

*de* REVISTA  
ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

**n.º 10**  
JULIO  
DICIEMBRE.

INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA  
SECCIÓN DE DERECHO MILITAR

CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

**PUBLICACION DE LA SECCION DE DERECHO MILITAR  
DEL INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA**

DIRECTOR

**EDUARDO DE NÓ LOUIS**

SECRETARIO

**MARIANO LANCH A ZAÑA**

---

Sección de Derecho militar:

**Eduardo de Nó Louis**

**José M.<sup>a</sup> Rodríguez Devesa**                      **Antonio Guerrero Burgos**  
**Manuel Jiménez de Parga**                      **Emilio Rodríguez Román**

---

Se ruega dirigir la correspondencia al INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA  
Sección de Derecho militar, calle Duque de Medinaceli, 4, 4.º, Madrid.

\* \* \*

La Revista dará cuenta de los libros que se envíen —dos ejemplares— a su  
Redacción.

---

Precio de suscripción (dos números al año):

ESPAÑA. . . . . 150 pesetas.  
EXTRANJERO. . . . . 300 >

---

Precio de un número suelto:

ESPAÑA. . . . . 80 pesetas.  
EXTRANJERO. . . . . 160 >

---

DD

**REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR**

INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA  
SECCION DE DERECHO MILITAR



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

REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR

NUMERO

10



MADRID  
JULIO-DICIEMBRE  
1960

-  
**E S P R O P I E D A D**

Queda hecho el depósito  
y la inscripción en el Re-  
gistro que marca la Ley.

**Reservados todos los derechos.**

---

Deposito legal. M. 523.—1958.

---

**GRÁFICAS GONZÁLEZ.—Miguel Servet, 15.—Tel. 2 27 07 10.—Madrid**



## SUMARIO

	<u>Página</u>
<b>ESTUDIOS</b>	
Los delitos contra el Derecho de gentes en el Código de Justicia Militar, por JOSÉ ANTONIO PASTOR RIBRUEJO ... ..	9
La profesionalidad en los reos de imprudencia aforados a la jurisdicción aérea, por JESÚS LÓPEZ MEDEL ... ..	21
La exención del Servicio Militar de clérigos y religiosos, por JOAQUÍN HERNÁNDEZ OROZCO ... ..	37
El matrimonio de los militares, por FRANCISCO CASTRO LUCINI ... ..	113
 <b>NOTAS</b>	
La Justicia Militar en la República Argentina, por ROMÁN RODOLFO RIVERA ... ..	135
Organización y competencia de las jurisdicciones militares francesas, por GRATIEN GARDON ... ..	153
La <i>Jurisdicción Militar en Dinamarca</i> , por S. B. NYHOLM ... ..	165
La colaboración entre las autoridades judiciales militares de los países nórdicos, por S. B. NYHOLM ... ..	171
 <b>RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS</b>	
"Arquivo de Direito Militar" ... ..	175
"Sabres e togas: a autonomia judicante militar", de Helio Lobo ... ..	177
"Le Coran et les Conventions humanitaires", de M. K. Ereksoussi ... ..	179

"La guerre subversive et la structure des armées", del Mayor Ed. Bauer	170
"L'O. T. A. N. "Organisation du Traité de l'Atlantique-Nord)", de Claude Delmas	179
"The Military Law Dictionary", de Richard C. Dahl y John F. Whelan	181
"El testamento militar y su proceso histórico", de Servando Fernandez Victorio	182
"Derecho Internacional Público", de Alejandro Herrero y Rubio.	184
"Crimes de responsabilidad", de Raúl Chaves	185
"La rehabilitación. Historia, Doctrina, Derecho extranjero y español y un Apéndice conteniendo las Leyes, Decretos y Ordenes dictadas sobre la materia", de César Camargo Hernández	186
"Derecho natural y Derecho penal. (El contenido de la antijuridicidad)", de José Guallart López de Goicoechea	187
"Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal con especial referencia a los delitos de imprudencia", de Manuel Luzón Domingo	188
"La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos", de José Ramón Parada Vázquez	191
"Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público", de Jesus López Medel	193
INFORMACION	195

## LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

### I.—LEGISLACIÓN:

Los atentados a los agentes de las autoridades militares, por JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ AREAL	205
La clasificación profesional en la Reglamentación de Trabajo del personal civil no funcionario dependiente de los Establecimientos militares, por CARLOS RODRÍGUEZ DEVESA	208

### II.—JURISPRUDENCIA:

A) Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, por JOSÉ M.ª RODRÍGUEZ DEVESA	221
B) Jurisprudencia de la Sala Especial de Competencias, por J. H. OROZCO	279



C)	Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por IGNACIO DÍAZ DE AGUILAR Y DE ELÍZAGA	283
D)	Jurisprudencia contencioso-administrativa, por OLEGARIO GONZÁLEZ GARCÍA	293
E)	Jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de personal (Sala 5.ª), por OLEGARIO GONZÁLEZ GARCÍA	307

## LOS DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

por José Antonio PASTOR RIDRUEJO

Capitán Auditor, miembro de la «Sociedad internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de Guerras» y profesor adjunto de Derecho internacional en la Universidad de Zaragoza.

I

La posición de la persona individual en el Derecho de gentes constituye uno de los temas más debatidos por la doctrina insin-ternacionalista de nuestros días. Pero lo que parece claro es que el individuo resulta directamente responsable ante el Derecho Internacional por los crímenes de guerra (1). Del acto contrario al Derecho de gentes bélico responde de manera inmediata su autor, sin perjuicio de que una obligación de reparar el daño a cargo de la colectividad a que pertenece complete la responsabilidad internacional (2). Los crímenes de guerra, es decir, los actos contrarios al Derecho Internacional bélico integran supues-

---

(1) ALFRED VERDROSS: *Derecho internacional público* (trad. esp. Tru-yol), Madrid, 1957, pág. 114; PAUL GEGGENHEIM: *Traité de Droit interna-tional*, tomo II, Ginebra, 1953, págs. 28 y sigs.

(2) Pues efectivamente el art. 3.º del IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre dispone: "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 pertene-cientes a su Ejército."

tos internacionales en que el sujeto de deber coincide con el sujeto de responsabilidad (3).

Para exigir esta responsabilidad internacional directa del individuo, el Derecho de gentes actúa bien a través de jurisdicciones internacionales, bien a través de órganos jurisdiccionales internos. Mediante tribunales interestatales, cuando los crímenes de guerra revisten cierta gravedad (Tribunales de Nüremberg y Tokio), y por medio de órganos internos, cuando ofrecen menor importancia (4). La represión interna ha tenido lugar tradicionalmente por el Estado a que pertenecen los autores de los hechos o por el Estado para el que han resultado perjuicios. A fin de sancionar un acto bélico ilícito poseen, pues, competencia concurrente dos Estados: el Estado del que es súbdito el autor y el Estado afectado por el daño (5). Pero bien entendido que los tribunales estatales competentes para enjuiciar el hecho actúan como verdaderos órganos internacionales, en virtud de la teoría del desdoblamiento funcional (6).

¿Qué Derecho aplicarán en estos casos los tribunales internos?

Conviene recordar a este respecto la distinción de WALZ entre Derecho Internacional, en sentido originario (*Völkerrecht im ursprünglichen Sinn*), que es el positivado por los medios normativos peculiares, y el Derecho internacional en sentido derivado (*Völkerrecht im abgeleiteten Sinn*), que es el Derecho de gentes incorporado al orden interno (7). Pues bien, cuando los tribunales estatales reprimen los actos ilícitos bélicos aplican Derecho Internacional en sentido derivado o, en fórmula de GUGGENHEIM (8), Derecho Internacional individualizado por el Derecho interno. En todos los sistemas jurídicos existen, efectivamente, leyes que imponen penas a las conductas bélicas consideradas como ilícitas por el Derecho Internacional. Si la fijación del tipo

(3) GUGGENHEIM: Op. cit., pág. 28.

(4) CHARLES ROUSSEAU: *Derecho internacional público* (trad. esp. Giménez Artigues), Madrid, 1957, págs. 558 y 559.

(5) GUGGENHEIM: Op. cit., pág. 35.

(6) ROUSSEAU: Op. cit., pág. 558.

(7) G. A. WALZ: *Les rapports du Droit international et du Droit interne*. "R. des C.", 1937, tomo 61, pág. 427.

(8) GUGGENHEIM: Op. cit., pág. 28.

delictivo corresponde así al legislador internacional, la sanción concreta y la extensión de ésta es de competencia del interno.

En este aspecto de la punición de los actos bélicos ilícitos, los recientes Convenios de Ginebra de 1949 han dado un paso más y han consagrado el principio de la jurisdicción universal (9). En efecto, los arts. 49, 50, 129 y 146 de los Convenios de 12 de agosto de 1949 sobre mejora de la suerte de heridos y enfermos de los Ejércitos, sobre mejora de la suerte de heridos, enfermos y naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, sobre protección a los prisioneros de guerra, y sobre protección a las personas civiles, dicen respectivamente:

“Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar cualquier medida legislativa necesaria para determinar las sanciones penales adecuadas que deban aplicarse a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer una cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio que se indican en el artículo siguiente.

“Cada una de las Partes contratantes queda obligada a buscar a las personas acusadas de haber cometido o dado orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo entregarlas a los propios tribunales de ella, cualquiera que fuese su nacionalidad. También podrá, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, remitirlas a otra Parte contratante interesada en el enjuiciamiento, siempre que esta otra Parte contratante haya formulado cargos suficientes contra las dichas personas.

“Cada una de las Partes contratantes tomará las medidas convenientes para que cesen los actos contrarios a las prescripciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente.

“En cualquier circunstancia, los inculpados se beneficiarán de garantías de procedimiento y libre defensa que no resulten inferiores a las prescritas en los arts. 105 y siguientes del presente Convenio.”

Es decir, los tribunales de cualquier Potencia signataria de los Convenios están habilitados para juzgar a toda persona res-

---

(9) En el mismo sentido, GUGGENHEIM: Op. cit., pág. 35, nota 2.

pensable de una infracción grave a sus disposiciones, sea cual fuere su nacionalidad y la de la persona agraviada. La competencia sancionadora de los tribunales ya no se reduce, por consiguiente, a los casos en que el autor o la víctima ostenten su nacionalidad. Pueden, sin embargo, declinar su competencia en órganos jurisdiccionales de otra Parte interesada en el proceso. Pero, en todo caso, la Potencia que reprima las infracciones aplicará la legislación especial que tiene obligación de dictar de conformidad con los propios Convenios: esto es, Derecho Internacional traducido en Derecho interno.

Y en el mismo sentido el art. 28 del Convenio de La Haya, de 14 de mayo de 1959, sobre protección de los bienes culturales, estipula:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de Derecho personal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención.”

## II

Por lo que respecta al ordenamiento español, el vigente Código de Justicia Militar dedica su tratado II a las leyes penales, y dentro de él el título VIII a los “Delitos contra la seguridad de la patria”. Dicho título consta de tres capítulos, el primero de los cuales se refiere a la “Traición”, castigando el segundo los delitos de “Espionaje”, y sancionando el tercero los llamados “Delitos contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo”.

Advirtamos antes que nada que la expresión “Derecho de gentes” es tomada por el Código en su sentido usual de Derecho Internacional. Así lo ha entendido no sólo la escasa doctrina que ha ocupado su atención en las leyes militares (10), sino también

---

(10) FERNANDO DE QUEROL Y DURÁN: *Principios de Derecho militar español*, tomo II, Madrid, 1948, págs. 349 y sigs.

el propio legislador, cuando en el art. 823 del Reglamento de 1882 sobre el servicio del Ejército en campaña, creyéndose obligado a definir lo que sea el Derecho de gentes, dice: "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."

La circunstancia de que el Código trate de los delitos contra el Derecho de gentes dentro de un título que se refiere genéricamente a los delitos contra la seguridad de la patria, parece significar que lo que el legislador persigue no es propiamente amparar intereses jurídicos del orden interestatal, sino proteger la seguridad del Estado. Pues, efectivamente, estos actos contrarios al Derecho Internacional, al ser realizados por órganos estatales —el militar, "el agregado a los ejércitos"—llevarían consigo la responsabilidad internacional del Estado (11). La punición de estas conductas entre los delitos contra la seguridad de la patria da a entender así, que lo que pretende inmediatamente el legislador es evitar la posible responsabilidad internacional del Estado y, en definitiva, cubrir su propia seguridad, persiguiendo sólo de manera mediata la tutela de los bienes jurídicos del Derecho de gentes. Cuando en realidad ocurre justamente lo contrario: el castigo de estas figuras delictivas protege, en primer lugar, bienes jurídicos del Derecho Internacional, y sólo indirectamente la propia seguridad del Estado.

Hecha esta aclaración, emprendamos ya el examen de las distintas figuras delictivas contenidas en el capítulo, al objeto de averiguar si todas ellas infringen normas del Derecho de gentes, y para señalar también si faltan en él otras conductas vulneradoras igualmente del ordenamiento internacional.

El artículo inicial del capítulo es el 279 y dice: "Incurrirá en la pena de reclusión a muerte el militar o agregado a los Ejércitos que, sin motivo justificado o sin autorización competente, ejecute actos de manifiesta hostilidad contra una nación extranjera

---

(11) Cfr. CHARLES ROUSSEAU: Op. cit., pág. 358; ALFRED VERDROSS: Op. cit., pág. 277; PAUL GUGGENHEIM: Op. cit., págs. 4 y sigs.; HILDEBRAND ACCIOLY: *Tratado de Derecho internacional público* (trad. esp. Azcárraga), Madrid, 1958, págs. 301 y sigs.; JULIO DIENA: *Derecho internacional público*, Barcelona, 1948, pág. 437; FRANZ VON LISTZ: *Derecho internacional público* (trad. esp. Miral), Barcelona, 1929, pág. 253; etc.

o viole tregua, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, siempre que de sus resultas sobreviniera una declaración de guerra o se produjesen violencias o represalias. En los demás casos se impondrá la pena de prisión.”

La redacción del artículo no es ciertamente feliz. ¿Cómo va a sobrevenir una declaración de guerra por violación de una tregua, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, convenios todos ellos que presuponen el estado de guerra?. Y, sin embargo, el precepto, al haber querido refundir en una dos figuras delictivas —ejecutar actos de violencia u hostilidad contra una nación extranjera no enemiga, por una parte, y violar treguas, armisticios u otras capitulaciones con el enemigo, por otra— considera aquella posibilidad.

En rigor, repetimos, son dos las figuras delictivas que se contemplan en el art. 279 (12): a), la conducta del militar o agregado a los Ejércitos que sin motivo justificado o autorización competente ejecuta actos de manifiesta hostilidad contra una nación extranjera, siendo la pena más severa en el caso de que de sus resultados sobrevenga una declaración de guerra o se produzcan violencias o represalias, y b), la conducta del que viola tregua, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, siendo mayor la pena si se producen violencias o represalias que en el caso contrario.

Lo que parece evidente es que uno y otro delito implican violación de normas internacionales. El primero de ellos entrañaría responsabilidad internacional para el Estado del que procediesen los actos de hostilidad, pues ha quedado muy lejana la época en que el derecho a ejercitar éstos y en general el *ius ad bellum* se consideraba como atributo de la soberanía estatal. Aquellos actos contradirían, en todo caso, los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas que institucionalizan el *ius ad bellum* (párrafo 4.º del art. 2.º sobre todo) (13). El segundo delito implica también vulneración de normas consuetudinarias del Derecho Internacional común, que adquirieron incluso rango de reglas escritas en los arts. 35, 36 y siguientes del Reglamento sobre leyes y costum-

(12) Vid. en el mismo sentido QUEROL: Op. cit., pág. 360.

(13) España es miembro de la Organización de Naciones Unidas desde el día 15 de diciembre de 1955.

bres de la guerra terrestre anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 (14).

El art. 280 dispone: "Será castigado con la pena de reclusión a muerte, previa degradación en su caso, el militar o agregado a los Ejércitos que sin orden expresa de sus jefes, incendie o destruya buques, aeronaves, edificios u otras propiedades, saquee a los habitantes de pueblos o caseríos o cometa actos de violencia en las personas."

Es este el precepto que sanciona la devastación y el saqueo a que aluden la rúbrica del capítulo. Hay que sobreentender en el artículo una serie de precisiones que completan en realidad al tipo delictivo, tales como la de que los buques, aeronaves o edificios han de ser no militares y que su incendio o destrucción ha de hacerse al enemigo en el curso de una guerra. Se debe interpretar así la disposición, porque la destrucción de los medios militares es lícita al venir exigida por la misma naturaleza de la guerra; y porque, de otra parte, la destrucción de naves, aeronaves o edificios propios, en tiempo de paz o en tiempo de guerra, constituiría otra infracción (traición si en tiempo de guerra); y porque si se tratase de aeronaves o edificios de una potencia con la que no se está en guerra, nos hallaríamos ante el primero de los delitos tipificados en el artículo anterior. Y algo parecido se debe decir del saqueo, que tendrá que ser de habitantes de pueblos y caseríos enemigos, y de la comisión de actos de violencia en las personas, que habrán de ser, además de enemigas, no combatientes.

Así entendido el precepto aparece claro que también considera actos contrarios a las normas del Derecho Internacional consagradas por los usos bélicos que imperaron en la Europa de los siglos XVIII y XIX y que fueron codificados en el Reglamento sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907, especialmente en los artículos 23, 25, 26, 27, 28, 46, 47, 48 y siguientes.

El art. 281 preceptúa: "Incurrirá en la pena de prisión el militar o agregado de los Ejércitos que en tiempo de guerra cometa cualquiera de los delitos siguientes: 1.º Obligar a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, maltratarlos de

---

(14) Ratificado por España en 18 de marzo de 1913 (*Gaceta de Madrid* de 22 de junio del mismo año).



obra, injuriarles gravemente o privarles de curación o alimento necesario. 2.º Atacar directamente, sin necesidad, hospitales, asilos de beneficencia, buques, aeronaves, o medio de transporte dedicado a idénticos fines, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos. 3.º Destruir en territorio amigo o enemigo templos, bibliotecas, museos, archivos, acueductos u obras notables de arte, así como vías de comunicación, telegráficas o de otra clase, sin exigirlo las operaciones de guerra. 4.º Ofender de obra o de palabra a un parlamentario.”

Su número primero contempla igualmente actos prohibidos por el Derecho de gentes, en especial por el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre prisioneros de guerra (15) en sus artículos 13, 14, 15, 50 y 130 (16).

El número segundo castiga, asimismo, actos contrarios al Derecho Internacional, según resulta del art. 19 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sobre protección a heridos y enfermos de los ejércitos en campaña (17), del art. 22 del Convenio de Ginebra de la misma fecha, relativo a la protección de heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (18), y de los arts. 18, 21 y 22 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección a las personas civiles en tiempo de guerra (19).

También el número tercero del art. 281 sanciona conductas contrarias al Derecho Internacional, contenidas especialmente en el artículo 27 del Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, en el art. 53 del IV Convenio de Ginebra de 1949 sobre protección a las personas civiles en tiempo de guerra y artículos 1.º, 3.º y 5.º y concordantes del Convenio de La Haya de 14 de

(15) Ratificado por España en 4 de agosto de 1952 y publicado en el *B. O. del E.* de 5 de septiembre siguiente.

(16) Reglas vigentes sobre protección a los prisioneros de guerra existen también en el Reglamento del IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 (arts. 4.º a 20).

(17) Ratificado por el Gobierno español en 4 de agosto de 1952 y publicado en el *B. O.* de 23 del mismo mes.

(18) Ratificado también en 4 de agosto de 1952 y publicado en el *B. O.* de 26 de agosto.

(19) Ratificado el mismo día que los otros convenios y publicado en el *B. O.* de 2 de septiembre de 1952.

mayo de 1954 sobre protección a bienes culturales en caso de conflicto armado (20).

Y el número cuarto se refiere a un hecho que, sobre estar reprobado por el Derecho de Gentes consuetudinario, aparece también prohibido en el art. 32 del repetido Reglamento de La Haya de 1907.

El art. 282 dispone: "El que despoje de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselos, sufrirá la pena de prisión. La pena podrá elevarse hasta la muerte, previa degradación en su caso, si al despojar al herido se le causaran otras lesiones o se agravase notablemente su estado."

Los actos castigados en este artículo se hallan prohibidos por los arts. 12 y 15 del Convenio de Ginebra de 1949 sobre heridos y enfermos del Ejército en campaña y por el art. 18 del Convenio de la misma fecha, relativo a la protección de los prisioneros de guerra.

El artículo 283 dice: "El militar que en la guerra despoje y se apropie del dinero o alhajas que sus compañeros de armas muertos en el campo llevaren sobre sí, será castigado con la pena de reclusión."

Se advierte claramente que la conducta sancionada en este artículo no atenta contra reglas del Derecho de Gentes. No es éste, pues, el lugar adecuado para el precepto que, como se ha señalado (21), pudiera figurar muy bien en el título XI del tratado II del Código, que en su capítulo único castiga los "Delitos contra el honor militar".

El art. 284 proclama: "El militar o agregado a los Ejércitos que en tiempo de guerra se apropie indebida e innecesariamente de edificios u objetos muebles a título de requisas, será castigado con la pena de reclusión."

Hay que sobreentender que lo que castiga el precepto es la apropiación indebida o innecesaria, y a título de requisas, de edificios u objetos muebles en territorio enemigo ocupado, o, en todo caso, pertenecientes a personas enemigas. Sólo en estos casos hay responsabilidad internacional, pues se infringe en ellos reglas consignadas en los arts. 52 y siguientes del Reglamento de La

(20) Ratificado por España en 7 de julio de 1960. (*B. O. del E.* de 22 de noviembre, núm. 282.)

