Doctrina ha favorecido el mantenimiento de una legislación defectuosa, en la que, tras un prolijo casuismo, persisten ubicaciones incorrectas, repeticiones innecesarias, lagunas difícilmente justificables y supuestos de doble incriminación de una misma conducta, que ponen de manifiesto la necesidad de una profunda remodelación de este delito en la próxima reforma de la legislación penal común y militar (1).

De aquí el interés de esta obra, con la que su autor, el doctor, Ramón Blecua Fraga, Teniente Coronel Interventor de la Armada, Profesor de Derecho Penal y especialista en el tema (2), nos ofrece, por vez

(1) Vid. MILLAN GARRIDO, Antonio, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar*, en «Revista de Derecho Público», n.º 87, Madrid, 1982, págs 310 y ss.

(2) Cfr. BLECUA FRAGA, Ramón, *Los delitos contra la seguridad exterior del Estado en la legislación extranjera*, en «Revista Española de Derecho Militar», n.º 15, Madrid, 1963, pág. 49. *Los secretos militares en su aspecto penal*, en *Revista Española de Derecho Militar*, número 38, Madrid, 1979, página 163; *El delito de espionaje en el marco de la Defensa nacional*, en «Revista de Derecho Público», número 79, Madrid, 1980, págs 265.

primera en nuestra Doctrina, una monografía específicamente dedicada al estudio integral del delito de traición.

El trabajo, prologado por el Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo, consta de cinco capítulos, de los cuales el primero tiene carácter introductorio. En él, tras unas consideraciones previas con incidencia en las dificultades que presenta el concepto de traición, el autor analiza brevemente el alcance que en esta materia presentaba el Proyecto de Código Penal de 1980, detallando las modificaciones, exigidas por la necesaria armonización con los preceptos constitucionales y de técnica penal, que comportaba su regulación. Detalla, asimismo, el plan de la obra, lo que, en buena medida, supone un adelanto de sus conclusiones y justifica el título por «considerar la traición como un delito, no el único, pero sí el de máxima jerarquía criminal, contra la Defensa Nacional».

En el capítulo segundo deja constancia Bleuca de unas notas históricas sobre el delito de traición, que se inician en el Derecho romano y culminan con concretas referencias a nuestros Códigos penales y a la Ley para la Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941. Particularmente sugestivo resulta el exámen del Derecho histórico español anterior a la Codificación, en el que el autor sistematiza con acierto el relativamente amplio material bibliográfico existente sobre el tema (3).

El capítulo tercero, que tiene por objeto el estudio de la traición en la legislación penal española vigente, consta de tres partes bien diferenciadas:

a) En la primera se analiza la legislación común a partir de la propia sistemática normativa y, en concreto, de la tradicional bipartición seguridad exterior-interior del Estado. Después de una referencia al sujeto activo del delito el autor examina las diferentes conductas típicas de traición (que clasifica según la preponderancia de la ayuda al enemigo y el quebranto que suponen a la Defensa Nacional), así como diversas cuestiones relativas a la culpabilidad, fases de ejecución, participación, punibilidad y perseguibilidad del delito.

b) La segunda parte, dedicada al estudio de la legislación militar, ofrece una sistemática similar a la primera, en la que destaca la clasificación de las distintas conductas típicas agrupadas en actos en detrimento de la Patria y actos de colaboración con el enemigo.

c) La tercera parte, en la que se aborda el delicado tema del dualismo normativo, comienza con un estudio comparativo entre los preceptos del Código Penal y los del Código de Justicia Militar. En él, tras una oportuna referencia histórica, deja constancia de las contradictorias po-

(3) En este punto, merece referencia especial la obra de IGLESIAS FERREIROS, *Historia de la traición (La traición regia en León y Castilla)*, Santiago de Compostela, 1971.

siciones mantenidas en este punto por Rodríguez Devesa y Montull Lavilla (4) para posteriormente destacar su propia posición personal, señalando posibles criterios diferenciadores en los supuestos de doble regulación. Concluye Bleuca con un breve análisis de la competencia de la jurisdicción militar tras la Ley Orgánica 9/1980.