(21) QUEROL: *Op. cit.*, pág. 365.

Haya de 1907 y en el art. 57 del Convenio de Ginebra de 1949 sobre protección a las personas civiles en tiempo de guerra.

Y, finalmente, el art. 285 declara: "El militar o agregado a los Ejércitos que habiendo requisado por necesidades militares edificios u objetos muebles, no formalizase debidamente, tan pronto como sea posible, la requisa efectuada, será castigado con la pena de prisión."

También hay que sobreentender en esta figura delictiva que la requisa no formalizada debe referirse a bienes propiedad de personas enemigas, requisa que suele tener lugar en el curso de una ocupación territorial. Así entendido el artículo, puede decirse que castiga un hecho contrario al art. 52 del Reglamento de La Haya de 1907.

### III

Estas son las figuras que el Código castrense castiga como contrarias al Derecho de Gentes. Pasando, sin embargo, una somera revista a los más recientes convenios del Derecho bélico se observa en seguida la insuficiencia punitiva del Código español. No tiene en cuenta ésta para nada, efectivamente, aquellas disposiciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección a las víctimas de la guerra que proscriben, por ejemplo, el juicio irregular y parcial de prisioneros de guerra (artículo 130 del Convenio sobre protección a los prisioneros de guerra), o las detenciones ilegítimas de personas civiles, las deportaciones y traslados ilegales, la coacción para servir en fuerzas armadas enemigas, la toma de rehenes, el juicio irregular y parcial, etcétera (art. 147 del Convenio sobre protección a las personas civiles, que resume las infracciones graves a sus disposiciones). Tampoco se ajustan exactamente los preceptos del Código a lo dispuesto por el Convenio de La Haya de 1954 sobre protección a bienes culturales.

Y respecto a estas conductas, las lagunas de nuestra legislación se hacen tanto más ostensibles cuanto que, al ratificar el Gobierno español los cuatro Convenios de 1949 y el de La Haya de 1954 contrajo el compromiso de dictar una legislación especial, sancionadora de las infracciones graves, y que habría de ser

la aplicada por los tribunales estatales, cuando éstos, en uso de la competencia que en ellos delega el orden internacional, debieren reprimirlas.

La regulación que nuestro Código hace de los delitos contra el Derecho de gentes bélico tiene, pues, ciertos defectos, que se pueden resumir en los siguientes:

1.º Inclusión dentro del título que trata en general de los "Delitos contra la seguridad de la patria". Ya hemos indicado que el sancionamiento de los delitos contra el Derecho de gentes, dentro de este título, da a entender que lo que preocupa al legislador es principalmente proteger la seguridad del Estado, evitando su posible responsabilidad, cuando lo que persigue en realidad es proteger bienes jurídicos del Derecho Internacional y sólo indirectamente la propia seguridad del Estado. Por ello, los delitos contra el Derecho de gentes debieran ser castigados en un título aparte.

2.º Punición de ciertos actos que, por más que son antijurídicos, no atentan contra el ordenamiento internacional. Tal sucede, por ejemplo, en el art. 283, cuyo lugar adecuado es el título XI que se refiere a los "Delitos contra el honor militar."

3.º Tipos delictivos incompletos. Hay algunos preceptos cuya letra cubre supuestos que, evidentemente, no caen dentro de su espíritu. Llegado el momento de aplicarlos habría que introducir distinguos no muy acordes con el criterio legalista que preside la realización del Derecho penal.

Está claro, por ejemplo, que no es delictiva en todos los casos la conducta del oficial que sin orden expresa de sus jefes, destruya una aeronave enemiga militar que, posiblemente, va a ser empleada contra él. Mas la letra del art. 280, al castigar, sin más especificaciones, el incendio de aeronaves por un militar sin orden expresa de sus jefes, abarca también aquel comportamiento.

4.º Ausencia de conductas bélicas ilícitas, consideradas así expresamente por el Derecho Internacional Positivo. Se trata de los actos prohibidos en los nuevos convenios de Derecho bélico, como ya hemos dicho, posteriores a la publicación del Código, pero que exigen modificaciones legislativas en los Estados signatarios.

Si llegare el momento de reformar el Código castrense, habría que pensar en estos cuatro puntos. Mas si tres de ellos suponen a fin

de cuentas imperfecciones, más o menos leves, de técnica jurídica, hay uno que debiera ser considerado seriamente por el legislador: el de la ausencia de ciertas figuras que el Derecho Internacional tiene por ilícitas.

Piénsese que cuando el Estado español ratificó los Convenios de Ginebra de 1949, contrajo una deuda con el Derecho internacional: la de sancionar mediante una legislación especial las infracciones graves a dichos Convenios. Mientras los órganos jurisdiccionales españoles no cuenten con ella, mal podrán pagar la confianza que en ellos ha depositado el Derecho de gentes. Y ante una de aquellas infracciones graves que debieren enjuiciar, a falta de reglas adecuadas, no tendrían otro recurso que declinar su conocimiento y entregar al responsable a los tribunales de otra potencia interesada que contasen, ellos sí, con la legislación especial.

Cierto que se trata de la publicación de leyes bélicas, de normas que implican el estado de guerra; pero tales reglas, lejos de atraer o llamar a las hostilidades, suponen una actividad serena, y, sobre todo, responsable ante la real posibilidad de un conflicto que, eso sí, no tiene que ser forzosamente ni total ni global.

# LA PROFESIONALIDAD EN LOS REOS DE IMPRUDENCIA AFORADOS A LA JURISDICCION AEREA <sup>(1)</sup>

por Jesús LOPEZ MEDEL

Capitán Auditor del Aire

**SUMARIO:** I. *El tema:* El "fuero castrense" y la personificación de la profesionalidad.—II. *La profesionalidad, agravante imperativa:* Preceptos básicos. Indicaciones doctrinales. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—III. *Supuestos de profesionalidad en el Ejército del Aire:* Profesionalidad-hábito. Simple profesionalidad-servicio. Profesionalidad-servicio. No profesionalidad.—IV. *Criterios fundamentales en la determinación de la influencia de la profesionalidad en la valoración de los delitos culposos:* Análisis de los supuestos anteriores.—V. *Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar:* La concurrencia con otras circunstancias de agravación no tipificada. Criterios jurisprudenciales más importantes. La Sentencia de 31 de noviembre de 1955.—VI. *Conclusiones.*

## I. EL TEMA

No es preciso insistir mucho sobre esta realidad social del incremento de los delitos culposos, cometidos por vehículos de motor. Esos llamados *accidentes* constituyen, posiblemente, esa *enfermedad nueva* que ha suplido o ha sustituido a aquellas acciones delictivas que en otros tiempos nutrían los *fueros* o los Códigos, y en las que lo notorio, lo que socialmente repugnaba era su anti-

---

(1) Si bien este trabajo está hecho bajo las perspectivas que da una experiencia profesional sirviendo al Ejército del Aire, creo, sin embargo, que por la unidad institucional de la Justicia y la identidad sustantiva de los tres Ejércitos, tiene interés en su caso para los problemas de éstos.

juridicidad, su intención maliciosa, la conciencia dañosa de un daño, querido, perseguido y ejecutado por su autor (2).

Pero así como en esas manifestaciones delictivas —delitos contra las personas o contra la propiedad principalmente— se ha progresado mucho en cuanto a las estadísticas, los estudios doctrinales (3) y las prevenciones médicas y sociales, ante los delitos culposos, realizados por imprudencia, no hemos progresado tanto. Incluso, en el propio Código penal español, la “Imprudencia punible” se ha escapado al Libro I, que se refiere a las “Disposiciones generales sobre delitos y faltas”, para quedar enmarcado, de manera furtiva, en el Libro II que se dedica totalmente a los “Delitos y sus penas”.

Esa falta de sistemática —y esa enumeración que luego hace la Ley especial de 9 de mayo de 1950— revelan una imprecisión legal y técnica en cuanto a las acciones delictivas debidas a culpa o negligencia; y lo que es más importante, confirman una dejadez legalista o doctrinal que no está acorde con el desarrollo y frecuencia con que se presentan en la vida social.

Las estadísticas penales dentro de las Jurisdicciones Aéreas revelan que un 50 por 100 aproximadamente de los sumarios, se deben precisamente a ese grupo de actos. No es preciso insistir tampoco en el interés que para el Ejército del Aire puede tener la puntualización, elaboración y estudio de esta figura delictiva. Y no sólo por aquellos datos, sino, sobre todo, porque así como el *imprudente* no aforado a una Jurisdicción castrense carga sobre sí o sobre sus aseguradores los resultados dañosos —que en la mayoría de las ocasiones se traducen en penas de multa, o arrestos fácilmente susceptibles de suspensión de condena o en responsabilidades civiles— de sus acciones negligentes, el aforado militar

---

(2) El problema puede estar en lo que CARNELUTTI llama “teorías de la función penal”, problema al que se refiere en “*Teoría General del Delito*”. Madrid, 1941, págs. 4 y sig.

(3) Esto nos excusa insistir sobre la falta que nos hace un planteamiento más social de ciertas categorías penales. RODRÍGUEZ DEVEZA insiste en el matiz *clasista* que tienen, en general, los “delitos contra la propiedad”, mientras que no se ha llegado a una formulación penal de delitos que como las “maquinaciones” —por llamarlas algo— derivadas de coyunturas sociales o económicas especiales, son contrarias igualmente no sólo a la propiedad de los demás, sino al bien común justo.

forma parte de una comunidad castrense, a la que debe disciplina, diligencia en el servicio y eficiencia. Y con mayor razón si el Ejército —con una innovación frente a la responsabilidad subsidiaria del Estado que en la vía ordinaria sólo es excepcional (artículo 1.906 del Código civil)— ha querido hacerse responsable civil de aquellas acciones delictivas condenables, en los supuestos de insolvencia de los procesados (art. 206 del Código castrense).

Nuestra aportación doctrinal, dentro de una legislación penal que siendo de carácter común (4) afecta igualmente a los militares, no pretende anegarse en lucubraciones sobre los elementos integrantes del delito culposo, o en el campo anchuroso de sus modalidades, más o menos graves, leves o levisimas, ni en ese otro del *dolo eventual* como representación de hechos dañosos originados con ausencia de intención, aunque sí de previsión (5).

Nuestro trabajo pretende esclarecer los distintos elementos personales que intervienen en el delito, como consecuencia de la especialidad de *fuero*, centrada en la Jurisdicción Aérea (6).

---

(4) No se trata, por tanto, del problema de una "infracción criminal militar" cuya naturaleza estudia QUEROL en "Principios de Derecho Militar español". Editorial Naval. Madrid; pág 14, obra a la que, por lo demás, hacemos referencia en general acerca de los problemas penales castrenses derivados de la cualificación institucional del Ejército y la "personalización individual", del que sirve a tal institución.

(5) V. CUELLO CALON: *Derecho penal*. Barcelona, 1947; págs. 307, 312.

(6) CR. La nota (1). Nos importa aclarar, sin embargo, que el problema de "fuero" no lo situamos aquí como cuestión "competencia". En la indagación *ontológica* y *axiológica* del ser de las instituciones jurídicas no sólo hay que pensar en el criterio de *oportunidad* o *cientifista*, sino que, tras éstos, se esconden otros de orden *iusnaturalista*. Concretamente en este caso el problema del trato especial o "fuero" que como vemos late en este trabajo, que lo es, a su vez, el de la *igualdad ante la Ley penal* (C. R. QUINTANO RIPOLLÉS: *Compendio de Derecho penal*. Madrid, 1958; páginas 118 y sigs.) no está ajeno a otro más general ya esbozado por Santo TOMÁS y que el padre AZPIAZU lo emplazaba así: "*ser justo debe mantener la relación de igualdad: tratar a los iguales igualmente, a los desiguales desigualmente..., la Sociedad es un ser no mecánico, sino orgánico; sus miembros, por consiguiente, desiguales y la justicia ante esa manera de ser no puede proceder sino conforme a la desigualdad existente*".



## II. LA PROFESIONALIDAD, AGRAVANTE IMPERATIVA

La razón de competencia a favor del Ejército del Aire en esta materia, se basa esencialmente en la persona responsable, según preceptúa el art. 13 del Código de Justicia Militar.

Concretado tal motivo de actuación sobre hechos culposos ocasionados o producidos por vehículos de motor, no es fácil, ni posible, forzar la competencia, ni por el delito ni por el lugar. Cuando un conductor de Aviación incurre en imprudencia, no hay que mirar a los medios —pertenecientes a la Hacienda Militar— con que se ha realizado (7), ni al sitio —que generalmente no será ni lugar ni establecimiento militar— sino a su condición de aforado, como cualidad intrínseca a la condición militar que es privilegio y obligación, o como consecuencia de servicios prestados al Ejército.

Los preceptos básicos en esta materia son los siguientes:

Los párrafos primero y segundo del art. 565 del Código penal común que establecen que “el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor (565-1.)” y que “al que, con infracción de los Reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor” (56-2.º). Así mismo, el párrafo 3.º de ese mismo artículo, cuando como cosa excepcional consagra el arbitrio judicial, para establecer las penas sin necesidad de que los Tribunales se ajusten a las reglas taxativas de grados mínimo, medio y máximo, en que han de dictarse las sentencias a la vista de los hechos y circunstancias atenuantes o agravantes. “En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales según su *prudente arbitrio*, sin sujetarse a las reglas del art. 61.”

*Ahora bien: frente a un precepto que comienza siendo generoso en cuanto a las penas y en cuanto al arbitrio de los Tribunales para*

---

(7) Y recíprocamente no podrá entenderse como delito contra la Hacienda Militar, que determinaría la competencia exclusiva de la jurisdicción castrense al amparo del art. 6.º-1.º, como así lo entendía cierto Juzgado de Instrucción, con el informe de su Ministerio fiscal, al inhibirse en favor de la jurisdicción militar en un delito de imprudencia originaria de *daños al Ejército*, del que resultaba responsable persona *no aforada* a la jurisdicción castrense.

fijarlas, existe otro precepto que parece contrastar fuertemente. Sigue diciendo el párrafo 5.º: "...Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de *impericia o negligencia profesional*, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, pudiendo aumentar dichas penas en uno o dos grados, según los casos, a juicio del Tribunal, cuando los daños causados fuesen de extrema gravedad, teniendo en este caso carácter definitivo la retirada del permiso de conducción".

Esta modalidad culposa denominada *negligencia profesional* que —como dice CUELLO CALON— "no es más que una forma específica de la negligencia genérica, por lo que ha de poseer el mismo carácter y los rasgos esenciales de ésta" (8) no ocupa grandemente la atención de los autores (9), ni tiene apenas reflejo en la Jurisprudencia (10).

Ello se debe, seguramente, al hecho de que no sean frecuentes

---

(8) Ob. cit., pág. 332.

(9) QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Culpa*. Madrid, 1958, págs. 541 y siguientes; se refiere abundantemente al problema: su inconsecuencia en la aplicación limitada a los vehículos de motor y no a otros (maquinistas, arquitectos, etc.); los conceptos legales, separados y disyuntivos de "impericia" y "negligencia profesional". etc. V. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*: tomo 1.º, pág. 227. En estos extremos generales no queremos insistir demasiado.

(10) *Dos criterios*, no obstante suelen predominar en la jurisprudencia aun dentro de las pocas sentencias en que se ha hecho aplicación de la agravación: o que es versión atiborrada de *circunstancias "culposas"*, como exceso de velocidad, zigzags, no tocar el claxon, etc. (Sent. 16-6-60); o un concepto de la profesión en su sentido más estricto: que no es el mero carnet de conducir, sino *arte, hábito y continuidad* (Sent. 25-4-54); *profesión concreta e inequívoca*, no la vaga de mecánico (Sent. 8-6-56); aunque es indiferente que la cualidad de conductor o chófer se haga constar en los hechos probados o en el *encabezamiento* (Sent. 11-12-56). Un *criterio intermedio* parece apuntarse en la Sentencia de 28-4-58, y más especialmente en la de 24-10-58, en la que el Tribunal Supremo establecía: "*Que la agravación específica imperativa prevista en el último párrafo del art. 565, es ineludiblemente aplicable a la imprudencia temeraria, derecho probado, no sólo por la condición personal del procesado, conductor profesional al servicio de una empresa, sino, sobre todo, por la grave impericia acreditada en su conducta al atravesar la acera de ingreso al solar sin anunciar dicha maniobra por luces o señales acústicas de gran velocidad*".

Véanse también las de 24-4-54; 9-10-53; 21-1-52; 6-7-51; 28-12-51 y 6-12-58.

ese género de infracciones que, por de pronto, han de ser *graves* (11) con resultado de muerte o lesiones de tal carácter. Pero no deja de ser interesante que el legislador, frente a su “generosidad” y trato especial del delito culposo, haya querido mostrar su rigor cuando los hechos hayan sido ejecutados por un *profesional*, que es lo mismo que decir persona habitualmente dedicada a conducir vehículos de motor, con más o menos regularidad.

A pesar de una agravación tan fuerte de las penas —agravación imperativa, terminante, rompiendo incluso la clásica entrada del arbitrio judicial para esta clase de delitos— no existe en el propio Código un motivo de interpretación sobre *cuál sea ese profesional*, o si ello ha de depender de circunstancias de tiempo, frecuencia, duración e intensidad.

Puede salirse al paso de esto diciendo que los Tribunales son dueños de apreciar o no esa profesionalidad, o que los Códigos no pueden o no deben entrar en definiciones. Pero así como en la jurisdicción ordinaria, los supuestos se reducen a concretar o demostrar si el autor es profesional del volante o no lo es —aunque se pueden presentar una gama de casos—, en la Jurisdicción Aérea el problema no reviste esa misma simplicidad.

### III. SUPUESTOS DE PROFESIONALIDAD EN EL EJÉRCITO DEL AIRE

La existencia del voluntariado en nuestro Ejército, y la frecuente utilización de personal civil especializado —acorde con el sentido de modernidad de los ejércitos— hace que esa *profesionalidad*, convertida en agravante en los delitos culposos, revista modalidades cuyo análisis resulta de singular interés, a falta de una norma fija de valoración.

---

(11) Quizá sea interesante recordar alguno de los antecedentes legislativos de esta agravación; concretamente en el art. 222 del Código penal alemán, en donde la profesionalidad en el homicidio culposo, constituía un *motivo general de agravación*, es decir, no solamente en materia de vehículos de motor, pero precisamente, *cuatro años antes* de reformarse el Código penal español, en su redacción actual, se abolió en Alemania aquella agravación, por Ordenanza de 2-4-40.

Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de supuestos, los podemos concretar en los siguientes:

1.º Conductores civiles afectos al Ejército del Aire, responsables de delitos culposos con vehículos pertenecientes al Ejército del Aire.

2.º Conductores civiles afectos al Ejército del Aire, responsables de imprudencia con vehículos particulares.

3.º Soldados voluntarios o forzosos, sin profesión determinada, que dentro del Ejército del Aire se hacen conductores, tras las prácticas en Automóviles reglamentarias y suficientes.

4.º Soldados, de profesión conductores, que prestan un servicio de la misma índole durante su permanencia en filas en el Aire.

5.º Soldados conductores que no prestan, sin embargo, tal servicio en el Ejército del Aire e incurren en responsabilidad con vehículos particulares.

6.º Soldados que, profesionalmente, no son conductores, pero que poseen carnet de conducir, y que no prestan servicios de esta índole en nuestro Ejército.

Los supuestos 1.º, 2.º y 5.º diríamos, son de *profesionalidad-hábito*; el 3.º, simple *profesionalidad-servicio*; el 4.º, *profesionalidad-servicio*; el 6.º, *no profesionalidad*.

Con esa simple enumeración, simplificada al máximo, ya se puede dar idea de la variedad de situaciones, y la complejidad de un problema que indiscutiblemente tiene interés, porque se trata de concretar una profesionalidad, cuya apreciación lleva inexorablemente una sanción máxima.

Partimos de que los Consejos de Guerra son soberanos en la apreciación de pruebas y fijación de los hechos. Pero aun cuando en ella se puede incurrir en error notorio, nuestro estudio procura señalar los criterios que pueden orientar una labor tan honrosa y preferente como es la de hacer Justicia, sagrada misión que se cumple por los miembros de nuestro Ejército, como servicio preferente incluso, a pesar de que los componentes de los Consejos de Guerra de Aviación no sean técnicos en Derecho. La Justicia, al ser patrimonio de todos, al ser realizada a ciencia, orientación y conciencia, encuentra así su ejecución más noble y lograda.

IV. CRITERIOS FUNDAMENTALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA INFLUENCIA DE LA PROFESIONALIDAD EN LA VALORACIÓN DE LOS DELITOS CULPOSOS Y SU SANCIÓN

a) Los dos primeros grupos son, posiblemente, los más inequívocos: cuando un conductor civil presta servicio en Aviación, es un profesional del volante, y al delinquir por imprudencia se sitúa con toda su *profesionalidad*. Estos servicios no es preciso que se midan por su frecuencia, ni tampoco porque no excluyan su ejecución por otros no profesionales. Las *razones del servicio* son las que concretan esta actividad dentro del Ejército del Aire.

Esta agravación de responsabilidad no se perjudica por una posible responsabilidad subsidiaria en ciertos casos del propio Ejército al cual sirve, porque lo que se *grava* no es la responsabilidad civil, sino la estrictamente penal de la cual dimana aquella, y, por lo tanto, la pena privativa de libertad, pues la de multa no podrá ser nunca ya que necesita se produzca muerte o lesiones graves.

Cuando el conductor civil, afecto al Ejército del Aire es reo de imprudencia con vehículos no pertenecientes a tal Ejército, la profesionalidad no queda desvirtuada porque *sirva* otros intereses o conduzca por placer, amistad o por pura ocasión.

Yo entiendo que no es preciso que sea el ejercicio de su profesión concreta, como tal conductor, cuando pueda tenerse esta circunstancia en cuenta. Porque la razón de ser de tal agravación es la exigencia de una mayor diligencia, esa que evitaría la negligencia profesional, o la impericia de la misma índole. No se puede separar el ser conductor *mientras* se sirve al Ejército del Aire, y el no ser conductor profesional cuando se ocupa en tareas realizadas con vehículos de motor *al margen* de aquél.

Por eso, el conductor civil en el Ejército tiene un carnet profesional que es también civil; y si bien por esta sola razón no recibe el hombre su cualidad profesional, es lo cierto que a tal personal —aforado a la Jurisdicción Aérea en atención de la persona responsable— se le contrata y se llama por aquella razón primordialmente. El conductor ha elegido una profesión, y esa no la pierde mientras con una regularidad, y dentro o fuera de nuestro Ejército, no se dedique a profesiones extrañas.

b) El grupo 3.º es más difícil. El personal que sin tener una profesión determinada o siendo distinta, acude al Ejército del Aire como voluntario en su mayor parte, y se hace conductor de automóviles pertenecientes a aquél, ¿puede considerarse profesional y, por lo tanto, exigírsele una mayor responsabilidad penal cuando incurre en imprudencia con vehículos de motor?

A primera vista puede parecer que sí. Al fin y al cabo, previa la instrucción correspondiente y los cursos en ciertos casos, se les da un carnet militar de conducir. Su *dedicación militar* es esa: conductor y, en principio, cualquier negligencia o impericia derivada de ella y causante de muerte o de lesiones graves, debieran tipificar una responsabilidad mayor.

Aquí el problema se podía llevar muy lejos si se hiciese distinción entre *profesional militar* y *dedicación militar*. Si un oficial presta, por razones del servicio, uno que le sea ajeno a su dedicación habitual —el caso de un médico o un interventor, por ejemplo, como oficiales de servicio— ¿se le podía excluir siempre de negligencia o impericia si como consecuencia de estos actos de servicio incurriese en una responsabilidad?

Lo que sucede es que la profesionalidad viene determinada en su sentido más concreto, por *ser militar*. El soldado-conductor del Ejército, que nunca lo fué, es militar; pero yo entiendo que no le encaja plenamente la agravación de responsabilidad penal. Porque entonces se desgaja ya —el Código penal— de una profesionalidad genérica, para convertirse en una actividad habitual, esa por la que se le exige mayor diligencia, mayor pericia y mayor previsión. Realmente el soldado está *cumpliendo un servicio* cuando conduce un vehículo de Aviación, mejor que está actuando de chófer.

Y la razón para sostener esta opinión se basa tanto en su comparación con la responsabilidad del conductor civil contratado y sirviendo al Ejército del Aire —y, por tanto, percibiendo sus honorarios según su profesión—, como pensando en otros criterios en apariencia más accidentales: el hecho de que su carnet militar de conducir no le sirva por sí solo para carnet oficial reglamentario expedido por Obras Públicas, o el hecho de que esta duda indiscutible ha de interpretarse a favor del reo.

c) Los pertenecientes al grupo 4.º también ofrecen dificultad. Se trata de paisanos que son, en su vida civil, conductores.

Luego pasan al Ejército del Aire como voluntarios y prestan servicios como conductores.

También, en principio, parece que se produce una continuidad en la dedicación. Los motivos de diligencia, de atención y de conocimiento que le obligan al conducir un vehículo son los mismos en la vida civil que en la vida militar. Quizá, por disciplina y eficacia se le exijan más durante su permanencia en filas.

Pero, en realidad, ¿no es cierto también que lo que constituía su profesión civil de conductor se interrumpe para *cumplir un servicio* que aunque tenga identidad material no se corresponde con todo lo que encierra *ser conductor*?

Nuestra creencia de que no deben ser tenidos en cuenta como profesionales, no se basa exclusivamente en la ausencia de un laboral o contractual, como tales conductores, sino también por el desarrollo de su vida militar. Al soldado se le llama o acude al Ejército del Aire no en cuanto chófer, sino en cuanto individuo que ha de cumplir un deber para con la Patria. Hasta el punto de que esa profesión anterior de conductor no le obliga al Ejército para excluirle de otras actividades o servicios. Mientras que el conductor civil aforado presta ese servicio y no otros, el soldado-conductor puede ser destinado a Automóviles, puede no serlo, o puede cambiársele de destino y dedicarlo a otros fines. Y, por último, se suele coordinar tal destino con otros estrictamente militares —imaginarias, guardias, etc.— que, además de revelar que no se le dedica plenamente a tal servicio de conducir, hasta convertirle en profesión, le pueden impedir por ausencia de habitualidad necesaria, el ejercicio de su profesión de conductor.

Finalmente hay otra razón: la profesión si bien no está vinculada con una identificación de medios de conducir, vehículos, patronos, horas o turnos, es lo cierto que tienen estos cierta influencia. Un conductor profesional puede discutir con su patrono o puede aconsejarle ciertas medidas, arreglos o sugerencias respecto al vehículo que conduce. El soldado, conductor de suyo, es llamado a continuar su vida civil en tal modalidad porque *interesa al servicio*, y sólo en tanto en cuanto *interese*. Debe una obediencia, un respeto y un cumplimiento, no sólo de obligaciones referentes al vehículo en sí, sino también de *órdenes*.

Por todas estas razones creemos que también deben estar excluidos los del 4.º grupo.

d) Los pertenecientes al 5.º grupo también son problemas. Son conductores, tienen esa profesión por tanto, e incurrir en responsabilidad con vehículos que no son del Ejército del Aire, pero ¿se les puede aplicar la agravación de impericia o negligencia profesional?

Por de pronto no es fácil darse este supuesto, porque implicaría una doble dedicación: la militar —cualquiera que fuese— y la civil, durante o en la cual incurriese en tal responsabilidad. Pero puede existir este supuesto, en dos formas, que son las que para nosotros enfocan la cuestión:

Una, cuando el accidente tenga lugar de manera esporádica: los que además de tener carnet de conducir, son *conductores* y manejan un vehículo particular de manera ocasional. Para este supuesto, creemos que la dedicación militar absorbe ya su profesión, y ésta no se le puede calificar con la suficiente rigidez para entenderla como suficiente para estimar que hubo negligencia o impericia profesional.

Y otras, cuando ese mismo conductor, por ejemplo, realiza, al margen del servicio militar —por ejemplo mientras los permisos—, actos que son de su profesión: conductor de autobuses de viajeros, transportista, etc. Para este caso, nos inclinamos a que la profesionalidad le encaja plenamente, porque entonces se debe más a su anterior actividad, y la lleva a cabo con todas sus consecuencias, retribución y responsabilidad.

e) El último grupo es el más simplista: los que teniendo carnet de conducir civil, no siendo conductores, ni manejando vehículos del Ejército del Aire, no pueden nunca considerarse *profesionales* cuando fuesen responsables de imprudencia. Y esto, por una razón muy sencilla: porque en ninguna de sus actividades —militar o estrictamente privada— se les puede considerar como profesionales del volante. Y como el mero hecho de tener carnet de conducir ni su categoría o clase influyen para nada en la *profesión de conductor*, justo es que no se le tenga en cuenta a la hora de medir su responsabilidad penal.

En este grupo también podían estar incluidos los Oficiales del Ejército del Aire que teniendo carnet de conducir, tuviesen un accidente automovilístico, bien con sus propios vehículos, bien con ajenos o bien con los del propio Ejército. Esta última modalidad puede dar lugar a una calificación distinta, que incluso po-



ría revestir la figura de *fraude* si fuese a la vez utilizado el vehículo para necesidades particulares.

Pero tampoco para ellos cabe entenderse la agravación de profesionalidad. Y, desde luego, ni siquiera para los pilotos podría extenderse por analogía un criterio afirmativo, por más semejanza y parecidos que tengan —son completamente distintas—; pero como el Código penal se está refiriendo a vehículos de motor, aunque esta puntualización parece suplirla no lo es tanto. Precisamente la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre vehículos de motor, ofrece dudas sobre su aplicación a los aviones, aunque de su exposición de motivos haya de interpretarse que no cabe hacer extensivas sus figuras delictivas a ellos (12).

#### V. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR

Las consideraciones que preceden tratan de encasillar de una manera más o menos esquemática, todo el problema, pero difícilmente podrían ser apostilladas con criterios de la jurisprudencia suprema militar. En la misma jurisdicción ordinaria, como ya hemos indicado, las opiniones son vacilantes, y casi siempre el criterio de la profesionalidad como agravante, viene *reforzado por un hecho o unas circunstancias* que de por sí *hacen grave* la imprudencia.

Por eso, en este apartado final, queremos reflejar, como un mosaico de soluciones, diversos criterios del Consejo Supremo de Justicia Militar.

— En la Sentencia de 5 de octubre de 1955 (*Revista de Derecho Militar*, núm. 2), marginalmente se ofrece una cuestión de interés, en cuanto aplica la *eximente de obediencia* debida a un conductor del Ejército que no tenía carnet de conducir.

— En la Sentencia de 23-4-58 (*R. D. M.*, núm. 7), y lo mismo en la de 27-7-57 (*R. D. M.*, núm. 6), se atiende al criterio

---

(12) Algunas de estas cuestiones, fueron sugeridas por la Fiscalía Jurídica de la Región Aérea Central, en las Memorias elevadas al Excelentísimo Señor Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, correspondientes a los años 1957 y 1958.

de la *temeridad*, sin entrar en la condición de profesional del procesado.

— En la Sentencia de 27-1-56 (*R. D. M.*, núm. 6), el Vocal ponente, en su voto particular, argumentó sobre "*el desconocimiento de su oficio del procesado*", pero sin que, por no resultar muerte o lesiones graves, se pudiera graduar la responsabilidad.

— El problema de las *relaciones especiales de los conductores con el Ejército*, aparecen suscitados en el Auto de 12 de agosto de 1958, del Consejo Supremo de Justicia Militar (*Revista de Derecho Militar*, núm. 8): un procesado, conductor de las Fuerzas Navales, interesó se declarase la responsabilidad subsidiaria de la Armada, en atención a las circunstancias especiales del procesado, a la precaria situación económica y "*las especiales circunstancias que concurren en los conductores de la Armada, en relación con los que prestan servicios en Entidades de carácter particular*". La solicitud fué informada favorablemente por la Jefatura de Servicios de Intendencia y la Jefatura Superior de Contabilidad del Ministerio de Marina, pero no prosperó por razones distintas.

Posiblemente sea en la Sentencia de 31-11-55 (*R. D. M.*, núm. 2), donde más claramente se debatiera el problema:

Se trataba de un soldado de Aviación, chófer de profesión, que conducía un camión de este Ejército en acto de servicio y que fué condenado como autor de imprudencia temeraria del 565 párrafo 1.º, originaria de homicidio, lesiones y daños, a un año de presidio menor. La Autoridad judicial de la Región Aérea Central, *disintió* de la Sentencia, "*por estimar que, poniéndose de relieve en los hechos declarados probados, haber obrado el procesado con evidente impericia y constando acreditado en las actuaciones, que es conductor habitual, debe ser apreciada una negligencia profesional juntamente con la impericia, cuyos conceptos distintos independientes entre sí perfilan especialmente la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1952, siendo de aplicación notoria al caso de autos el párrafo último del art. 565 núm. 2, debiendo, en consecuencia, imponerse al procesado la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor...*"

El Fiscal Togado rechazó la existencia de una negligencia pro-

fesional, ya que *“tal diligencia profesional, ha de entenderse en una conducta de omisión y en el caso de autos se contempla una conducta de acción y de rechazar asimismo la impericia profesional por el hecho de ser conductor de profesión el procesado, ya que tal clase de impericia, ha de reflejarse en otros hechos más concretamente referidos a la posesión de un título, conocimiento o habilidad profesional, y no a la conducta genérica de quien es poseedor de un carnet de conducir vehículos de motor y considerando a mayor abundamiento que el soldado actuaba como simple soldado conductor, es decir, en una ocupación concreta de servicio militar y no como profesional del volante ni tan siquiera como conductor militarizado”*, solicitando que dentro del libre arbitrio de la Ley, se impusiesen dos años de presidio menor.

El Consejo Supremo entendió que el procesado, realizó *“la maniobra de adelanto al carro que resultó atropellado, no sólo por impericia manifiesta, sino con omisión de la más elemental falta de cuidado y racional previsión, exigible a todo conductor de vehículos de motor, cuyo delito, teniendo en cuenta las circunstancias de toda índole concurrentes en su comisión y graves consecuencias que produjo ha de ser sancionado en uso del libre arbitrio que la Ley concede, con la pena señalada al mismo en su grado máximo”*.

Y así el Consejo Supremo de Justicia Militar, *sin entrar* decisivamente en el fondo de una cuestión tan concretamente planteada, como es la de un soldado de Aviación que presta servicios como conductor y que, además, profesionalmente, era chófer, se limitó a imponer de pena en el grado máximo dentro del libre arbitrio del propio precepto 565 del Código penal.

## VI. CONCLUSIONES

La variabilidad de situaciones y la posibilidad de criterios demuestran el interés de esta cuestión y la atención que debiera merecer de la doctrina y la Jurisprudencia penal.

La solución está en manos de los Consejos de Guerra de Aviación que pueden apreciar la profesionalidad a la vista de las circunstancias del caso y de la forma en que se presenten los hechos. Como además siempre cabe graduar a su prudente arbitrio la pena

--incluso sin apreciar la profesionalidad— la solución jurídica no en todo momento se presenta confusa, aunque doctrinal y jurisprudencialmente el problema de la imperatividad agravatoria del último párrafo del 565, sigue en pie, quizá más aún en la Jurisdicción castrense que en la ordinaria (13). Aunque acaso sea por su carácter de un mayor arbitrio.

Pero esa misma posibilidad de solución y ese prudente arbitrio, obligan a conocer el problema, a profundizar en los criterios de orientación y a esforzarse por lograr una decisión lo más justa posible y lo más adecuada a los fines y modalidades en que se desenvuelve el servicio militar en el Ejército del Aire, y la de sus aforados.

---

(13) Transcribimos a continuación, sin embargo, la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, que acaso en la Jurisdicción Ordinaria sea ya determinante:

“Que la modalidad de imprudencia profesional a que hace mérito un inciso del último párrafo del art. 565 del Código penal no se integra automáticamente por la condición personal del reo de ser conductor de vehículos, aunque este sea primer requisito para ello, sino que requiere, además, que la impericia o negligencia en sí, esto es, la conducta del culpable no sea ajustada a las normas elementales técnicas a que todo profesional está específicamente obligado” (*Sentencia de 30-4-59*).

# LA EXENCION DEL SERVICIO MILITAR DE CLERIGOS Y RELIGIOSOS

(NOTAS HISTORICAS, NORMAS CANONICAS  
Y LEGISLACION CONCORDADA Y ESTATAL)

por Joaquín HERNANDEZ OROZCO

Capitán Auditor

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *Línea histórica de la configuración positiva de la exención:* 1. La Antigüedad, hasta la irrupción de los bárbaros en el Imperio de Occidente. 2. Las Invasiones. Los visigodos en España. 3. El alborear medieval y la Edad Media. 4. El clero y los ejércitos europeos de la Edad Moderna. 5. Epoca contemporánea: el servicio militar obligatorio y la exención del clero, desde la Revolución francesa.—III. *La exención en el Derecho canónico vigente:* 1. La doctrina de las inmunidades personales. 2. Normas codificadas vigentes: "Codex iuris canonici". 3. Derecho concordatario. Principios informadores.—IV. *La exención en nuestra Patria, hoy:* 1. El Convenio con la Santa Sede sobre jurisdicción castrense y asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, de 1950. 2. El Concordato de 1953. 3. Principales disposiciones de Derecho interno. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy, cuando las superpotencias político-ideológicas enfrentadas aumentando sin cesar el arsenal agresivo-defensivo de sus Fuerzas Armadas, parecen hacer bueno aquel famoso pensamiento de Maquiavelo cuando propugnaba dejar a un lado las leyes cuando son buenas las armas (1); parece que es más urgente que nunca el si-

---

(1) Nos referimos al pasaje del cap. XII de *El Príncipe*, en el que textualmente propone: "Los principales fundamentos de que son capaces todos los Estados, ya nuevos, ya antiguos, ya mixtos, son las

tuar en primer plano, proponiéndola en el orden del día, la legislación militar, a la que el Estado, que al preciarse de civilizado ha de ser un Estado de Derecho, ha de conceder capital importancia. Y si esto es así, el conocimiento de la legislación militar, en cuanto fuere posible, convendrá a todos y no sólo a quienes eventualmente y por razón de su profesión puedan tener la obligación de ese conocimiento; e incluso al común de los ciudadanos, porque ello puede significar un mejor entendimiento, una facilidad dada a la función rectora y gestora de la Administración pública respecto de los particulares, que, al menos en esta materia de reclutamiento, en la que son destinatarios tan directos de las normas positivas, podría traducirse, para un momento de emergencia dado, en una rapidez mayor en la puesta a punto de las Fuerzas Armadas del país, constituyendo, en buena parte, una más de sus reservas espirituales y materiales. Con mejor o peor fortuna, escribimos con este solo deseo de divulgación.

El título que encabeza estas líneas: "La exención del servicio militar de clérigos y religiosos", puede fácilmente hacer surgir en el lector la idea de que abarca un campo demasiado angosto, suscitar el juicio de su excesiva "especialización". Y aunque no somos partidarios en modo alguno de la atomización desarticuladora dentro de las distintas ramas de la ciencia del Derecho, creemos que en materia administrativa, mejor que en otras disciplinas jurídicas, cabe, a los solos fines prácticos, el desglosar una parcela, aún mínima, para estudiarla separadamente, reuniendo luego, con la máxima cohesión posible y que nos pueda suministrar la doctrina general administrativista, aquellas normas positivas que, habiendo nacido a la vigencia jurídica en forma sucesiva y aislada, regulan un mismo punto o materia, a veces formando un conglomerado, no diremos confuso, pero sí prolijo, que fuerzan al práctico que ha de aplicarlas, conocerlas o interpretarlas, a una labor de búsqueda y concordancia que ocupa innecesariamente su atención y malogra, en ocasiones, sus mejores deseos. Y esta línea, de desglose primero y de síntesis después, es la que simplemente nos hemos trazado.

Dentro de la parte especial del Derecho administrativo, den-

---

buenas leyes y armas; y porque las leyes no pueden ser malas en donde son buenas las armas, hablaré de las armas echando a un lado las leyes."

tro concretamente del Derecho administrativo militar, una sección no despreciable viene constituida por la regulación del reclutamiento y reemplazo de los Ejércitos, materia en la que, establecida la obligatoriedad general del servicio militar, puede resultar interesante el destacar una de las más amplias excepciones de esa obligatoriedad, cual es la de los clérigos y religiosos.

El régimen a que los eclesiásticos están sometidos en relación con la prestación del servicio militar vendrá en todo caso determinado por dos factores: el sistema de reclutamiento en vigor, primero, e íntimamente unido a él la situación o estado concreto de las relaciones entre la Iglesia y el Estado de que se trate. De aquí que incluyamos un bosquejo histórico para mostrar cómo ha tenido lugar el desenvolvimiento conjunto de los aspectos señalados, ofreciendo las formas en que el principio de la exención ha cristalizado y las vicisitudes por las que ha pasado hasta desembocar en su conformación positiva actual; un simple método comparativo y la compulsa de ambos factores nos dará siempre la tónica del sistema imperante en cada época y país. Será distinto, por ejemplo, el tratamiento jurídico-positivo de la cuestión del servicio militar de los clérigos, allí donde el servicio militar sea universalmente obligatorio, que donde impere el régimen de voluntariado o se admita cualquiera de las formas de redención: dependerá igualmente de que la postura del Estado frente a la Iglesia sea de simple "tolerancia" (2) o que, digamos, se trate de un Estado confesional católico, porque la actuación administrativa en orden a la vida religiosa, una de cuyas facetas puede ser esta de la exención de los clérigos, está directamente determinada por la situación en que se halle la Iglesia en sus relaciones con el Estado (3). Y los ejemplos podrían multiplicarse.

---

(2) Aunque no nos hemos de ocupar del estudio de las doctrinas ni de los períodos históricos de las relaciones entre el Estado y la Iglesia, recordemos en cuanto al sistema de "tolerancia" lo que escribe Balmes (*El Protestantismo comparado con el Catolicismo*, t. II, cap. XXXIV): "La palabra tolerancia significa exactamente el sufrimiento de una cosa que se conceptúa mala, pero que se cree conveniente dejarla sin castigo... De manera que la idea de tolerancia anda siempre acompañada de la idea del mal. Tolerar lo bueno, tolerar la virtud, serían expresiones monstruosas."

(3) Cfr. JOSÉ GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, 11 ed., Madrid, 1952; pág. 356.

Aunque, como es de advertir, en el estudio de la exención hemos adoptado un punto de vista administrativo, no resulta posible el evitar las conexiones del tema con la disciplina eclesiástica, por lo que haremos referencias tanto históricas como a la legislación canónica vigente (sin adentrarnos, desde luego, en un terreno que requeriría una específica capacitación de que carecemos), como ineludible antecedente para la exposición del sistema positivo actual en España, esencialmente concordado.