En el capítulo cuarto nos ofrece el autor una selectiva exposición de Derecho comparado, materia que sistematiza, distinguiendo aquellos Ordenamientos que tipifican el delito de traición en la legislación común (Francia, República Federal de Alemania, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Gran Bretaña, Estados Unidos de América), de aquellos otros que regulan el delito de traición únicamente en la legislación militar (Italia, Bélgica).

El capítulo quinto y último incorpora un proyecto para la reforma de la legislación española sobre traición, reforma que debe obedecer a unos criterios unitarios para lograr la necesaria armonía entre el Derecho Penal común y el militar (5). Estos criterios establecidos por el autor abarcan desde la rúbrica de «Delitos contra la Defensa Nacional», en la que debería ir encuadrada la traición, hasta un renovado concepto de esta figura, para la que propone, en un ponderado estudio *de lege ferenda*, las distintas conductas típicas integrantes de cada una de las modalidades delictivas.

Estamos, en definitiva, ante un trabajo serio, coherente y bien elaborado por el que hay que felicitar a su autor. Con él ha colmado una sensible laguna en nuestra literatura juridicopenal y, muy oportunamente, ha proporcionado al legislador unos criterios, válidos, en mi opinión, con los que afrontar la reforma de una materia tan trascendental como hasta ahora poco estudiada.

MILLAN GARRIDO, Antonio

El delito de deserción militar. 188 págs. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1983. Por F. Jiménez y Jiménez.

Para quienes nos honramos con una entrañable amistad con el autor y a través de ella y de muchas horas de trabajo en común hemos ido

(4) Para RODRIGUEZ DEVESA (*Derecho Penal Español, Parte Especial*, Novena edición, Madrid, 1983, pág. 1255), la traición militar es la zona de máxima superposición con el Derecho común. Sostiene, por el contrario, MONTULL *Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición de Derecho penal común*, en *Revista Española de Derecho Militar*, números 25-26. Madrid, 1968, página 47 y ss.) que el paralelismo entre el Código Penal y el Código de Justicia Militar, en cuanto al delito de traición, es sólo relativo, no dándose prácticamente ningún supuesto de doble incriminación de una misma conducta.

(5) En este sentido destaqué en su momento que la reforma «no puede efectuarse sino de un modo conjunto, después de concretados los principios informadores que se estimen más correctos». Cfr. MILLAN GARRIDO, Antonio, *Consideraciones*, cita., pág. 311.

forjando una profunda estimación de su personalidad y logros científicos, resulta difícil recensionar ésta su, hoy por hoy, obra fundamental, sin que concurra, propia o ajena, la tacha de parcialidad en su favor. Por eso hemos demorado algún tiempo la publicación de estas líneas hasta ver, en otras más autorizadas y en Revistas de distinto signo, juicios y adjetivos que, resultando coincidentes con los nuestros, nos dejen tranquila la conciencia de que lo que aquí se diga trata de ser objetivo y justo.

Quede constancia, en primer lugar, de que entendemos estar en presencia del más completo y moderno tratamiento en profundidad que, sobre un delito militar concreto, se haya publicado hasta la fecha en lengua española. Marginando penosas comparaciones, lo que sucede es que, el campo de lo publicado está virgen, a nivel de obras monográficas, aunque, ciertamente, se halla a la espera de que nuestras nuevas leyes penales castrenses lo dejen roturado para una buena y próxima cosecha (por ejemplo, la obra de Ramón Blecua sobre el delito de traición), y si hace unos quince años nos permitíamos decir que estábamos en franciscana pobreza, hoy vemos ya con alegría una prometedora mies. De otro lado, falta una parte general que fije coordenadas a las que ceñir un tratamiento homogéneo de los tipos, que, por lo demás, se hace en la obra de Millán sin evadirse de las exigencias críticas y exegéticas propias de la ciencia jurídica, pero con visión de futuro y la especial dedicación a los aspectos históricos, jurisprudenciales y criminológicos que comentaremos separadamente.

Fruto de una tesis doctoral, justamente premiada por la Universidad de Sevilla, y asimismo en lo internacional, galardonada como de especial mérito por la Fundación Ciardi, la pulcra edición de Bosch resume un más amplio tratamiento del delito que originariamente se hizo y constituye ejemplo de una medida discreta, asequible y rigurosa de esta tipología especial que ha de llenar el hueco que le corresponde en el acervo del Derecho Penal.