## II. LÍNEA HISTÓRICA DE LA CONFIGURACIÓN POSITIVA DE LA EXENCIÓN

1. LA ANTIGÜEDAD, HASTA LA IRUPCIÓN DE LOS BÁRBAROS EN EL IMPERIO DE OCCIDENTE.—En las primeras épocas de la Antigüedad suele darse como nota común entre los distintos pueblos la del carácter, en muchos casos político, que tiene la clase o casta sacerdotal, donde existe, en cuanto participa en el gobierno de la cosa pública, lo que produce sin duda situaciones especiales y de privilegio para los que se encargan del culto y de la religión (Caldea, Egipto, Israel, donde los sacerdotes y levitas gozan de privilegios inherentes a su estado).

Ahora bien, salvo en los pueblos que alcanzan un alto grado de cultura y organización, sería raro el caso en que los sacerdotes se vieran excluidos de las funciones bélicas, puesto que la guerra es de pueblo contra pueblo, casi diríamos —con término tan actual— “total”. En cambio, donde la administración pública llega a existir en una u otra forma, donde hay siquiera un germen de organización, el “funcionario” del orden sacerdotal suele ser considerado incompatible con la misión guerrera, no forma parte del ejército, y suele tener como misión capital en relación con la guerra la de escrutar el designio de los dioses cuando se emprende una campaña. Allí donde la estructura social y política es total o parcialmente tribal, la participación en la batalla de las personas consagradas a los dioses puede depender simplemente de que se trate de guerra de conquista o expansión o puramente defensiva, es decir, de las necesidades del momento.

En el mundo romano anterior al cristianismo la organización



militar y, dentro de ella, el sistema de reclutamiento, que evoluciona desde la inscripción voluntaria al sistema de levas, es lo que determina que no surja problema alguno respecto a la inclusión o no en la milicia de los sacerdotes, máxime por cuanto éstos gozan de una situación jurídica especial y privilegiada, pero que no es obstáculo a la alta valoración que Roma atribuye al ejercicio de la milicia. Precisamente la Edad Media conservará la tradición del pasaje VI, 7, del *De re publica* de Cicerón en el que se habla de la felicidad eterna como premio para quienes defiendan la patria romana.

Desde las reformas de Mario, con la admisión de voluntarios mercenarios, se borra más y más la posibilidad de conflicto, puesto que poco a poco va surgiendo una "profesión" militar; Augusto mantendrá este régimen acentuándose esa "profesionalidad" con la aparición de ejércitos permanentes fijados en las provincias, y en los que se da cabida a las gentes de ellas como mercenarios.

Esto puede explicar el que tampoco se produjera la necesidad de regular el servicio militar del clero desde el advenimiento del cristianismo. En efecto, en los cinco primeros siglos de nuestra Era, ni las constituciones imperiales ni los concilios hacen mención alguna del servicio militar de los clérigos (4). En el Bajo Imperio se llegará a confiar la defensa fronteriza a mercenarios contratados entre los bárbaros, cuando incluso los provinciales son refractarios a entrar en las filas militares. Para PÉREZ MIER responden a esta situación las primeras disposiciones canónicas de que tenemos noticia en relación con el ejercicio de la milicia por el clero, y que se producen precisamente en nuestra patria: el Concilio I de Toledo (a. 490) ordena en su canon 8.º que no sean

---

(4) Conociéndose en cambio, como cita LAUREANO PÉREZ MIER (*El servicio militar del clero y el Convenio español de 5 de agosto de 1950*, en "R. E. D. C.", t. VI, núm. 18, pág. 1068), varios rescriptos imperiales del 313 al 320 que extmían al clero de diversos cargos y oficios públicos, o la existencia de prohibiciones canónicas impuestas a los clérigos respecto de ciertos oficios, lo que nos hace pensar que la ausencia de prescripciones relativas al ejercicio de la milicia por el clero se produce por la fuerza misma de las cosas, porque la situación no las exigía ni había posibilidad ni caso de conflicto entre el ejercicio del ministerio espiritual y la actividad militar.

admitidos al diaconado los que, después de bautizados, entraren en la milicia: y el Concilio Ilerdense del 523 (canon 1.º) priva de la comunión y del oficio por dos años al clérigo que hubiere incurrido en derramamiento de sangre, aunque de gente enemiga se tratase. En sentido análogo, en otros textos se prescribe como “contrario a las reglas eclesiásticas el volver a la milicia secular después de la acción de la penitencia” (según escribe León I), y que sólo al fin de la vida sean admitidos a la Sagrada Comunión “aquellos que, hecha la penitencia canónica, apetecieran no solamente el cingulo (insignia) militar... sino también nuevos matrimonios” (Papa Siricio, epístola a Himerio de Tarra-gona).

2. LAS INVASIONES. LOS VISIGODOS EN ESPAÑA.—Las invasiones de los pueblos germánicos, con su concepto de la profesión militar como honor y prerrogativa de los hombres libres, implica un cambio. En la España visigoda todos los súbditos, tanto godos como hispano-romanos, están obligados a prestar el servicio militar y a poseer su equipo de guerra (5), en consonancia con la constitución típicamente militar que, como conquistadores, tuvieron los pueblos bárbaros, en que todo varón era soldado: entre los visigodos, todo hombre libre, de los veinte a los cincuenta años, sin distinción de clases ni jerarquía (6). No se pueden señalar en esta época en España disposiciones generales que propiamente alejen al clero del ejército ni de la defensa del reino (7); bien por el contrario, cuando en el siglo VII la obligación general del servicio militar se intenta eludir, creando incluso una grave situación para el Estado, que se agrava con el ambiente propicio a conjuras y sublevaciones, se dictan enérgicas medidas para evitar la posible descomposición de la monarquía. Wamba, en el año 673,

---

(5) ALFONSO GARCÍA GALLO: *Curso de Historia del Derecho español*, tomo I (2.ª ed.), Madrid, 1947, cap. III, 39; pág. 105.

(6) FRANCISCO MARTÍN ARRÚE: *Curso de Historia militar*. Toledo, 1898 (4.ª ed.), págs. 57-58.

(7) Pues como observa PÉREZ MIER, la prescripción del Concilio IV de Toledo (a. 633) que degrada y castiga con la reclusión en un monasterio a los clérigos que tomen las armas durante una sedición, o la del Concilio VII de Toledo (a. 646) que condena a los clérigos que participen en una sublevación, sancionan no el ejercicio de la milicia, sino la intervención en sublevaciones y conspiraciones, mal endémico de la monarquía.

dicta la famosa ley *De his qui ad bellum non vadunt* (8), escarmentado quizás por la experiencia de sus campañas contra los vascones y sobre todo en la sofocación de la sublevación del general Paulo, señalando ciertas penas para los que pretenden eludir la obligación militar. En la parte relativa a los eclesiásticos, la referida ley es del siguiente tenor:

“Quotiescumque aliqua infestatio inimicorum in provincia regni nostri se ingerit... presenti sanctione decernimus, si quelibet inimicorum adversitas contra partem nostram commota extiterit, seu sit episcopus sive etiam in quocumque ecclesiastico ordine constitutus... quocumque modo ad suam cognitionem perverit, et ad defensionis gentis vel patrie nostre prestus eum omne virtute sua, qua valuerit, non fuerit et quibuslibet subtilitatibus vel requisitis occasionibus alibi se transferre vel excusare voluerit... si quisquam ex sacerdotibus vel clericis fuerit et non habuerit, unde damna rerum terre nostre ab inimicis inlata de propriis rebus satisfaciat, iuxta electionem principis districtiori mancipetur exilio. Hec sola sententia in episcopis, presbiteris et diaconibus observanda est” (9). Desde Wamba, todo hombre libre con

---

(8) Cuya versión romanceada (*Fuero Juzgo*, Ley 9, tít. II, libro IX) reza así: “E por ende establecemos en esta Ley, que deste día adelante, quando que quier que los enemigos se levataren contra nuestro regno todo omne de nuestro regno, si quier sea obispo, si quier clérigo, si quier conde, si quier duc, si quier ricombre, si quier infanzón, o qual que quier omne que sea en la comarca de los enemigos, o si fuera legado de la frontera acerca de ellos, o si llegar allí a ellos por aventura dotra tierra, todo que sea cerca de la frontera fasta C. millas daquel lugar do se faz la lid, despues ge lo dixiere el rey o su omne, o pues que él lo sabe por si en qual manera se quier, si mano a mano non fuere presto con todo su poder para defender el regno, e si se quisiere excusar en alguna manera, e non quisiere ayudar a los otros mano a mano por amparar la tierra, si los enemigos ficieren algun danno, o cativaran algun omne de nuestro pueblo, o de nuestro regno, aquel que non quiso salir contra los enemigos por algun miedo, o por excusación, o por enganno, e non quiso ser presto por amparar la tierra, si es obispo o clérigo, e non oviere onde faga enmienda del danno que ficieren los enemigos en la tierra, sea echado fora de la tierra, como mandare el príncipe. Y esta pena mandamos que ayan los obispos, e los sacerdotes, e los diáconos, e los otros clérigos que non an dignidad...”

(9) Traducimos a vuela pluma: “Cuantas veces se presentara otra nueva incursión dañina de los enemigos en la provincia de nuestro reino... decretamos por la presente sanción: Si cualquier adversidad u oposición

carácter obligatorio debía concentrarse para constituir el ejército cuando el rey así lo ordenaba, o sin llamamiento especial en caso de invasión o revuelta, debiendo acudir con la décima parte al menos de sus siervos, armados a su costa.

“La reforma de la ley militar de Wamba que llevó a cabo su sucesor Ervigio con la cooperación del Concilio XII de Toledo (a. 681), en su célebre canon 7.º *De recepto testimonio personarum, quae per legem testificandi licentiam perdidierunt*, no constituye, ni mucho menos, una abrogación de la ley de Wamba, sino simplemente la derogación de las penas impuestas en aquélla, mitigando su dureza (10); pero la ley subsiste en la redacción ervigiana del Fuero Juzgo, sin que se encuentre en ella una sola expresión que dé base para declarar excluido al clero de la obligación militar” (11). En conclusión, que el clero, con el gran

---

de los enemigos se dejara ver promovida contra nuestro partido, ya sea obispo o constituido en cualquier orden eclesiástico... cualquiera que sea el modo con que haya llegado a su conocimiento, y no estuviere dispuesto con toda la fuerza que pudiere a la defensa de nuestra nación o de nuestra patria, y alegando fútiles pretextos y argucias y buscando ocasiones quisiera trasladarse a otra parte y excusarse... y si de cualquiera de los sacerdotes o clérigos se tratase y no tuviere de sus cosas o bienes propios con qué satisfacer los daños inferidos por los enemigos en las cosas que nuestra tierra, a elección del príncipe, sujétese a un muy rígido destierro. Esta sanción se ha de observar en los obispos, presbíteros y diáconos.”

(10) Se queja Ervigio, en el tomo regio presentado al Concilio, de que “la imposición de tal severidad, mientras discurrió instituída por todos los confines de la Hispania, sometió a una perpetua ignominia casi a la mitad de nuestro pueblo.”

(11) PÉREZ MIER, *loc. cit.*, pág. 1071.

Si durante mucho tiempo se ha venido sosteniendo (Félix Dahn, Modesto Lafuente, Sánchez Román...) que la reforma de Ervigio, entrañando una casi derogación de la ley de Wamba, se hizo en beneficio del clero y a modo de compensación del monarca por la declaración de legitimidad de su elevación al trono, obtenida la corona por procedimientos tortuosos, y la absolución a los súbditos del juramento de fidelidad prestado al destronado Wamba, —posición sin duda adoptada por los Padres del Concilio en evitación de mayores males y no movidos de apetencias de privilegios ni otros móviles recusables—, hoy se puede considerar que es tesis superada. TORRES LÓPEZ (*Las invasiones y los reinos germánicos de España*, en *Historia de España*, dirigida por Menéndez Pidal, t. III, Madrid, 1940, pág. 129) dice: “Precisamente la incapacidad de testimo-

prestigio y posición social que ostenta en la monarquía visigoda, no está ni mucho menos excluido de las obligaciones militares, sino antes bien, en la ley de Wamba como en el texto de Ervigio, se ve afectado por el mismo deber de prestación militar que pesa sobre el común de los súbditos; buen principio organizador que los reyes no saben mantener después, lo que contribuye, sin duda, al desmoronamiento y caída definitiva del antiguo orden godo de Toledo a manos del pujante brío islámico.

3. EL ALBOREAR MEDIEVAL Y LA EDAD MEDIA.—En la Europa del siglo VIII habían ya aparecido dominios concedidos con la carga del servicio militar sin ninguna renta económica; la obligación del servicio armado pesa sobre los propietarios, los cuales, aunque sean obispos o abades, reclutan soldados para los príncipes. Entre los francos y bajo la dinastía carolingia, en que todos los hombres libres están sujetos al servicio militar, el clero participa en la guerra a causa de su dependencia de la aristocracia y de su contacto con los seglares. Cuando el Emperador publica su *heriban* u orden de movilización, el obligado al servicio debía partir para el punto de concentración al día siguiente por la mañana, si la orden llegaba por la tarde o por la noche, y la tarde misma si la orden llegaba por la mañana; durante las levadas militares Carlomagno y sus sucesores convocan a todos los obispos; se verá incluso a Juan VIII, a finales del siglo IX, pedir a los prelados el envío de tropas. Esta onerosa costumbre, aunque no sin ciertas oposiciones, no era considerada injusta. El Concilio de Meaux del 845 (canon 37) prohíbe a los clérigos que tomen las armas bajo amenaza de degradación, exteriorizando así la Iglesia su postura favorable a la dispensa de la obligación militar. Claro que en no pocos casos los obispos y abades sólo eran llamados, pero prácticamente no combatían; más adelante la mayoría del clero queda en ocasiones exenta, por virtud de una dispensa del servicio personal, mediante la presentación de sustitutos (N. IUNG, *El Derecho público de la Iglesia en sus relaciones con los Estados*, pág. 245; ALBERT MALET y J. ISAAC,

---

niar, ahora derogada, era pena que la ley de Wamba sólo imponía a los laicos... En suma: la ley de Ervigio responde a la misma orientación de la ley de Wamba: fortificar la disciplina y suplir con penas la falta de espíritu público. Así se deduce del proemio, mucho más duro y claro que el de Wamba."

*La Edad Media*, versión castellana de Miguel Ruiz, París, 1914, página 43).

Cuando el fenómeno feudal se extiende por los distintos reinos cristianos de la Europa del medievo, la Iglesia, en sus elementos personales y materiales, viene a quedar inmersa, aunque no sin una primaria resistencia, en el sistema del feudalismo: a su vez, el contenido concreto de la vida feudal se cargaba de espíritu religioso: las virtudes del caballero se traducían en virtudes cristianas. En buena parte la Iglesia estaba sobre el feudalismo, pero a la par estaba entre el feudalismo y sintió también sus efectos. Como ya antes incluso el del siglo IX los eclesiásticos eran grandes terratenientes, con el advenimiento del feudalismo el dignatario eclesiástico, en cuanto propietario de tierras, debía servicios feudales y tenía, a su vez, vasallos propios (ENRIQUE GÓMEZ ARBOLEYA, *Historia de la estructura y del pensamiento social*, I, Madrid, 1957, pág. 75), debía prestar juramento de fidelidad al señor que le otorgaba la investidura, gozando al igual que los demás vasallos de honores laicos; había de prestar al príncipe el servicio de corte (*obsequium*) y el militar (*servitium*), el segundo tanto obligación personal como carga real, que suponía poner sobre las armas un cierto número de soldados de a caballo.

La peculiar y curiosa situación creada al clero por este fenómeno feudal llega a causar estado, pese a los esfuerzos de la Iglesia. Los Concilios sólo prohíben que los clérigos lleven armas y se dediquen al oficio de las mismas (Concilios de Tours de 1060, de Clermont de 1095, de Beziere de 1233); quienes en tiempo de Inocencio IV infringen estas disposiciones son depuestos (*Decretales*, lib. V, tit. 37, c. 5, *De poenis*), y después de una triple advertencia, privados del privilegio clerical (*Decretales*, lib. V, tit. 39, c. 25, *De sententia excommunicationis*). Santo Tomás, en el siglo XIII, admitirá como legítimo el que los clérigos se hallen en los ejércitos, si bien no han de combatir (*Summa Theol.*, IIª IIªe, q. 40, a. 2).

En España, como consecuencia del peligro inminente que, en los primeros tiempos de la Reconquista, representa la acometividad del poderío musulmán, se hace necesario desde un principio el estricto establecimiento de la obligatoriedad del servicio militar, remembranza del viejo principio visigodo, o mejor, germánico, de su universalidad. Todos los hombres útiles acuden a

prestar servicio guerrero, así como a los trabajos de fortificación. Existe el servicio de reparación de murallas, el de vigilancia, el de *hueste y cabalgata*: cuando más adelante se inicia la recuperación del suelo patrio y se ocupan las llanuras, se desarrolla ampliamente la caballería, que adquiere un relieve extraordinario por la peculiar fisonomía de la guerra medieval: la Iglesia se sirve de la caballería, con su disciplina, código de honor, sentido de la dignidad y de las buenas maneras, para dulcificar las costumbres e imponer el sentido de la justicia. Por otra parte, en esta época de ardor patriótico traducido en esfuerzo bélico continuado, cuando el Islam en Oriente y Occidente pretende arrollar a la Cristiandad, arraiga en nuestra Patria, como expresión del general fenómeno que embarga todos los países cristianos y cuya manifestación tipo la constituyen las Cruzadas, la idea de que el servicio militar contra el infiel o el hereje es un deber religioso.

Otra espléndida manifestación de este ardoroso empuje guerrero, impregnado de sentido religioso, nos la ofrecen las Ordenes militares, que, surgiendo en Oriente, tal vez bajo el influjo del ejemplo del Islam con sus *ribat* o *rápitas*, fortalezas fronterizas con guarnición de carácter militar y religioso que se preparaba para la guerra santa, pronto hacen acto de presencia en la Península no sólo las venidas de fuera, que se conocen en Aragón lo más tarde en los primeros años del siglo XII (Hospitalarios, Templarios), sino también las netamente españolas que van surgiendo: reinando Sancho III de Castilla, los Templarios abandonan la plaza de Calatrava, pero no resignándose Fr. Raimundo Serra, abad de Fitero, se hace cargo de ella y consigue defenderla, por lo que se la concede en premio el monarca, fundando aquél la Orden de Calatrava con monjes del Císter, para la que obtiene la aprobación papal en 1164: luego aparecerán las de Santiago, Alcántara, primero llamada de San Julián del Peireiro... Los caballeros que las integran se obligan con voto religioso a luchar contra el infiel; de estos caballeros, unos son sacerdotes, otros simples monjes y otros seglares; al frente de cada Orden hay un superior o *maestre*, que ha de ser un obispo, elegido por los caballeros y confirmado por el Papa. Cuando comienza en España la gran actividad monástica, es decir, a partir de la penetración cluniacense, las órdenes religiosas son también co-

laboradoras de la política de Reconquista, si bien de un modo menos directo y belicoso que las militares: impulsan la economía, alientan la fe...

Trazado este esquema o cuadro panorámico de los hechos y de la conciencia medieval, no puede extrañar la presencia del clero, e incluso de los obispos, en los ejércitos de esta primera etapa de la Reconquista. El Cronicón de Sampiro, obispo de Astorga, nos transmite el hecho de la captura y prisión de los Obispos de Salamanca y de Tuy, que acompañaban al rey de León, tras el desastre de Valdejunquera (a. 918); en el sitio de Coimbra por Fernando I (a. 1064), en compañía del rey están varios Obispos de Galicia y el de Viseo a lo largo de los seis meses que dura el asedio; MENÉNDEZ PIDAL (*La España del Cid*) nos habla de aquel "Don Jerome" (D. Jerónimo de Perigord), Obispo de Valencia y luego de Salamanca, que forma como capitán en la hueste del Campeador; D. Rodrigo Jiménez de Rada, Arzobispo de Toledo, interviene junto a Alfonso VIII en la batalla de las Navas de Tolosa (a. 1212)...., cuando los Concilios de Coyanza (1055?) Compostela (a. 1060 y 1063) y Palencia (a. 1129) habían reiterado la prohibición canónica de llevar armas los clérigos.

En la Baja Edad Media, cuando el poderío musulmán se debilita, las levás más escasas, los núcleos de mercenarios que van entrando a formar parte del ejército, las aportaciones de la nobleza, hacen que la obligación militar del clero se haga menos estricta. Las exenciones del servicio militar son más frecuentes: el que no acude a la *hueste* o al *fonsado*, sin causa justificada, debe pagar una multa, que en Castilla es llamada *fonsadera*, que llega a convertirse en una especie de redención a metálico de la obligación militar. Las exenciones totales o parciales, la posibilidad de enviar un sustituto o de redención, hacen que la obligatoriedad del servicio, todavía teóricamente general, venga realmente a ser utópica; y el estatuto especial del clero, "ome escogido en suerte de Dios" como dirán las Partidas, se afirma (12). Esta es la situación a la recepción del Derecho romano-canónico, después del siglo XIII, cuando la Iglesia contribuye a los gastos de guerra con-

---

(12) *Las Partidas* sientan: "Franquezas muchas an los clérigos, más que otros omnes, también en las personas como en sus cosas..." Ley L, título VI, Partida I; en las leyes siguientes del mismo título y Partida, se habla de cuáles sean estas *franquezas*.



tra el infiel con las dos novenas partes del *diezmo*, que cobra por *concesión real* (*tercias reales*).

Ello no obstante, y hasta la terminación de la Reconquista aún encontramos Obispos que participan en las campañas al frente de sus tropas: el Obispo de Palencia, D. Sancho de Rojas, interviene con sus vasallos en la toma de Antequera, obteniendo en recompensa el título de Conde de Pernía, en los comienzos del siglo xv. No hace mucho leíamos un ameno trabajo literario del tristemente malogrado VÍCTOR DE LA SERNA (13), en el que nos relata los hazañosos hechos en que algunos "obispos militares" tomaron parte en esta época crucial, puente y avanzada de la Edad Moderna: la intervención en la batalla de Toro (a. 1476) del Arzobispo de Toledo D. Alfonso Carrillo, del Cardenal Mendoza, del Obispo de Evora, de D. Alonso de Fonseca Obispo de Avila... Pocos años antes el Concilio provincial de Aranda de Duero (año 1473) prohibía a los Obispos y al clero en general prestar servicio de armas fuera del ejército real (14).

4. EL CLERO Y LOS EJÉRCITOS EUROPEOS DE LA EDAD MODERNA.-- En Francia, durante el siglo xv, las ordenanzas reales reglamentan el importe y forma de pago de las llamadas *décimas de sustitución*, por medio de las cuales el clero se exime del servicio militar, enviando a otras personas o a metálico. A esta situación aboca la creación anterior de un verdadero ejército nacional, que ya en la época de Carlos V o mejor en la de Carlos VII puede verse constituido para obviar las dificultades de enrolamiento propias del ejército feudal. Cuando declina el siglo xvi las asambleas del clero votan la prestación gratuita. Entre tanto, la Iglesia no ha dejado de exteriorizar su posición, fiel al principio de la exención, si bien, las más de las veces, contentándose con pro-

---

13) VÍCTOR DE LA SERNA: ...*La batalla de Toro*, en "Ejército", número 174 (julio, 1954), págs. 23 y siguientes.

(14) Para la etapa histórica de la Reconquista, puede verse: PÉREZ MIER, *loc. cit.*, pág. 1073; ALFONSO GARCÍA GALLO, *loc. cit.*, págs. 128, 217 y 315; C. PÉREZ BUSTAMANTE: *Compendio de Historia de España*, Ediciones Atlas, Madrid, págs. 121, 210, 211, 216 y 217; J. MARTÍNEZ DE LA VEGA y ZEGRI: *Derecho militar de la Edad Media. España: Fueros municipales*, Zaragoza, 1912; A. PALOMEQUE TORRES: *Contribución al estudio del ejército en los Estados de la Reconquista*, en "A. H. D. E.", XV (1944), páginas 205-351; C. SÁNCHEZ ALBORNOZ: *Estampas de la vida en León hace mil años*, Madrid, 1934.

hibir a los clérigos el ejercicio de las armas: Concilios de Manceva (a. 1549), de Narbona (a. 1551), de Aquilea (a. 1596). En el siglo XVIII, la exención del servicio militar de los clérigos es aceptada por el poder real sin ninguna compensación pecuniaria. A evolución militar análoga de los demás ejércitos europeos, organizados en la mayoría de los países a base de un voluntariado más o menos permanente y escogido, corresponde igualmente una situación similar para el clero en los distintos países, en relación con el servicio militar: exclusión de los eclesiásticos en cuanto a la prestación personal, y subsistencia de la obligación como carga real (pecuniaria).

En nuestra patria, al decir de PÉREZ MIER, la obligación militar de los Obispos desaparece en la práctica con el fin de la Reconquista, esto es, con la toma de Granada, y es la "recia estampa del Cardenal Cisneros, que se recorta enérgica sobre las playas de Argel y Orán capitaneando la expedición armada a sus expensas", la llamada a cerrar un ciclo histórico con la conquista de esta plaza (a. 1509) (15).

El fenómeno general que hemos señalado respecto de los países europeos se manifiesta en la Península en una u otra forma.

Terminada la guerra granadina, transición del sistema medieval al moderno, se crea un ejército permanente. Los Reyes Católicos terminan con las *milicias* señoriales y concejiles, integrándose el núcleo de las tropas por voluntarios mercenarios, por lo que sólo como complemento y reserva se utiliza el servicio militar del resto del país, que queda ahora bajo la directa potestad del monarca. Y aunque después de la formación de las Guardias Viejas de Castilla el servicio militar se hace obligatorio, los eclesiásticos se consideran excluidos de la prestación personal.

Se abandona como sistema de reclutamiento el del sorteo en la época de los Austrias, y aunque había un servicio militar obli-

---

(15) Todavía veremos, empero, combatir, al frente de la llamada "falange sagrada", al obispo don Antonio de Acuña, durante los revueltos días de la guerra de las Comunidades de Castilla, y mantener a raya a los imperiales en Tordesillas; y cuando muchos años después el Duque de Braganza, que habría de consumir frente a Felipe IV la independencia de Portugal y obtener el trono como Juan IV, llega a los muros de Zamora, un obispo, Coello de Ribera, interviene decisivamente en la defensa de la plaza (a. 1640).

gatorio para formar milicias municipales de reserva, el núcleo del ejército se compone de voluntarios, españoles y extranjeros, por lo que no se suscita ningún problema particular a la Iglesia y al clero. Tal cabe decir de la época en que los *tercios viejos* ganan su reputación en toda Europa. La inmunidad eclesiástica es favorecida a la vez, sin duda, por la religiosidad de la época y la influencia social y prestigio de que disfrutaba el clero (16). Un jurista leonés del siglo XVI, FRANCISCO ARIAS DE VALDERAS, en su *Líbellus de belli iustitia iniustitiare* (17), presta detenida atención a la cuestión del servicio militar del clero, sintetizando, en parte, la ideología de la época al respecto: citaremos aquí algunas de sus proposiciones: a la interrogante contenida en el epígrafe del número marginal VI ("Si pueden tomar las armas los obispos y los clérigos") contesta con una rotunda negativa, que razona basándose en la doctrina evangélica y en los Santos Padres: después de sentar (VII) que "los soldados de Cristo sirven sólo a Cristo", añade que "si los militares se dedican a la milicia, los obispos y soldados de Cristo han de dedicarse a la oración", y luego (CXLII) que "los clérigos no pueden pelear... no pueden tampoco tomar parte activa en la guerra, porque están destinados a misión más alta". Pero cosa distinta a combatir es el que

---

(16) En 1623, según un autor contemporáneo, Gil González Dávila, el número de religiosos seculares y regulares en España llegaba a doscientos mil; si pensamos que el total de población alcanza en este período (1610) a sólo siete millones y medio aproximadamente, la proporción nos puede dar idea de cuál sería la influencia social que señalamos, máxime si se tiene en cuenta a la vez el criterio cualitativo y no sólo el cuantitativo.

(17) Pertenece la obra al grupo, numeroso de los siglos XV al XVIII, de tratados referentes a la justicia de la guerra, habiéndose escrito de su autor "que merece figurar entre los precursores del padre de la ciencia del Derecho internacional, Francisco de Vitoria". Los textos citados pueden verse en: FRANCISCO ARIAS DE VALDERAS: *De la guerra y de su justicia e injusticia*, facsímil de la edición príncipe de 1533 (Roma), con traducción castellana de Laureano Sánchez Gallego; publicación de la Asociación Francisco de Vitoria, Madrid, 1932. Las firmas marginales citadas y los epígrafes, son los que figuran en la traducción castellana, y se corresponden con el sumario y numeración marginal añadidos por el veneciano Zilletti al incluir en su famosa compilación ("Tratatum", t. XVI, páginas 325 a 335) la obra, con el título *Franciscus Arias Iurisconsultus. De bello & eius iustitia*.

los clérigos entren en los ejércitos con un fin espiritual, puesto que (CXLVII) "bien puede interpretarse que aquellos eclesiásticos que acompañaron a los ejércitos no lo hicieron como tales soldados, sino para auxiliar con sus oraciones diarias" a las tropas, por cuanto, según sentencia de Santo Tomás, con autorización del superior "los Prelados y los clérigos pueden intervenir en las guerras, no ciertamente para combatir personalmente ellos, sino para ayudar a los que combaten justamente, exhortándolos, absolviéndolos, auxiliándolos con otros remedios espirituales" (CLI). Admite, no obstante, dentro de la casuística bélica de la vida real que "si el señor es atacado de un modo repentino e imprevisto, todos los que sean aptos para la batalla o para la defensa, incluso los clérigos, están obligados a prestar su auxilio" (CLXXXV).

Durante el siglo XVIII y bajo el signo de la Casa Borbón, para nutrir las filas del ejército se emplean como procedimientos el del *voluntariado*, cada vez con menor eficacia, el de *leras* de vagabundos, que tan perniciosos efectos produjo, y el del *sorteo*, que por corresponder por punto general a uno de cada cinco de los sorteados, se llamó *quinta* (Pío ZABALA Y LERA: *España bajo los Borbones*, 5.ª ed., Barcelona, 1955, pág. 141). El sistema de quintas produce inmediatas protestas, y en los sitios en que llega a aplicarse, en la práctica se envían a servir los vagabundos, maleantes y gentes sin influencia, por lo que es visto que la exclusión del clero sigue en pie por la propia organización militar del período, sin que llegue a plantearse tampoco ahora conflicto alguno.

5. ÉPOCA CONTEMPORÁNEA: EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y LA EXENCIÓN DEL CLERO, DESDE LA REVOLUCIÓN FRANCESA.—Aunque la Revolución francesa, para marcar su rompimiento con el antiguo régimen, se preocupa desde el primer momento de atacar, suprimir o derogar todos cuantos privilegios, atribuciones o regímenes particulares se consideran injustos bajo el prisma del nuevo ordenamiento burgués igualitario, con lo que las inmunidades eclesiásticas no quedan precisamente al margen de la actividad reformadora y revolucionaria, no es menos cierto que la exención del servicio militar del clero, en los términos en que venía desenvolviéndose bajo el poder real, es todavía mantenida en parte; la propia Convención Nacional, en un período particularmente difícil, en el que es imperiosa la necesidad de sofocar las rebeliones internas y de conjurar el peligro militar exterior, y en

ci que, por ende, las levas se suceden, admite por decreto de 23 de marzo de 1793 la dispensa respecto de la obligación militar de Obispos, Párrocos y Vicarios pagados por el Gobierno. Desde 1798 el servicio militar obligatorio se implanta en Francia, y durante el Imperio, Napoleón llama a filas a los seminaristas en diferentes ocasiones. Posteriormente los clérigos se incluyen entre los exceptuados del servicio en las leyes militares de 1818, 1832, 1868 y 1872.

Pero hasta el último tercio del siglo XIX no se suscitan realmente problemas graves en este punto del servicio militar de los eclesiásticos. Cuando el liberalismo se deja sentir con todo su empuje, de la obligatoriedad del servicio militar, ya establecida en casi todos los textos constitucionales europeos, se va a hacer bandera, propugnando su universalidad sin paliativos, como principio inviolable de la solidaridad nacional y de la organización del Estado. Y es entonces cuando la doctrina social y política imperante se va a enfrentar con la postura de la Iglesia, desconociendo las inmunidades personales del clero.

Contra las leyes italianas de reclutamiento de 1875 y 1878, que someten al clero al servicio militar en idéntica forma que el común de los ciudadanos, se alzan las voces autorizadas de los Pontífices, singularmente Pío IX, en la alocución *Luctuosis exagitati*, de 12 de marzo de 1877, y León XIII, en carta al Cardenal Nina, el 27 de agosto de 1878.

Por ley de 1889 se somete en Francia al servicio militar a sacerdotes y seminaristas, si bien reduciendo su permanencia en filas a un año y concediéndoles permiso por los otros dos que comprendía el servicio, concesiones que desaparecen, en la ley militar de 1905. Pío X en la Encíclica *Vehementer Nos*, de 11 de febrero de 1906, dirigida a los Arzobispos, Obispos y fieles de Francia, reivindicará para la Iglesia la inmunidad personal, señalando como un ataque a la religión lanzado por la autoridad pública "el hecho de ver que los clérigos han sido arrancados de sus estudios y de la disciplina eclesiástica para obligarles al servicio militar". La ley de 1913 confirmará después la supresión total de la exención.

En Prusia, implantado en principio desde 1812 el servicio obligatorio, si bien no se exime a los clérigos en la ley de 1874 y Reglamento de 1882, en ellos se prevé que para caso de guerra sean

destinados como capellanes o a servicios sanitarios. Por ley de 1890 se concede a los seminaristas, bajo ciertas condiciones, la dispensa o exención temporal. Poco antes, 6 de enero de 1886, León VIII en Encíclica dirigida a los Obispos de Prusia, reclamaba para la Iglesia el derecho absoluto de educar a sus ministros, "lejos de la disipación, de los ruidos del mundo y de los peligros de los campamentos".

La ley austriaca de 4 de octubre de 1882 admite la exención en favor de los estudiantes de Teología, ordenando que los sacerdotes movilizados en caso de guerra fuesen destinados como capellanes. Otro tanto puede decirse respecto de Hungría. La exención del servicio militar en Austria se mantiene en los referidos términos en la ley de 15 de abril de 1890.

El principio de la exención, reconocido también en Bélgica por las leyes de 1909 y 1913, fué suprimido en 1923, señalándose que los estudiantes de Teología, sacerdotes y los religiosos serían destinados a servicios sanitarios, permaneciendo sin incorporarse a filas en caso de guerra los sacerdotes necesarios para atender el servicio religioso del país (PÉREZ MIER).

Concretada en forma terminante la posición de la Iglesia respecto de la exención con la promulgación de 1917 del *Codex iuris canonici*, cuyas prescripciones tendremos ocasión de ver en los epígrafes siguientes, los Concordatos posteriores (18) han de hacer frente ya a la cuestión del servicio militar del clero, sobre todo por cuanto a raíz de la Gran Guerra la obligatoriedad del servicio es principio extendido a casi todos los países. El Concordato de Letonia (1922), en su art. 9.º, exceptuaba del servicio militar a todos los eclesiásticos, a partir del subdiaconado, privilegio recogido también por el Concordato de Polonia (1925) en su artículo 5.º, pero extendiéndolo sin limitaciones personales a clérigos y religiosos, seminaristas y novicios, con ciertas restricciones de carácter objetivo para caso de movilización general. El reconocimiento de la exención total y sin limitaciones se contiene

---

(18) En el siglo XIX, según PÉREZ MIER, el primer Concordato en que se consigna la exención del clero es el estipulado en 1803 entre Pío VII y Napoleón en representación de la República italiana (art. 18); en el Concordato de Austria de 1885 (art. 7.º), se extiende la exención a seminaristas y novicios, además de comprender a clérigos y religiosos; y el de Colombia de 1887 (art. 7.º) admite plenamente la exención.

en el art. 5.º del Concordato de Lituania. El Concordato italiano (1929) en su art. 3.º extiende también el beneficio de la exención a todos los eclesiásticos, instituyendo un sistema de prórrogas para los seminaristas y novicios, antes de las órdenes o de la profesión religiosa.

Conocida de todos es la suerte que ha tocado correr a los pueblos que, antes o después, han ido cayendo en la órbita de la Unión Soviética; análogo ha sido el destino de los textos concordatorios vigentes en tales países, algunos de los cuales hemos citado. En Polonia, denunciado inmediatamente después de la Guerra mundial por el Gobierno filocomunista el Concordato de 1925, en el año 1950 se concierta, con extrañeza de los observadores, un Acuerdo entre el Episcopado polaco y el Gobierno comunista de Varsovia, en cuyo Protocolo anejo (art. 1.º) se prevé que los sacerdotes y religiosos no serán llamados al servicio militar activo, siendo asignados a la reserva con destino a servicios auxiliares, estableciendo para los seminaristas el sistema de prórrogas mientras continúen sus estudios (19)

Respecto de las dos últimas conflagraciones mundiales, en líneas generales puede decirse que no supusieron tampoco serio problema ni suscitaron situaciones de conflicto por lo que al servicio militar de los eclesiásticos atañe, porque la Iglesia, sin declinar sus prerrogativas esenciales, y dadas las circunstancias, prácticamente toleró que los clérigos de los países en que, como en Francia, se les obligará al servicio armado, fuesen combatientes e incluso aceptaran obtener graduación de oficiales o suboficiales.

Veamos ahora el tratamiento legislativo del servicio militar del clero en nuestra patria durante este período.

Al iniciarse la guerra por la Independencia continuaban empleándose como procedimientos para el reemplazo del Ejército, el *voluntariado*, las *leras* y las *quintas*, muy desacreditados los dos primeros y el tercero, pesando especialmente sobre las gentes del campo. Si a ello añadimos el que la Novísima Recopilación (20)

---

(19) LAUREANO PÉREZ MIER: *El Acuerdo entre el Episcopado polaco y el Gobierno de Varsovia*, en "R. E. D. C.", vol VI (1951), pág. 247.

(20) Sancionada por Real cédula de 15 de julio de 1805, la "Novísima Recopilación de las leyes de España", dividida en doce libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el Sr. D. Felipe II en el año 1567, reimpressa últimamente en 1775, y se incorporan las pragmáticas, cédu-

reconoce, respetando y recogiendo las disposiciones tradicionales anteriores, el principio de la inmunidad personal, podremos afirmar que al iniciar el siglo XIX ningún cambio esencial se ha producido en el régimen del servicio militar de los eclesiásticos, manteniéndose la exención de que en la práctica habían venido disfrutando.

Bien pronto, nuestro naciente ordenamiento constitucional va a recoger el principio, vigente en la órbita europea desde pocos años atrás, del servicio militar obligatorio. Si hacemos caso omiso de la Carta otorgada de Bayona (a. 1808) que no llegó a regir un solo día, ya los redactores del proyecto de la que había de ser nuestra primera Constitución, después de hacer patente a las Cortes que "no es menos importante expresar las obligaciones de los españoles" y que "van señaladas con individualidad aquellas obligaciones de que no puede dispensarse ningún español sin romper el vínculo que le une al Estado" (21), afirmarán que "el servicio militar es una contribución personal sobre los súbditos de un Estado" y que si a las Cortes compete la organización en todas sus facetas de la defensa del Estado y "no puede dudarse que ésta interese igualmente a todos los súbditos que componen la Nación, ningún español podrá excusarse del servicio militar cuando sea llamado por la ley, sin faltar a una de las primeras obligaciones que le impone la patria" (22). Sancionada la Constitución gaditana de 1812, el principio queda plasmado en su art. 9.º (título I, cap. II) que declara: "Está asimismo obligado todo español a defender la patria con las armas, cuando sea llamado por la

---

las, decretos, órdenes y resoluciones Reales y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804", se ocupa en los títulos VIII, IX y X del libro I de los prelados y clérigos, sus privilegios y exenciones y de las calidades para gozar del fuero: en la ley 15, título X, lib. I, por ejemplo, preceptúa que "los clérigos tonsurados o de menores en quienes concurren las calidades prevenidas en el Santo Concilio de Trento y en la ley 6.ª de este título (sobre el privilegio del fuero) gozarán de la exención del servicio, con tal que para ello hayan de estudiar con autoridad y mandato del Obispo, y lo hagan precisamente en Universidades aprobadas o en los Seminarios conciliares".

(21) Apartado IX del *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar el proyecto de Constitución la comisión nombrada al efecto*, que lleva fecha de 24 de diciembre de 1811.

(22) Párrafo XCII, del mismo *Discurso*.



ley"; añadiendo en el art. 361 (tít. VIII, cap. I): "Ningún español podrá excusarse del servicio militar, cuando y en la forma que fuere llamado por la ley." El primero de los preceptos citados va a perdurar, transcrito casi literalmente, en todos los textos constitucionales del siglo XIX (23), hasta llegar a integrar en nuestros días el art. 7.º del Fuero de los Españoles de 1945 (24).

No obstante estas declaraciones de principio, contenidas en las leyes fundamentales de nuestro siglo XIX, no parece que en la práctica surgieran situaciones incompatibles con la inmunidad personal de los eclesiásticos. Puede en parte corroborarnos esta opinión el hecho de que en las cordiales relaciones que tradicionalmente (y salvo escasos paréntesis) sostienen la Monarquía española con la Santa Sede no se considere necesario, o al menos de necesidad urgente, el regular esta faceta de la inmunidad: al igual que ocurre en las Concordias, Concordatos y Convenios de los dos siglos anteriores, en los textos concordados del siglo XIX no se contiene tampoco referencia alguna al servicio militar de los clérigos. Quizá hubiera sido de aplicación a la materia el precepto genérico contenido en el art. 43 del Concordato de 1851: "Todo lo demás perteneciente a *personas o cosas eclesiásticas, sobre lo que no se provee* en los artículos anteriores, será dirigido y administrado *según* la disciplina de la Iglesia canónicamente vigente."

En cuanto al derecho interno, después de dictada alguna disposición particular (como la Real orden de 15 de abril de 1834) que enlaza con los preceptos citados de la Novísima Recopilación, es con carácter de generalidad la ley de 31 de octubre de 1837 la que dispone la baja en el alistamiento de los ordenados *in sacris*, con tal de que hubieren cumplido los veintidós años antes del

---

(23) Pues si exceptuamos, naturalmente, el llamado Estatuto Real (texto constitucional con carácter de decreto de convocación de Cortes generales), el principio contenido en el art. 9.º de la Constitución de 1812, lo encontramos reproducido en las de 1837 (art. 6.º), 1845 (art. 6.º), 1854 que no llegó a promulgarse (art. 7.º), 1856 (art. 7.º), 1869 (art. 28) y 1876 (artículo 3.º). La Constitución de 1931 en su art. 37 decía: "El Estado podrá exigir a todo ciudadano su prestación personal para servicios civiles o militares, con arreglo a las leyes..."