Por supuesto, que la clásica formación y rigor técnico jurídico que seriamente posee el escritor Millán, y a la que une sus notables cualidades de claridad y esmero expositivo, dominan el tratamiento de los múltiples problemas que el delito de deserción militar contiene y que sus vacilaciones ante las tesis objetivistas o subjetivistas, que están en la esencia de la infracción, no se han visto tentadas —o al menos proyectadas— hacia el múltiple juego que la tesis de la acción finalista adquiriría en este campo. Ni aun de *lege ferenda* hubiera sido prudente, pero es obvio que cuando en un futuro —¡Hasta cuándo lejano!— el legislador reconstruya y modernice los tipos de la deserción, puede ser llegado el momento de incursionarse en la cuestión, aunque, con acierto quizás intuitivo, el autor se empieza a preocupar más por los aspectos crimi-

nológicos de este delito que por el entramado técnico jurídico que se monte sobre el simple hecho del incumplimiento por el soldado de su deber de presencia en filas para su disponibilidad para el servicio. De todos modos, el autor se inclina dogmáticamente por las tesis espiritualistas, principalmente germánicas o anglosajonas, constituyendo las más interesantes páginas —quizás también las del libro— las consideraciones críticas que se condensan en las número 45 a 50.

Como hemos apuntado ya, el tratamiento del delito desenvuelve toda su sistemática con arreglo a un orden tradicional de cuestiones, paladinamente visible en los Capítulos III a VII, ambos inclusive. Lo destacable, por separado, son estos aspectos concretos de sobresaliente desarrollo:

a) Consideraciones criminológicas, con la posible incursión inicial, «no sólo en la frecuencia criminológica del delito, sino en los diversos factores que pueden motivarla, en sus propios efectos criminógenos y las medidas tendentes a evitar este fenómeno delictivo». No sin fundamento descarta el autor para sus generalizaciones datos y consideraciones que sobre la desertión en las especiales fuerzas legionarias hizo hace tiempo el General Lanz-Piniés.

b) Los antecedentes históricos del delito, que cuentan con copiosa bibliografía procedente del Derecho romano, son tratados sumariamente como imprescindible aporte introductor. No puede decirse lo mismo, pues especialmente la dogmática italiana es amplia y cuidada, de la nota bibliográfica final, que sin duda será de utilidad extrema para cuantos quieran proseguir en una u otra dirección la obra básica que comentamos.

c) Queda para el final el destaque del Capítulo dedicado al Derecho comparado, no sólo por su densidad informativa, sino por el esfuerzo sistematizador con que el doctor Millán ha contribuido a dar el tratamiento, la utilidad y la medida de este ángulo de contemplación de las instituciones juridicopenales, mediante un despliegue de posibilidades y fórmulas utilizables, con riqueza de sugerencias y de matices que, en los momentos constituyentes en que nos encontramos, tan valioso puede sernos.

2. MISCELANEA

MISCELANEA

Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Director de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, Don José Luis Fernández-Flores, el 15 de julio de 1983 con motivo de la entrega de reales despachos de Tenientes Auditores:

Sres. Tenientes Auditores, Sres. Tenientes Interventores, Excmos. Sres., Excmas. Sras., Señores, Señoras:

AUNQUE me voy a dirigir a los Tenientes Auditores de modo preferente, como es natural, ruego a los Tenientes Interventores que hagan suyas mis palabras en lo que les fueren aprovechables.

HOY abandonáis la Escuela. La verdad es que me hubiera gustado dirigirme a cada uno de vosotros en particular y deciros coloquialmente lo que, por tradición y protocolo, voy a expresaros colectivamente.

MUY brevemente, os voy a recordar algunas cosas, puesto que, como dijo Shakespeare el viento ya sopla en las velas de vuestras naves y estáis a punto de partir.

En cuanto *Hombres*, no olvidéis nunca, para estar siempre en *guardia*, que pertenecéis a la realidad del ser humano, de este ser fundamentalmente instintivo y versátil en el que Dios ha dejado caer el ascua de la razón que, el hombre, porque quemar, utiliza escasamente.