(24) Que al estricto concepto de obligación ciudadana, añadirá que "constituye *título de honor* para los españoles el servir a la Patria con las armas".

treinta de abril del año en que se publicare la quinta, pues si no los tuvieren cumplidos para tal fecha, deberían ser incluidos en el alistamiento.

La ley de 30 de enero de 1856, que dictó las reglas que habían de observarse para el reemplazo del Ejército, en su art. 74 proveía que serían excluidos del servicio militar "aun cuando no lo solicitaren", los religiosos profesores de las Escuelas Pías y de las misiones de Filipinas (núm. 3.º) y los novicios de las mismas Ordenes que llevaren seis meses de noviciado cumplidos antes del día de la declaración de soldados (núm. 4.º), quienes por otra parte quedarían sujetos a servir cuando dejaren de pertenecer por cualquier motivo a las referidas Ordenes religiosas antes de cumplir los treinta años de edad. Estos beneficios fueron extendidos a los religiosos y novicios de la Congregación de San Vicente de Paúl por Real orden de 14 de enero de 1857.

Modificada la ley de 11 de julio de 1885 por la de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 21 de agosto de 1896, se dispuso que los que hubiesen recibido órdenes sagradas se incorporarían, en tiempo de guerra, a filas "para ejercer su ministerio hasta extinguir en el servicio el plazo obligatorio como los demás individuos de su clase y alistamiento" (art. 14). Se excluía totalmente del servicio a los religiosos profesos de las Escuelas Pías —confirmando así la anterior disposición que dejamos citada—, a los profesos de las Congregaciones destinadas exclusivamente a la enseñanza con autorización del Gobierno y de las misiones dependientes de los Ministerios de Estado y Ultramar (que se relacionan expresamente en el art. 50 del Reglamento de aplicación de la ley de 22 de diciembre de 1896), y a los novicios de las mismas Ordenes con seis meses de noviciado antes del día de la clasificación (art. 80).

El servicio militar de clérigos y religiosos figura después regulado esencialmente en los arts. 237 y 238 de la ley de 27 de febrero de 1912 y arts. 381, 382 y 385 del Reglamento, dictado para su aplicación en 2 de diciembre de 1914. Es entonces cuando se introduce el sistema de prórrogas por razón de estudios, por un máximo de cuatro años (arts. 166 y 168 de la ley), lo que permite a los eclesiásticos el ir retrasando la incorporación hasta ordenarse *in sacris*, momento en que pueden acogerse a las normas especiales que los artículos citados prescriben. Así, los ordena-

dos *in sacris* y los profesos no presbíteros se destinaban a las unidades de Sanidad Militar para prestar servicio como sanitarios, enfermeros o practicantes, en los hospitales militares en tiempo de paz, y donde sus servicios pudieren ser precisos, en caso de guerra; podían obtener permiso para residir fuera del cuartel, salvo en campaña o maniobras. Los presbíteros, una vez dados de alta a efectos de revista y suministro en los Cuerpos que se determinaren, quedaban a disposición del Teniente Vicario correspondiente, para prestar el servicio de su ministerio, bien en el propio Cuerpo o en otro, en las Tenencias Vicarias u hospitales militares. En los preceptos reglamentarios aludidos, quedaban recogidas las Ordenes religiosas que gozaban para sus miembros de la exención plena.

El Decreto-Ley de Bases para el Reclutamiento y Reemplazo de 29 de marzo de 1924, en el apartado I) de la base primera preveía que "los mozos que al corresponderles ingresar en filas poseyeran cualquier título de determinada profesión útil y de aplicación para funciones especiales del Ejército y los ordenados *in sacris*, así como los profesos de derecho, reconocido en las disposiciones vigentes, serán destinados, a su petición a dichas funciones especiales por el tiempo que les corresponda servir en filas, utilizándose sus servicios en la forma que determinará el Reglamento para la ejecución de este Decreto-Ley". Y el Reglamento de 27 de febrero de 1925 disponía que los seminaristas, que deberían ser destinados a poblaciones en que hubiese Seminario, podrían obtener destinos de sanidad o enseñanza en cualquier momento del servicio activo en que se ordenasen *in sacris* (artículos 346 y 358). En cuanto a los sacerdotes, se les concedía la exención completa del servicio de armas, debiendo ser agregados a Cuerpo para prestar los servicios propios de su ministerio como auxiliares y bajo la dirección del capellán castrense correspondiente y a disposición del Pro-Vicario General Castrense (artículo 360). Los religiosos profesos con exención reconocida gozaban, en sus respectivos casos, de los beneficios de los seminaristas, ordenados *in sacris* o de los sacerdotes, y a los religiosos de Institutos misioneros se les otorgaba la exención casi completa del servicio militar, cumpliéndolo, cuando les correspondiese, con el ejercicio de su ministerio en las Misiones de América, África, Asia u Oceanía (art. 362).

Así las cosas, al instaurarse la segunda República, las excepciones, beneficios y prerrogativas de que los eclesiásticos venían disfrutando, según las disposiciones anteriores que acabamos de citar, fueron suprimidas radicalmente, con base en el espíritu de laicismo que inspiraba la Constitución de 1931 (25).

Bien pronto y desde los primeros momentos de la Guerra de Liberación, las disposiciones de la República al respecto son derogadas, declarándose vigentes los beneficios que la legislación anterior establecía para clérigos y religiosos (26).

La ley de 8 de agosto de 1940 y su Reglamento provisional para el Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 6 de abril de 1943 recogen, ampliando en parte y mejorando, los beneficios otorgados a los eclesiásticos respecto del servicio militar:

a) Los ordenados *in sacris* a quienes corresponda ingresar en filas, y los profesos, que no sean presbíteros, de las Ordenes religiosas que se relacionan en el anexo primero del apéndice del Reglamento (27), prestarán servicio en tiempo de paz en las oficinas de los Vicariatos castrenses, en los hospitales y dependencias militares y en los Cuerpos armados, como auxiliares de los directores de las Escuelas de Instrucción elemental (art. 323 del Reglamento). Su derecho deberán justificarlo ante los Jefes de las Cajas de Reclutas, mediante presentación de los oportunos

(25) "El Estado español no tiene religión oficial" (art. 3.º). La Orden de 12 de septiembre de 1932 ("Gaceta" del 13) dispuso quedasen sin efecto para los reclutas de aquel año y sucesivos "los beneficios y excepciones que para el servicio militar conceden los artículos 358 a 367, ambos inclusive, del vigente Reglamento, a los que al ingresar en filas sean presbíteros, ordenados *in sacris*, o profesos de Congregaciones religiosas, los cuales serán destinados a Cuerpo con sujeción a las normas de carácter general".

(26) Por Orden de 19 de octubre de 1936 (*B. O. del Estado* de 20 de octubre) quedó derogada la mencionada disposición de la República, "con carácter general", rehabilitando "estos derechos legendarios a cuantos religiosos y sacerdotes les corresponda prestar el servicio militar".

(27) En el que se agrupan en veinte apartados las Congregaciones a las que se respeta su derecho, adquirido con arreglo a normas anteriores, art. 327 de la Ley de 1912, arts. 381 y 382 del Reglamento de 1914, y apartado I de la base primera de la Ley de 1924, y en el que posteriormente y por disposiciones particulares que sería prolijo enumerar se han ido incluyendo otras Congregaciones.

certificados que acrediten su condición. Se admite recurso de alzada ante el Capitán General correspondiente, contra los acuerdos de los Jefes de las Cajas de Recluta emitidos en aplicación de estos preceptos.

En razón de su estado, los incluidos en estos beneficios tendrán las consideraciones y preferencias de los soldados de primera, pudiéndoseles autorizar a dormir fuera de los cuarteles, salvo caso de campaña o maniobras, debiéndose procurar que sean destinados a Cuerpo que resida en población donde la Congregación a que pertenezcan tenga convento o residencia. Se señala en el art. 332, como *compensación* a los beneficios que se conceden a las Congregaciones religiosas, la obligación de sostener en sus establecimientos de enseñanza un cierto número de plazas gratuitas, determinado proporcionalmente, para huérfanos de suboficiales y oficiales subalternos, con preferencia para los huérfanos de guerra.

b) Quienes con fecha posterior a la de su destino a Cuerpo fueren ordenados *in sacris* deberán ponerlo en conocimiento del Capitán General de la Región en que sirvan, para que por éste se disponga su destino con arreglo a las normas que hemos consignado más arriba (art. 324). Se autoriza igualmente a los Capitanes Generales a efectuar estos cambios de destino dentro de su respectiva Región.

c) Los reclutas en Caja disponibles para destino a Cuerpo que sean presbíteros podrán solicitar se les conceda retrasar la incorporación a filas hasta que lo verifique el reemplazo del año en que cumplan los treinta de edad. Cuando deban ser destinados a Cuerpo, el Ministerio, con base en las relaciones nominales que faciliten las Cajas de Reclutas, fijará el Cuerpo activo en cuestión a que quedarán afectos para revista y suministro, y la Tenencia Vicaria, la plaza, hospital o Cuerpo a que deben quedar agregados para prestar el servicio propio de su sagrado ministerio, a las inmediatas órdenes de otro Capellán castrense (artículo 325). Se especifican las formalidades y plazos a que las peticiones de los interesados deberán atenerse, así como las consecuencias de la renuncia de este beneficio.

d) Los individuos pertenecientes a las Congregaciones religiosas que se relacionan en el anexo segundo del apéndice del Re-

glamento (28) que tengan abiertas misiones españolas en los países que se determinan, prestarán como servicio militar, cuando les corresponda, el propio de su ministerio, precisamente en las misiones españolas de Africa, Tierra Santa, América y Extremo Oriente, y demás que el Gobierno determine; se exige como condición que los superiores de las misiones sean españoles, y la de que, además de su evangélico fin, aquéllas tengan el de propagar la enseñanza del idioma y atender al desarrollo de los intereses nacionales (art. 327). Serán destinados, no a Cuerpo, sino a una de las misiones, que se designará por los superiores de la Congregación mientras el Gobierno no tenga interés especial en el fomento de una determinada (art. 328). En el art. 329 se consigna que el Gobierno se reserva el derecho de incluir o excluir en el disfrute de los beneficios concedidos, a las Congregaciones que experimenten alguna variación en sus fines o en el desenvolvimiento de su actividad.

El tiempo que los religiosos comprendidos en estos beneficios presten en la forma dicha sus servicios se considerará como servido en el Ejército siempre que permanezcan en la Orden hasta cumplir los cuarenta y cinco años de edad, pues si la abandonan antes de tal fecha, deberán ser destinados a Cuerpo activo para recibir instrucción militar (de dos a seis meses, según su preparación y aptitudes), aun cuando hubiesen estado en las misiones a que fueron destinados los dos años de servicio activo (art. 331).

Para la normal aplicación de estos preceptos, a lo largo de los arts. 328, 329 y 330, se especifica todo lo relativo a la incorporación a las misiones, orden de concentración, filiaciones, gastos de viaje, inscripción en los registros consulares, relaciones con nuestros representantes diplomáticos, obligaciones de los Superiores religiosos, etc. etc.

---

(28) En este anexo se recogen las Congregaciones que tenían adquirido este derecho al amparo del art. 238 de la Ley de 1912, art. 385 del Reglamento de 1914, o de disposiciones particulares (Reales Ordenes de 28 de enero de 1921, de 17 de octubre de 1927, 13 de junio de 1923...), especificándose los países, zonas o territorios en que desarrollan su apostolado. Posteriormente se han ido incluyendo en este anexo nuevas Congregaciones misioneras; pueden verse las Ordenes ministeriales de 23 de abril de 1947, 31 de mayo, 12 de julio y 27 de octubre de 1948, 27 de febrero y 5 de agosto de 1950, entre otras.

e) Se concede opción (29) para acogerse a uno u otro régimen a los religiosos a quienes pueda aplicarse indistintamente la normativa de los arts. 323 y 327 —apartados a) y d) anteriores, respectivamente—, bien entendido que una vez efectuado su destino con arreglo a su petición no podrá ser anulado a voluntad de los interesados, cualesquiera que sean las causas en que funden después su solicitud de cambio de destino (art. 330).

### III. LA EXENCION EN EL DERECHO CANÓNICO VIGENTE

1. LA DOCTRINA DE LAS INMUNIDADES PERSONALES.—Es claro que las actividades respectivas de Iglesia y Estado son susceptibles de confluir, y de hecho confluyen, en ciertos puntos. "Para la participación de los Sacramentos y para la ordenación de esa comunidad de vida que se agrupa en el seno de la Iglesia Católica, ésta precisa de doble jerarquía de orden y jurisdicción (*medios personales*). Esta condición lleva consigo honores, privilegios, jurisdicción y en general una situación especial. Los hombres que integran esta jerarquía son, por otra parte, miembros de un Estado determinado, sometidos a su disciplina, que puede imponerles deberes o colocarles en circunstancias contrarias a esa cualidad que su situación en la Iglesia les confiere" (30). Por cuanto tiene de sociedad humana, la Iglesia ha de contar con unos medios o elementos *materiales*, que, naturalmente, están dentro del área geográfica del Estado, en su actual estructura basada en la idea nacional de soberanía e independencia.

Al igual que dos círculos secantes —empleando un símil geométrico— delimitan un huso circular, cuya área pertenece indistintamente a uno y otro, así se perfila una zona en las relaciones Iglesia-Estado, cuya atribución a una u otra sociedad, o cuya respectiva participación reguladora ha de ser determinada con pre-

---

(29) Que, por otra parte, parece ser que no vincula en definitiva a la Autoridad militar, puesto que el tenor literal del precepto es el de que "deberán comunicar por escrito al Jefe de la Caja a cuáles de los preceptos desean acogerse, a fin de que al hacerse su destino *puedan tenerse en cuenta sus deseos...*"

(30) LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho político* (5.ª edición), Granada, 1954; pág. 234.

cisión si se quiere que no constituya un semillero constante de disidencias entre el poder civil y el religioso, como tantas veces ocurrió en el decurso histórico.

Por ello, primero (ya desde los siglos XI y XII en forma de estudios monográficos sobre principios o cuestiones concretas derivadas de las discusiones doctrinales que acompañaban frecuentemente las luchas y discordias entre los dos poderes, y después, desde el siglo XVIII en que se puede considerar constituido como disciplina autónoma el Derecho público eclesiástico (31), los canonistas exponen y se ocupan de las cuestiones de *derecho público* de la Iglesia, y muy particularmente de lo que se ha llamado Derecho público *externo*, que tiende a establecer, prescribir y señalar las normas que se refieren a las relaciones de la Iglesia con el Estado (32). Este Derecho público eclesiástico que, como disciplina, es “la ciencia del derecho que compete a la Iglesia como sociedad perfecta por su institución divina” (OTTAVIANI), tiene por misión —en palabras de ELOY MONTERO (33)— “darnos una noticia clara, ordenada y metódica de la naturaleza íntima de las leyes que afectan a la constitución de la Iglesia y que determinan la extensión de su poder”: así, después de haber estudiado la Iglesia como sociedad perfecta y completa y de cómo su soberanía se ejerce mediante su poder legislativo, judicial, coercitivo y temporal, se ocupará de las cuestiones especiales que plantean las relaciones de la Iglesia y el Estado, entre otras (matrimonio, problema escolar...), de las llamadas *inmunidades eclesiásticas*.

Por inmunidad, en términos generales, hemos de entender el privilegio (34) en virtud del cual una cosa o una persona está dispensada de ciertas obligaciones rectamente impuestas por el

(31) La primera cátedra de Derecho público eclesiástico fué creada en Padua en 1768 (SURV: *Etudes sur les origines du Droit Pub. eccles.*, preface, París, 1902).

(32) Cfr. ELOY MONTERO GUTIÉRREZ: *Derecho público eclesiástico* (3.ª edición), Madrid, 1952; pág. 9. También, MANUEL GIMÉNEZ FERNÁNDEZ: *Derecho eclesiástico* en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Seix, t. 1, Barcelona, 1950; págs. 431 y siguientes.

(33) Obra citada, pág. 8.

(34) Sobre la significación del “privilegio” en la teoría general del Derecho, puede verse FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, parte general, t. I (3.ª ed.), Madrid, 1955; págs. 114-118.



Estado con carácter de generalidad y licitud (35); concretamente la inmunidad eclesiástica será un "privilegio de carácter universal, en virtud del cual las personas eclesiásticas, los lugares o las cosas sagradas gozan de la exención de ciertas cargas comunes" (36). Mientras que el origen histórico concreto de cada una de las distintas inmunidades es diverso y habrá de ser objeto de estudio separadamente, respecto de su origen jurídico, es decir, su naturaleza jurídica, se han sustentado doctrinas comunes a todas, posiciones que podemos resumir —siguiendo a NICOLÁS IUNG (37)— de esta manera:

a) Se ha sostenido que las llamadas inmunidades eclesiásticas *arrancan su existencia de las leyes civiles*, dependiendo únicamente de la benevolencia del Estado (doctrina regalista, liberal y, en términos amplios, de quienes no reconocen a la Iglesia el carácter jurídico de sociedad perfecta). Afirmación condenada en el *Syllabus*, proposiciones 30 y 43 (38), y por el propio Pío IX en la alocución *In consistoriali*, de 1 de noviembre de 1850.

b) Que las inmunidades son, *formalmente, de Derecho divino*, puesto que la Iglesia fué fundada por Jesucristo (posición de ciertos canonistas radicalmente opuesta a la anterior). Se habla de Derecho natural, se recuerda la costumbre antigua, anterior al nacimiento de la Iglesia, según la cual los individuos, templos y objetos dedicados a la religión y culto de la divinidad, incluso entre los paganos, gozaban de un régimen especial.

c) Que no son más que *de Derecho divino positivo*, ya que de

(35) En Derecho romano la inmunidad es la exención de una carga, y "carga es, propiamente, aquello que ejecutamos de modo necesario por disposición de la ley, la costumbre o la orden de quien tiene potestad para mandar" (Digesto, lib. I, tít. 16, *De verborum significatione*, l. 214).

(36) NICOLÁS IUNG: *El Derecho público de la Iglesia en sus relaciones con los Estados*, versión castellana y referencias al Concordato español de 1953 por Isidoro Martín, Madrid, 1957; págs. 207-208.

(37) Obra citada, págs. 208 y siguientes.

(38) Proposición 30: "La inmunidad de la Iglesia y de las personas eclesiásticas tuvo su origen en el Derecho civil."

Proposición 43: "La potestad secular tiene autoridad para rescindir, declarar y anular sin el consentimiento de la Sede Apostólica, e incluso contra sus reclamaciones, los convenios solemnes (denominados concordatos) celebrados con aquélla acerca del uso de los derechos relativos a la inmunidad eclesiástica."

ello se trata formalmente en la Sagrada Escritura (S. Mateo. XVII, 24-25). Aunque tiene una parte de verdad, no puede aceptarse el que las inmunidades tengan un origen exclusivo de Derecho divino natural ni positivo, puesto que han variado a lo largo de la historia, admitiendo e incluso positivamente autorizando la propia Iglesia estas variaciones, modificaciones o rectificaciones.

d) Sin sopesarse debidamente la circunstancia del origen primero y divino de ciertas inmunidades, se ha afirmado que *todas son únicamente de Derecho eclesiástico*. Concepción que no puede ser admitida con ese carácter de generalidad.

e) Como opinión mixta, la más comúnmente admitida y al parecer la única verdadera, está la de los que piensan "que las inmunidades son *fundamentalmente de Derecho divino* porque este insinúa la conveniencia de las mismas, pero *formalmente son de origen canónico o civil*, porque han sido determinadas, especificadas, por la autoridad civil o eclesiástica y, sobre todo, ratificada por esta última" (IUNG). Así, parece exigido este doble origen jurídico por el Concilio de Trento, en cuya expresión la inmunidad de la Iglesia y de las personas eclesiásticas viene establecida por "la ordenación de Dios y por las sanciones canónicas" (39). Dado este fundamento básico general, es visto, pues, que las inmunidades consideradas particularmente arrancan su origen, unas de Derecho divino, otras de Derecho eclesiástico y otras, en fin, del mismo Derecho civil (40). Si se ha de seguir, como parece aconsejable, la opinión autorizada del eminente canonista WERNZ (41), el estudio de esta materia debe centrarse en el examen particular de cada una de las inmunidades, más que en el intento de construir una doctrina global, porque esto, debido a la imprecisión terminológica, puede dar lugar por vía de generalizaciones a un confusionismo no deseable.

Las inmunidades eclesiásticas se suelen clasificar, atendien-

(39) "... Ecclesiae et personarum ecclesiasticarum immunitatem, Def ordinatione et canonicis sanctionibus constitutam" (Concilio de Trento, sesión XXV, cap. 20, *De reformatione*).

(40) Hablamos, como es obvio, de "Derecho civil" por oposición a "eclesiástico".

(41) WERNZ, *Jus Decretalium*, II núms. 168 y sigs.; 291-294; citado por N. IUNG, lugar y obra antes mencionados.

do a que la exención en que consisten afecte directamente a una cosa, al lugar o a las personas, en *reales, locales o personales*, respectivamente. Como inmunidades personales, o como exenciones que la inmunidad personal comprende, se señalan por los canonistas: 1.º) El llamado “privilegio del fuero”, o exención de la jurisdicción laica. 2.º) El “privilegio del canon”, que tiende a reforzar el respeto debido a las personas eclesiásticas y a defenderlo bajo la pena de sacrilegio y de sanciones especiales. 3.º) La exención de cargos, de funciones civiles, que se juzgan incompatibles con el ejercicio de los sagrados ministerios. 4.º) El privilegio de competencia”, instituido para evitar que el clérigo deudor se vea privado de los recursos mínimos necesarios para su honesta sustentación. 5.º) *La exención o dispensa del servicio militar*.

Esta última exención, la del servicio militar, se ha considerado como una de las principales inmunidades personales del clero, estimándose según la concepción tradicional del Derecho canónico, que reviste no tanto los caracteres de privilegio, sino más bien la naturaleza de estatuto singular o ley especial, fundándose en definitiva en su conveniencia e incluso necesidad para el mejor ejercicio del ministerio espiritual. Si la libertad e independencia de la Iglesia constituyen un principio de Derecho divino que afecta a su misma constitución, es evidente, por ende, que aquélla tiene el derecho (y el deber) de velar por la independencia y dignidad de sus ministros, con lo que puede prohibirles ciertas actividades y eximirles de prestaciones o servicios incompatibles o no demasiado armónicos con las funciones del ministerio religioso (42). En la proposición 32 del *Syllabus* se condena la postura de los que sostienen “ser posible abrogar, sin violación alguna del Derecho natural y de la equidad, la inmunidad personal por la que los clérigos se hallan exentos de la obligación del servicio militar; más aún, semejante abrogación constituye una exigencia del progreso de la sociedad, sobre todo cuando ésta se halla organizada en la forma del régimen liberal” (43). Y es que —se

---

(42) Vid. PÉREZ MIER: *El servicio militar del clero y el Convenio español de 5 de agosto de 1950*, ya citado, págs. 1065-1066.

(43) Los graves trastornos que a la disciplina eclesiástica acarrea la no exención de los eclesiásticos se hace resaltar en el Decreto de la Sagrada Congregación Consistorial de 25 de octubre de 1918 *De clericis et militia redeuntibus*: “Y así el Beato Padre Benedicto XV se duele honda-

dice— la exención que la Iglesia reclama es imprescindible para que la colectividad, el grupo social, esté siempre provisto de sacerdotes en número suficiente para atender a las necesidades espirituales de los ciudadanos todos, lo que no se contrapone —se añade— a la igualdad que en el Estado debe regir, por cuanto que el reparto de las cargas personales debe verificarse teniendo en cuenta las cualidades y peculiaridades físicas, morales y de dedicación de los súbditos mismos. Por ello se llega a la conclusión de que la exención repercute en el bien de la colectividad, “se funda en una consideración equitativa y razonable del mismo bien común temporal, es decir, de la misma prosperidad social, tanto como del bien espiritual y sobrenatural de la Iglesia” (44).

Benito Mussolini, con ocasión del Concordato italiano, en el discurso pronunciado en la Cámara el 14 de marzo de 1929, decía: “Los clérigos y religiosos son considerados como investidos de una misión que, por su carácter mismo, interesa al Estado; y por esta razón son objeto de una particular deferencia” (45). Y es que hoy, cuando la noción del servicio público ha llegado a dominar en la vida política y en todo el campo científico del De-

---

mente de la grave herida que se infiere a la disciplina eclesiástica obligando a los clérigos a hacer la vida militar, porque, además de otras cosas, se privó a tantas parroquias de auxilios espirituales y a tantos Seminarios de alumnos, con gran detrimento del pueblo cristiano” (en “A. A. S.”, t. X, 1918, pág. 481).

(44) LAUREANO PÉREZ MIER, trabajo y páginas indicados.

En el mismo lugar del referido autor nos transcribe las palabras pronunciadas por Cavour en el Parlamento del Piamonte el 21 de mayo de 1823: “¿La exención es, sí o no, indispensable para asegurar a la sociedad el número de sacerdotes que necesita? Pues si lo es, no se puede hablar ya de privilegio: se trata de una disposición de la que se aprovecha la sociedad” (citado por E. F. REGATILLO, *Cuestiones canónicas de Sal Terrae*, t. I, Santander, 1928, pág. 134). Y las que, medio siglo después, en 1881, exclamaba un político francés ante las Cámaras: “No habéis de privilegios; los privilegios no existen, no tienen este carácter cuando se conceden no para y por las personas, sino para asegurar un servicio público... Y ¿os atreveríais a decir que no es un servicio público el de las parroquias? ¡Cómo...!, ¿un servicio que se refiere al mantenimiento de la celebración del culto en la gran masa del pueblo francés no es un servicio cuyo reclutamiento interesa al Estado?” (citado también por el propio E. F. REGATILLO, pág. 134).

(45) *La Documentation Catholique*, año 1929, col. 1520.

recho público, no se puede perder de vista que, junto al servicio público material (obra pública) y al no materializado (por ejemplo, la función cultural que ha de desarrollar el Estado), hemos de pensar que “en muchas ocasiones nosotros asistimos a servicios que se llaman servicios divinos, que creemos que hay un servicio para la vida espiritual” (46), y que una faceta de la actividad administrativa estatal para el favorecimiento de tal servicio puede ser, y lo es, la exención de que nos estamos ocupando.

Por otra parte, siempre preocupó a la Iglesia el efecto que sobre el clero joven, o sobre quienes se encontraban preparándose para el desempeño del sagrado ministerio, podría producir la vida militar, cuyo ambiente, sobre todo en otras épocas, se estimaba habría de suponer un impacto desfavorable sobre quienes habían venido llevando la vida recogida y tranquila del Seminario o la propia de su incipiente actividad ministerial. Creemos, no obstante, que en nuestros días se ha de estimar obviado, al menos en gran parte, este argumento del peligro espiritual probable o posible, porque la vida de la milicia ha dejado con mucho de ser aquélla, tradicional y “cuartelera”, que nos describe nuestra picaresca clásica y la novela costumbrista posterior. Y, es más, casi nos atreveríamos a señalar un peligro distinto, que el católico no puede desconocer: por eso no nos resistimos a transcribir las palabras de PÉREZ MIER (47) cuando se refiere al “peligro de que la exención del servicio militar... lleve al clero, sobre todo a los sacerdotes, a un aislamiento y a un desconocimiento funestos, cortando los lazos de comprensión, de entendimiento y de penetración con los hombres y con la vida que el servicio militar indudablemente proporcionaba al clero joven”; y cuando añade: “Todos cuantos un día no lejano sintieron su alma estremecida con la cálida fruición de la hermandad fraguada en las trincheras o en el cautiverio, lo mismo que los que continúan forjando hoy esa hermandad en los campamentos juveniles, sienten en lo más vivo la urgencia de que no se desperdicie ninguna ocasión de acercamiento y de trabajo apostólico entre la adolescencia y la juventud; y, a decir verdad, serán contadas, si hay alguna, las oca-

(46) JOSÉ GASCÓN Y MARÍN: *La actividad administrativa estatal y el Concordato*, en “El Concordato de 1953”, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1956, pág. 222.

(47) PÉREZ MIER, *loc. cit.*, pág. 1093.

siones tan prometedoras y eficaces como las que proporcionan al clero las promociones de jóvenes que nutren los campamentos y los años del servicio militar" (48); y por si su apreciación pudiese parecer pura estimación personal, cita (49) las consideraciones de Pío XII en la *Menti Nostrae* sobre "los peligros que encierra incluso para los seminaristas, cuanto más para los sacerdotes, el aislamiento excesivo del mundo".

Todo ello lo decimos, naturalmente, refiriéndolo a la presencia del clero en la milicia en su misión propia de asistencia espiritual, porque si pensamos en el servicio militar como de armas, la exención ha de afirmarse siempre, porque es opinión generalizada la de que los clérigos están en condiciones de servir mejor a su patria y al bien común en el cuidado de las almas que en el alistamiento en la milicia o en otros campos del orden temporal. Los canonistas sostienen que, no obstante el principio de la exención, cuando la necesidad de la nación de llamar a las armas a todos los súbditos fuere perentoria para asegurar la supervivencia del Estado y la defensa común, la Iglesia no se ha de oponer a que los clérigos se unan a los combatientes en el desempeño de funciones que, sin suponer el empleo mismo de las armas, fueren compatibles con su estado, aún en primera línea y sin quedar fuera del peligro de muerte (enfermeros, camilleros o capellanes de las fuerzas armadas, por ejemplo). Pero si, fuera de una auténtica necesidad, el Estado obliga al servicio militar sin atenerse a las normas canónicas, "obra contra la justicia... e injuria a la Iglesia" (50).

Expuesta ya, aunque en síntesis, la idea general, concepto y justificación de la inmunidad en la doctrina de los canonistas,

---

(48) PÉREZ MIER escribe estas líneas señalando, "a fuer de sincero", una "objeción" (por exceso, diríamos nosotros) a la forma en que la exención se regula en España en el fundamental Convenio de 1950, del que por otra parte no duda en afirmar —y más adelante tendremos ocasión de ver— que "contiene, en conjunto, una de las reglamentaciones mejores y más completas del servicio militar del clero a las que se puede aspirar en nuestro tiempo y en las actuales condiciones para la mayoría de los países católicos".

(49) *Loc. cit.*, pág. 1094, nota 72.

(50) *Vid. N. IUNG.* obra citada, pág. 249.

veamos ahora su establecimiento y regulación en el ordenamiento jurídico-positivo.

2. **NORMAS CODIFICADAS VIGENTES:** "CODEX IURIS CANONICI".— Desde la promulgación y vigencia (51) del Código de Derecho canónico, la disciplina y tratamiento jurídico del servicio militar de los eclesiásticos y el principio esencial de la inmunidad aparecen recogidos fundamentalmente en los cánones 121, 141 y 987, número 5.º

1.º El canon 121 terminantemente sienta que "todos los clérigos están exentos del servicio militar..." (52), con lo que establece formalmente y vindica la inmunidad personal de la exención, caracterizando al servicio militar —al igual que lo hace respecto de los cargos y oficios públicos ajenos al estado clerical— como actividad incompatible con dicho estado. La Iglesia hace así patente el derecho que le asiste de fijar y determinar por sí esa incompatibilidad, que se produce no sólo en cuanto el servicio de las armas, sino —por cuanto no se especifica en contrario— respecto de *todo* servicio militar. La excepción se extiende a los clérigos y religiosos, incluso seglares y novicios (53), igual que a quienes se preparan para recibir las sagradas órdenes o la profesión religiosa (54).

Aunque no se establece específicamente penas para los violadores de la inmunidad personal, *IRUNO* es del parecer de que "los legisladores que dictan leyes... contra la exención de los clérigos, incurren indudablemente en la excomunión *latae sententiae*... pre-

(51) La promulgación de la magna obra codificadora tuvo lugar, como es sabido, el 27 de mayo de 1917, con la Constitución *Providentissima Mater Ecclesia*, de Benedicto XV, señalándose su entrada en vigor para el 19 de mayo del año siguiente.

(52) En las citas del *Codex* utilizamos la versión castellana por los catedráticos del Código de la Pontificia Universidad Eclesiástica de Salamanca, edición bilingüe de la Editorial Católica, Biblioteca de Autores Cristianos (2.ª ed.) Madrid, 1947.

(53) Respecto a los religiosos, por cuanto el canon 614 dice: "Los religiosos, incluso los legos y los novicios, disfrutan de los privilegios clericales de que tratan los cánones 119-123."

(54) Puesto que el término "clérigos" que emplea el canon 121 ha de entenderse con la amplitud marcada por el 108, § 1.º: "Llámanse clérigos los que al menos por la primera tonsura han sido consagrados a los ministerios divinos."

vista en el canon 2.334" (55), que "no alcanza, probablemente, a los órganos subalternos que aplican la ley promulgada por el poder (56)... Así, los miembros de un consejo de guerra pueden lícitamente castigar a un clérigo que ha infringido las leyes militares" encontrándose en la milicia compelido a ello con violación de la inmunidad (57).

2." Por otra parte, está la *prohibición impuesta a los clérigos de alistarse voluntariamente en la milicia*, establecida por el canon 141: "§ 1. No se alistén voluntariamente en la milicia secular, a menos que lo hagan con licencia de su Ordinario, para quedar antes libres; ni en manera alguna tomen parte en las guerras civiles o en las perturbaciones del orden público."

"§ 2. El clérigo minorista que contra lo establecido en el § 1 se alistase espontáneamente en la milicia, queda separado del estado clerical por disposición del mismo derecho."

Además de esta sanción relativa a los minoristas en general, el Código considera el alistamiento voluntario como una renuncia tácita de los beneficios, quedando éstos vacantes *ipso facto*.

(55) Comprendido en el libro V, parte tercera, tít. XIII, "De los delitos contra las autoridades, personas y cosas eclesiásticas", el canon 2.334 tipifica y sanciona dos figuras de delito: "Se castiga con excomunión *latae sententiae* reservada de un modo especial a la Sede Apostólica: 1.º A los que dan leyes, mandatos o decretos contra la libertad o contra los derechos de la Iglesia. 2.º A los que directa o indirectamente impiden el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica, sea del fuero interno o del externo, recurriendo para esto a cualquier poder laical."

(56) Lo que afirma IUNG basándose en la Instrucción del Santo Oficio de 1 de febrero de 1871, por cuanto ésta interpreta la Constitución *Apostolicae Sedis*, cuyo texto ha pasado a convertirse, casi reproducido, en el canon 2.334 en cuestión.

(57) Vid. N. IUNG, ob. cit., págs. 248 y 249.

Aunque no guarda relación directa con el tema de que nos ocupamos, el ejemplo puesto por IUNG de la infracción por un clérigo de la norma penal militar, nos induce a recordar aquí que resulta de interés lo que escribe MANUEL GARCÍA CASTRO, *El Convenio entre la Santa Sede y el Estado español sobre la Jurisdicción Castrense y la asistencia religiosa a las fuerzas armadas*, en "R. E. D. C.", t. V (1950), en las págs. 1155 y siguientes, sobre normas competenciales en materia criminal y disciplinaria respecto de los capellanes castrenses, en quienes concurren el fuero militar y el eclesiástico.



to (58); se exige la voluntariedad a tenor del canon 185, pero cumplida esta condición del hecho que presupone la renuncia, la pérdida del oficio se produce necesariamente, *ipso iure*.

En consonancia con el principio general sentado en el canon 138 (59), se prescribe que los clérigos mayores que pasen a un estado de vida notoriamente ajeno al clerical, como se considera el servicio militar, y que, después de amonestados por segunda vez, no se enmienden, serán depuestos transcurridos tres meses desde la última amonestación (60).

3.º Por último, cristalizando un principio complementario de la exención, pero independiente, y marcando un límite a la tolerancia de la Iglesia respecto del servicio militar del clero, el Código, al regular el sacramento del orden (libro tercero, parte primera, tít. VI), en el cap. II, art. II ("De las irregularidades y de otros impedimentos"), canon 987, dice: "Están simplemente impedidos: ...5.º Los que por ley civil están obligados a cumplir el servicio militar ordinario, antes de haberlo cumplido..."

Tal prescripción es expresión de que el servicio militar propiamente dicho --*ordinario*-- como servicio de armas, es terminantemente incompatible con el estado clerical, "en cuanto el uso de las armas de combate con fines de destrucción está directamente en oposición con las virtudes de mansedumbre y de dulzura que tienen el deber de practicar los clérigos; pero, sobre todo, porque el manejo de los artefactos bélicos colocaría a los clérigos en estado necesario y en situación permanente de incurrir en irregularidad *ex homicidio* (61).

(58) Canon 188: "En virtud de renuncia tácita admitida por el mismo derecho, vacan *ipso facto* y sin ninguna declaración cualesquiera oficios, si el clérigo: ...6.º Se alista espontáneamente contra lo prescrito en el canon 141, § 1..."

(59) "Deben los clérigos abstenerse en absoluto de todas aquellas cosas que desdican de su estado... no llevarán armas, si no existe fundada razón de temer..."

(60) Canon 2.379, *in fine*, comprendido en el tít. XVII, "De los delitos contra las obligaciones propias del estado clerical o religioso", parte tercera, libro quinto.

(61) PÉREZ MIER, *loc. cit.*, pág. 1083.

Ya que "son irregulares por delito... 4.º Los que cometieron homicidio voluntario... 5.º Los que se mutilaron a sí mismos o a otros" (canon 985). Respecto del caso particular de los seminaristas que no eran clérigos y participaron en la Gran Guerra de 1914-1918, el Decreto Re-

La determinación de lo que se ha de entender por servicio *ordinario* dependerá en definitiva del caso concreto, es decir, de la forma que adopte el servicio militar en cada país y en cada época, si bien la Santa Sede ha dictado normas de interpretación sobre este punto del impedimento de la ordenación. La Comisión Pontificia de Intérpretes (62) declaró con fecha 2 de junio de 1918 (A. A. S., t. X, pág. 344) que el impedimento alcanza no sólo a los que estén cumpliendo el servicio militar ordinario, sino también a los que deban cumplirlo después o que tal vez serán llamados, ya dependa ello de que aún no tiene la edad prescrita o de que se les haya declarado temporalmente inútiles (63); los que ya obtuvieron la licencia definitiva, aunque puedan ser llamados a filas con ocasión de maniobras o de movilización, no están comprendidos, como tampoco, en rigor, los que de tener que incorporarse a las fuerzas armadas no han de prestar servicio de armas, sino que serán destinados a hospitales, escuelas, etc., aunque no deben ser éstos ordenados inconsideradamente (Sagrada Congregación Consistorial a los Prelados de Toledo, Santiago y Orense, de 23 de mayo de 1913; declaración de la Nunciatura de Madrid, de 20 de junio de 1914).

3. DERECHO CONCORDATARIO. PRINCIPIOS INFORMADORES.—El principio de la exención proclamado en el canon 121 no es exigido, de hecho, por la Iglesia con el mismo rigor en todas partes. Sentado que la inmunidad es irrenunciable, puede ser que la Iglesia, puesto que tiene facultades para ello, acceda a suavizar en su aplicación el rigor de la inmunidad personal, que la limite en cada caso concreto y perfile su forma positiva de acuerdo con

---

*deuntibus* de la Sagrada Congregación Consistorial de 25 de octubre de 1918 (*Acta Apostolicae Sedis*, t. X, pág. 481) concedió a los Obispos que pudieran dispensarlos, para mayor seguridad, de la irregularidad en que pudieran haber incurrido; y en cuanto a los clérigos ordenados *in sacris* que voluntariamente dejaron los hospitales para tomar las armas, declaró que debían pedir a la Santa Sede dispensa de la irregularidad (Sagrada Congregación Consistorial, 29 de marzo de 1919; A. A. S., t. XI, página 177).

(62) Creada para la "exclusiva interpretación auténtica de los cánones del Código", el 15 de septiembre de 1947, en el *Motu Proprio Cum iuris canonici*, por Benedicto XV.

(63) Cfr. P. JUAN B. FERRERES, S. I.: *Derecho sacramental* (4.ª edición), Barcelona, 1932; pág. 208.

las características de cada pueblo. La Santa Sede y, en algunos supuestos, el Episcopado serán llamados a determinar la conveniencia o necesidad de admitir algunas derogaciones parciales de la inmunidad estricta, fijando sus límites concretos en el país de que se trate, y ello por medio de un acuerdo, tácito o expreso, con el poder civil, es decir, normalmente, por vía concordada.

Los Concordatos, como fuente de Derecho particular (CHELOU), como leyes particulares, cumplen una función de adaptación y aplicación del *Codex* para cada país determinado. Habiendo asumido en su mayoría la forma de tratados internacionales, y configurado ya el Concordato como acuerdo normativo, habrá de ser incluida la materia de la inmunidad personal entre sus "cláusulas normativas" (64), que son las que crean verdaderas normas o reglas de Derecho, comunes a las partes, pudiendo modificar y delimitar su respectiva legislación particular para establecer una norma conjunta de Derecho a la vez canónica y estatal (65).

Generalmente, según se desprende del examen de los textos concordatarios estipulados, sobre todo desde la Guerra Europea, la cuestión del servicio militar del clero se resuelve en ellos a base de la exención como regla, estableciendo ciertas limitaciones, que pueden referirse a los sujetos (amplitud de la exención en cuanto a la calidad de las personas exentas, fijación de ciertas modalidades en la prestación del servicio, etc.), o que pueden ser de carácter objetivo, como las que se refieren a las posibles circunstancias excepcionales que impliquen la movilización general (66). Ya

(64) Por oposición a las "puramente contractuales", que no imponen sino prestaciones concretas que se extinguen con su cumplimiento; mientras que aquéllas son de naturaleza permanente, susceptibles de renovación y determinadoras de una conducta, bien del poder temporal o de sus órganos, bien de la propia Iglesia o de los súbditos en general.

(65) Cfr. PEDRO HERRANZ: *La teoría concordataria*, en "El Concordato de 1953", Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1956; páginas 31 y sigs. y 38 principalmente.

(66) PÉREZ MIER, en el trabajo tantas veces citado, pág. 1085, caracteriza estas limitaciones objetivas como las más serias que pueden restringir la amplitud de la inmunidad, aunque —añade— no llegan a contener una verdadera derogación de la misma como pudiera parecer a primera vista, puesto que en realidad, la norma establecida por los Concordatos para el caso de movilización general por causa de guerra contiene "el procedimiento automático previsto por la ley para reclutar en nú-

hemos tenido ocasión, al citar en la parte histórica de estas notas algunos de los textos concordados vigentes, de ir viendo las limitaciones establecidas en los mismos respecto de la inmunidad, en los casos concretos.