Creo recordar que fue *Santayana*, ese filósofo español que escribe en inglés quién dijo que «no hay remedio para el nacimiento ni para la muerte» y que, por tanto, «sólo queda la posibilidad de aprovechar el intervalo». Pues bien, vosotros estáis comenzando el *intervalo*, pero antes de que os deis cuenta, llevaréis vivida una buena parte de él. A mí me parece que fue ayer cuando recibí mi despacho de Teniente. Hoy os recuerdo que lo importante no es vivir, sino *cómo se vive* para que seáis sencillamente mejores cada día.

Y me viene a la memoria aquello de *Benavente*, de que «todos llevamos en nosotros un gran señor de altivos pensamientos» y «a su lado, el servidor humilde, el de las ruines obras». Ya sé que la vida exige las ac-

ciones humildes, pero permitidme que os *desee* que predomine en vosotros el señor de los altivos pensamientos, capaz de todo lo grande y de todo lo bello.

En cuanto *Auditores*, os recuerdo que vais a ejercer la sagrada *misión* de administrar justicia. En este cometido, *pensad y obrad* de modo que no se nuble vuestra mente y no tiemble vuestra pluma y mirad siempre, por detrás de los papeles, a ese pobre ser humano, hecho a imagen y semejanza de Dios, que está en vuestras manos. De lo que *hagáis* con él, habréis de rendir cuentas.

«Menos mal —dijo *Quevedo*— hacen los delincuentes que un mal juez». No olvidéis que de la justicia depende la *salud* de los Ejércitos. No olvidéis que la bondad del *mando* se asienta sobre la justicia. No olvidéis nunca que, como *Auditores*, lo que se os pide, junto a vuestra preparación, es vuestra *lealtad*, de modo que no seáis cañas movidas por el viento, sino sostenes firmes de la justicia, de la disciplina y de la misión de las armas.

En cuanto *Militares*, también os recuerdo que «en lo nuestro» más que profesión, hay un *estilo* de vida. Sentid el noble orgullo de este estilo y no olvidéis nunca que sois *soldados* de España y que, excepto la salvación del alma, a España no se le puede negar nada.

Como dijo *Cánovas*, «con la patria se está con razón y sin razón... como se está con el padre, con la madre...». Estad pues, siempre *prestos*, con la lámpara encendida, por si la Patria os necesita.

Que seáis *buenos*, que *trabajéis* bien, que penséis en los *demás* antes que en vosotros mismos, que *amáis* a España, al Ejército, al Cuerpo Jurídico... y que tengáis *suerte*..., os desea vuestro compañero.

Viva España. Viva el Rey. Viva el Ejército.

INDICE

I DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- Dirección política de la Defensa y Mando Militar. Pablo Casado Burbano 11
El Testamento Militar: Su realidad y su futuro. Eduardo Gutierrez-Solar y Bragado 39
Sobre la Cruz Roja. Manuel Antón Ayllón 63

2 NOTAS

- La defensa y el problema de la disuasión. José Luis Fernández-Flores 97
Medios lícitos e ilícitos en la defensa. José Luis Fernández-Flores. 111
Una resolución polémica: ¿Puede el móvil desnaturalizar el delito de insulto a superior?. José Rojas Caro 125

3. INFORMACION

- Los delitos que comprometen la seguridad del Estado. Fernando Bartolomé Martínez 139
Novedades de la reforma de 1981 en la Organización de la Justicia Militar y en la estructura del proceso penal militar en Italia. Rodolfo Venditti 173

II TEXTOS

1. LEGISLACION

- Ley Orgánica Defensa Nacional y Organización Militar, 1/84, de 5 de enero 187

2. JURISPRUDENCIA

- Jurisprudencia Constitucional. Federico F. de Buján 195
Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar. José Luis Torres. 201
Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Nicolás González - Deleito. 231

3. DOCUMENTACION

- Primeras jornadas de los servicios jurídicos de las Fuerzas Armadas. David Adán Herrero 257
Seminario de Enseñanza Militar. David Adán Herrero 271

III VARIOS

1. RECENSION DE LIBROS

- The Three-Mile Limit Of Territorial Seas. José Luis Fernández-Flores 277
El delito de traición y la Defensa Nacional. A. Millán Garrido 279
El delito de desertión militar. F. Jiménez y Jiménez. 281

2. MISCELANEA

- Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército 287