En la época contemporánea, establecido constitucionalmente el principio de la obligatoriedad del servicio militar en la casi totalidad de los países civilizados, se advierte la necesidad de que la regulación de la exención del clero sea materia —casi diríamos— ineludible en los Concordatos que se estipulan, configurándose en el convenio como la parte de su esfera propia de poder que el Estado cede en favor de la Iglesia, que, a la vez, accede tolerante a limitar el rigorismo tajante del principio de la inmunidad. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ (67) señala así que, de hecho, entre los principios fundamentales del Derecho concordado vigente y como “concesiones del Estado a la Iglesia” están los que consisten en una protección especial a las instituciones eclesásticas que puede revestir la forma de tutela jurídica estatal a la persona de los clérigos, como es el caso de la exención del servicio militar.

#### IV. LA EXENCIÓN EN NUESTRA PATRIA, HOY

En epígrafe anterior dejamos el hilo cronológico del tratamiento jurídico de la exención del clero en España en la exposición de la regulación establecida por el Reglamento provisional para el Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 1943. Técanos ahora ocuparnos del régimen vigente en la actualidad, cuya exposición debe ser un tanto más detenida. El ordenamiento vigente es fundamentalmente concordatario. Por razones derivadas del rango formal de las normas concordadas a que nos hemos de referir, debería ceder en nuestra exposición el riguroso orden cronológico. En efecto: desde la entrada en vigor del Concordato de

---

mero suficiente y desde el primer instante el clero que se encargue de la cura de almas de la población combatiente”, cuando el clero castrense es insuficiente para atender al servicio espiritual de las fuerzas armadas, de cuya misión se encuentran pendientes los recursos del país.

(67) MANUEL GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, artículo *Derecho Eclesiástico*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Seix, t. I, Barcelona, 1950; pág. 448.

1953, a él debe ser referida toda la regulación de la exención, puesto que es el Concordato el que expresamente, en norma indirecta, determina la pervivencia de la norma reguladora anterior: el Convenio de 1950, cuya vigencia queda así ratificada, produciéndose una especie de incorporación o al menos de integración ideal de sus preceptos en el solemne Concordato de 1953. Sin embargo, el orden que nos hemos trazado para facilitar la exposición es el de examinar primero el contenido del Convenio en lo relativo al servicio militar de los clérigos y religiosos, luego las cláusulas correspondientes del Concordato y, por último, el relacionar y resumir las principales disposiciones internas de ejecución promulgadas por el Estado español, más particularmente las que emanaron del Ministerio del Ejército.

1. EL CONVENIO DE 1950.—Como una prueba más de las cordiales relaciones existentes entre la Santa Sede y el Nuevo Estado español, viene a sumarse a los anteriores pactos o arreglos bilaterales concertados sobre cuestiones particulares en los años inmediatamente anteriores (68), el solemne *Convenio entre la Santa Sede y el Estado español sobre la Jurisdicción castrense y asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, firmado en la Ciudad del Vaticano el 5 de agosto de 1950.

GARCÍA CASTRO (69) caracteriza el Convenio de pacto bilateral de forma *solemne o de protocolo*, examinando a continuación y de manera detenida las formalidades del mismo, con arreglo al esquema de los elementos de que generalmente constan los acuer-

(68) Fueron éstos: A) Acuerdo sobre el modo de ejercicio del privilegio de presentación entre el Gobierno español y la Santa Sede, de 7 de junio de 1941. B) Acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno español para la provisión de beneficios no consistoriales, de 16 de julio de 1946. C) Acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno español sobre Seminarios y Universidades de Estudios Eclesiásticos y Acta de la firma del mismo de 8 de diciembre de 1946. D) "Motu proprio" pontificio sobre restablecimiento del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica, de 7 de abril de 1947. Posteriormente, E) La Bula "Hispaniarum fidelitas", de 7 de agosto de 1953.

(69) MANUEL GARCÍA CASTRO: *El Convenio entre la Santa Sede y el Estado español sobre la Jurisdicción castrense y la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, en "R. E. D. C.", vol. V (1950), págs. 1107-1171, y volumen VI (1951), págs. 265-301 y 701-771; en particular, págs. 1110 y siguientes.

dos de este tipo. Respecto del *preámbulo*, en el que se contienen los nombres de las partes soberanas que lo estipulan, concluye que decir *Santa Sede y Gobierno español* es tanto como afirmar que, conforme a los principios usuales de Derecho internacional y a las normas canónicas, el sujeto y el término de las obligaciones del Convenio vienen constituidos por la Iglesia Católica y el Estado o Nación española. El fin u objeto que se proponen las partes encuentra expresión en el propio preámbulo: "La Santa Sede y el Gobierno español, deseando llegar a un acuerdo *sobre* la Jurisdicción Castrense y Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas..." Concierne el objeto del Convenio al soberano interés de ambas potestades en el renacer de la Jurisdicción castrense como Jurisdicción exenta, que desde ahora adquiere carácter concordatario y que, por responder a las necesidades religiosas y espirituales del Ejército español, integra un interés público, restaurando su peculiar organización en lo eclesiástico, de tanta raigambre histórica.

Vienen después los nombres de los plenipotenciarios: "La Santa Sede y el Gobierno español... han nombrado, con este objeto, sus Plenipotenciarios, a saber:

"Su Santidad el Sumo Pontífice, a su Excelencia Reverendísima Monseñor Domenico Tardini, Secretario de la Sagrada Congregación de Asuntos Extraordinarios; y

"El Jefe del Estado español, al Excelentísimo Señor Doctor Don Joaquín Ruiz-Giménez, Embajador de España cerca de la Santa Sede." Son las personas físicas que en el orden diplomático representan a las partes.

El canje y examen de los plenos poderes de los representantes, título jurídico suficiente o "plenipotencia", se formula en seguida: "... los cuales, después de haber canjeado los plenos poderes y hallarlos en debida forma, han convenido en los artículos siguientes: ..."

Tras el texto o cuerpo del Convenio viene la firma de los plenipotenciarios, precedida del lugar y fecha: "Hecho por duplicado en la Ciudad del Vaticano a cinco de agosto de mil novecientos cincuenta."

De acuerdo con lo establecido en el art. XVI del Convenio ("... será ratificado y las ratificaciones canjeadas en el plazo más breve posible"), fué posteriormente ratificado, siendo canjeadas

las ratificaciones en Madrid el 13 de noviembre de 1950 y promulgado su texto en los respectivos periódicos oficiales (70).

Dando estado definitivo, como era aspiración hondamente sentida, al privilegio jurisdiccional castrense, se supera el estado provisional con que venía prestándose la asistencia religiosa en el Ejército desde que el 30 de mayo de 1933 el Nuncio de Su Santidad en España declaró extinguido el último Breve, concedido por Pío XI en 1926 (dejando de existir entonces la jurisdicción castrense, que se venía concediendo mediante Breves pontificios que se renovaban cada siete años), se regula en el corto número de sus dieciséis artículos la organización, ejercicio y límites de la jurisdicción exenta, a la vez que se detalla puntualmente lo relativo a la exención personal de clérigos y religiosos respecto del servicio militar.

---

(70) Expedido el instrumento de ratificación, se publica en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 322, de 18 de noviembre de 1950:

"*Instrumentos de ratificación* del Convenio entre la Santa Sede y el Estado español sobre la Jurisdicción castrense y Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas.

"Francisco Franco Bahamonde, Jefe del Estado español, Generalísimo de los Ejércitos nacionales.

"*Por cuanto* el día 5 de agosto de 1950 el Plenipotenciario de la Santa Sede firmó en la Ciudad del Vaticano, juntamente con el Plenipotenciario español, nombrado en buena y debida forma al efecto, un Convenio entre la Santa Sede y el Estado español, sobre la Jurisdicción Castrense y Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas, cuyo texto certificado se inserta seguidamente:

"*Por tanto*, habiendo visto y examinado los dieciséis artículos que integran dicho Convenio, oída la Comisión Permanente de las Cortes Españolas, en cumplimiento de lo prevenido en el art. 14 de su Ley Orgánica, vengo en aprobar y ratificar cuanto en ellos se dispone. En virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para mayor validación y firmeza, mando expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

"Dado en Madrid a dieciocho de octubre de mil novecientos cincuenta.—FRANCISCO FRANCO. El Ministro de Asuntos Exteriores, *Alberto Martín Artajo*."

La Santa Sede publicó el Convenio con el título: *Solemnis Conventio inter Sanctam Sedem et Gubernium Hispanicum* (en "A. A. S.", 1951, páginas 80 y siguientes).

Tres partes distingue en el contenido del Convenio GARCÍA CASTRO: a) Organización de la jurisdicción castrense (arts. I a VI), b) Sus caracteres, exención y ejercicio (arts. VII a XI y XV), c) Exención del servicio militar para clérigos y religiosos (artículos XII a XIV). Prácticamente y desde nuestro punto de vista, podemos agrupar las dos partes primeras en una sola, y distinguir, como hace PÉREZ MIER, tan solo dos: la primera relativa a la jurisdicción castrense y asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas, y la segunda (arts. XII, XIII y XIV) que hace frente a la cuestión de la inmunidad personal de que nos venimos ocupando. La compaginación de ambas partes del cuerpo del Convenio es evidente. Precisamente se señala (PÉREZ MIER) como "un acierto de primer orden" el que se encuadre el problema del servicio militar del clero perfilándolo como elemento integrante, y de gran trascendencia, de la asistencia religiosa a los Ejércitos. Esta regulación conjunta, como el hecho de las delicadas y difíciles gestiones que hicieron posible el Convenio, nos hacen ver que las concesiones fueron mutuas, es decir, que la necesidad de acuerdo, de "arreglo", era evidente en la materia. No en vano el Arzobispo de Sión escribe: "las dos partes del Convenio de 1950 se corresponden bien en el sentido de que en la primera (asistencia religiosa a las fuerzas armadas y jurisdicción) *la Iglesia concede*, y en la segunda (la exención del servicio militar) *es el Estado español el que concede* a que la disfruten los clérigos y religiosos" (71), y es que no podemos perder de vista que la concesión misma de la jurisdicción exenta "sigue siendo un privilegio en el fondo, aunque envuelto en el ropaje de un verdadero pacto o compromiso", y que, por otra parte, la exención del servicio militar del clero estaba, en la forma en que se regulaba, concedida por puro acto unilateral del Estado que ahora pasa a ser bilateral y directamente exigible, con arreglo a los principios del Derecho concordatario e internacional. PÉREZ MIER transcribe en nota (núm. 60, pág. 1088, del trabajo tantas veces citado) el documento en que Su Eminencia el Cardenal Primado, a quien "corresponde... según creemos, el acierto indiscutible de haber orien-

---

(71) Excmo. y Rvdmo. Sr. Dr. D. LUIS ALONSO MUÑOYERRO, Arzobispo de Sión y Vicario General Castrense: *Jurisdicción castrense exenta*, en "Ecclesia", núm. 642, de 31 de octubre de 1953, págs. 29 y sigs.



tado y centrado desde el primer momento el problema del servicio militar del clero en términos casi idénticos a los posteriormente adoptados por el Convenio", con fecha 15 de mayo de 1947, manifestaba su pensamiento, de cuyo texto entresacamos estos párrafos: "... Al visitar en noviembre último los Metropolitanos españoles a Su Excelencia el Jefe del Estado, le manifestaron la aspiración de los Prelados españoles a que se llegase en este asunto —el de la exención— no al mero *statu quo*, que no satisface plenamente a la Iglesia, por ser una disposición unilateral del poder civil, sino al pleno reconocimiento de la exención establecida por el Código de Derecho canónico o a una *solución concordataria*... Una solución concordataria podría ser... (aquí la solución propuesta). Con este reconocimiento por parte del Estado sería fácil que la Santa Sede, en beneficio del Ejército, *concediese, a su vez*, la restauración de la Jurisdicción Eclesiástica Castrense: ..." (72).

Vista, pues, la orientación y sentido del Convenio, pasamos a la exposición de su contenido en cuanto al servicio militar del clero. ISIDORO MARTÍN, en nota a la obra citada de N. IUSG, página 251, sintetiza dicho contenido en tres principios:

a) Los sacerdotes quedan siempre exceptuados de prestar servicios militares propiamente dichos, aun cuando puedan ser llamados alguna vez, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, a prestar exclusivamente funciones de su sagrado ministerio en el Ejército.

b) Los sacerdotes con cura de almas o con misiones de especial responsabilidad espiritual no pueden ser nunca movilizados en tiempo de guerra.

c) Los aspirantes al sacerdocio o al estado religioso, en tiempo de paz, difieren la prestación del servicio militar hasta quedar exentos por la recepción del presbiterado o la emisión de sus votos religiosos, y en tiempo de guerra pueden ser movilizados como los religiosos no sacerdotes para prestar servicios compati-

---

(72) El texto del documento, dirigido al Muy Ilustre Dr. D. Laureano Férrez Mier, comienza: "Me pregunta usted cuál es mi punto de vista, como Cardenal Primado, ante el Convenio que se está estudiando y preparando... sobre la exención del servicio militar de los clérigos, y como *contrapartida* sobre la restauración de la jurisdicción eclesiástica castrense en España."

bles con su carácter eclesiástico, facilitándoles en lo posible la terminación de sus estudios o la sustitución por sacerdotes que ejerzan en vanguardia su ministerio apostólico.

Por nuestra parte, y para una mayor claridad de exposición, nos atendremos al propio orden del texto concordado, si bien considerándolo dividido en apartados, en los que creemos seguir el propio criterio clasificatorio que tácitamente se desprende de su examen:

A) *Declaración de principio.*—Artículo XII, párrafo primero: “El Estado español reconoce que todos los clérigos y religiosos, ya sean profesos, ya novicios, en virtud de los cánones 121 y 614 del Código de Derecho Canónico, están exentos de todo servicio militar.” Se contiene aquí una declaración expresa por la que una de las partes, el Estado español, reconoce plenamente el principio canónico de la exención. *Reconocer* quiere decir, claro es, admitir la preexistencia del principio y su fuerza de obligar. No es que se le dé vigencia intrínseca, sino que se recoge como regla general de legislación interna, dándosele validez positiva estatal. La inmunidad personal de los clérigos se admite en toda su extensión, con la cita expresa de los oportunos preceptos canónicos, admitiendo así la competencia de la Iglesia para establecer la exención e incluso para fijar sus límites. Comprende a clérigos y religiosos, incluso no profesos, es decir, incluso a quienes se preparan a recibir las sagradas órdenes o la profesión religiosa. Objetivamente, por cuanto se dice *todo* servicio militar, abarcará la exención tanto el propio servicio de armas como el auxiliar o de otro orden que suponga el encuadramiento en la milicia de los eclesiásticos.

El Estado no podía desconocer el principio, desde el momento en que la declaración del art. 6.º del Fuero de los Españoles (“la profesión y práctica de la Religión Católica, *que es la del Estado español...*”) le obliga a comportarse como Estado católico. Máxime cuando no puede estimarse constituya óbice en contra el art. 7.º del propio Fuero al proclamar que “todos los españoles están obligados a prestar este servicio (servir a la Patria con las armas) cuando sean llamados con arreglo a la Ley” (73), puesto

---

(73) Este precepto de la Ley fundamental se refleja en el art. 1.º de la *Ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército* de 8 de agosto de 1940 y en el art. 1.º de su *Reglamento* provisional de 6 de abril de 1943. El pri-

que la legislación estatal anterior, como tuvimos ocasión de ver, y salvo algún breve lunar y el paréntesis 1931-1936, había venido admitiendo en una u otra forma el principio de la exención del clero, no obstante estar ya consagrada la norma constitucional de que deriva la de dicho art. 7.º desde el texto gaditano de 1812.

Es precisamente a partir de este principio básico que Estado e Iglesia, conjuntamente, van a fijar las reglas aplicables a cada caso, *en las que el rigorismo se va a mitigar* por virtud de las necesidades de la vida civil, que la Iglesia no desconoce, y por virtud también del fin del Convenio en cuanto que su objeto es el de atender y favorecer la asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas, en tiempo de paz como en guerra.

La síntesis positiva de esta mitigación de que hablamos, en consonancia con los principios del Derecho concordatario y con el ejemplo de los Concordatos más recientes hasta 1950, se contiene en los apartados 1.º, 2.º y 3.º en que se divide el art. XII, así como en los dos artículos siguientes.

B) *Regulación de la exención en tiempo de paz.*—a) *Sacerdotes y religiosos profesos.*—Artículo XII, apartado 1.º: “En tiempo de paz el Vicario General Castrense previo acuerdo con los Ordinarios diocesanos o Superiores Mayores Religiosos, pueden llamar en la medida que sea necesaria, y por un tiempo no superior en todo caso a la duración del servicio militar en filas, a los sacerdotes y religiosos profesos que hayan alcanzado los treinta años de edad, a prestar en los Ejércitos funciones de su sagrado ministerio o asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas, con exclusión de todo otro servicio.” La obligación, pues, que eventualmente puede pesar sobre sacerdotes y religiosos profesos en tiempo de paz es la de acudir a prestar en las Fuerzas Armadas funciones de asistencia religiosa, nunca de otro tipo, y ello cuando concurren dos circunstancias: primera, que tuvieren cumpli-

---

mero de los artículos citados dice: “El alistamiento anual comprenderá a todos los españoles o naturalizados en España, cualquiera que sea su estado o condición, que hayan cumplido en el año anterior la edad de veinte años...” Y el segundo: “El servicio militar es obligatorio para todos los españoles con aptitud física para ello, y se prestará personalmente por aquellos a quienes corresponda, en la forma y condiciones que determina este Reglamento.” Y en análogo sentido el art. 11 de la *Ley de Reclutamiento y Reemplazo de la Marinería de la Armada* y el 1.º del *Reglamento* para su aplicación.

dos los treinta años de edad; y segunda, que fueren llamados. Corresponde al Vicario General Castrense conjuntamente con el Ordinario o Superior religioso pertinente la facultad de llamar según las necesidades a sacerdotes y religiosos profesos, en forma excluyente respecto de toda otra Autoridad, si bien con la limitación relativa a la duración de las funciones de asistencia, que no podrá ser superior a la señalada por la Ley al servicio en filas.

El límite de edad de los treinta años, responde a la idea de obtener una madurez en el eclesiástico, tanto en su propio bien, en evitación de lanzar a la actividad pastoral a sacerdotes inexpertos, como en beneficio del Ejército, que recibe un clero de una preparación decantada a lo largo quizás de varios años. PÉREZ MIERNOS dice: "¿Cómo no resaltar la delicadeza de tal prescripción que, al recoger mejorándola una regla introducida por primera vez en el Reglamento de Reclutamiento y Reemplazo de 1943 concuerda admirablemente con el celo y la preocupación paternal manifestados por Su Santidad en la *Menti Nostrae* en favor del clero joven?" (74).

Con razón se señala este punto del Convenio como de los más característicos del ordenamiento concordado español. Supone una mejora, en efecto, de la norma del Reglamento de 1943, puesto que éste en su art. 325, nuevo entonces en nuestro sistema, establecía que los "presbíteros *podrán solicitar* se les conceda retrasar la incorporación a filas hasta que lo verifique el reemplazo del año en que cumpla los treinta de edad...", mientras que ahora el límite de los treinta años es preceptivo y no potestativo.

b) Seminaristas, postulantes y novicios.—Artículo XII, apartado 2.º: "Los seminaristas, postulantes y novicios diferirán en tiempo de paz el cumplimiento de todas las obligaciones militares, solicitando prórrogas anuales durante el tiempo que les falte para recibir el Sagrado Presbiterado o para emitir sus votos, respectivamente." El sistema de prórrogas en número indefinido concedidas a los seminaristas antes de recibir las órdenes y a los novicios antes de la profesión religiosa, otro punto peculiar del Convenio, tiene un antecedente en el Concordato de Letrán.

---

(74) *Loc. cit.*, pág. 1090. Se refiere a la "Exhortación de Nuestro Santísimo Padre Pío XII ...sobre la Santidad de la vida sacerdotal", Salamanca, 1950, núms. 91 y 94.

cuyo art. III es del tenor siguiente: "Los estudiantes de Teología y los de los dos últimos años de preparación para la Teología que se preparan para el sacerdocio y los novicios de los institutos religiosos pueden, a petición propia, aplazar de año en año, hasta los veintiséis, el cumplimiento del servicio militar", si bien supone una norma más beneficiosa por cuanto no señala límite de edad ni de prórrogas otorgables.

A fin de velar por el buen uso de estas prórrogas, en el párrafo siguiente de este mismo apartado 2.º se señala la obligación que afecta a los Superiores religiosos y eclesiásticos de dar cuenta a la Autoridad militar de los novicios o seminaristas que dejen la vida religiosa o el Seminario: "Los Rectores de los Seminarios y los Superiores de las Casas Religiosas enviarán, sin pérdida de tiempo, a las Autoridades militares correspondientes nota de aquellos seminaristas, postulantes y novicios, que, disfrutando de dichas prórrogas, abandonaren el Seminario o el Instituto religioso."

Con análogo sentido, pero respecto de los clérigos y religiosos y los beneficios a ellos otorgados, se perceptúa a continuación: "La misma obligación tendrán los señores Obispos y los Superiores Mayores Religiosos, respecto de los clérigos que, a tenor de los Sagrados Cánones hubieran sido reducidos al estado laical o de los religiosos que no habiendo recibido Ordenes Sagradas y estando en edad militar abandonaren el Instituto."

c) Movilizaciones con fines de instrucción.—Artículo XII, apartado 3.º: "Todos los clérigos, seminaristas y religiosos, incluso los novicios y postulantes, quedarán excluidos de las movilizaciones que se decreten con fines de instrucción." Se trata, pues, de una exclusión terminante, para todos los casos. Para determinar lo que se ha de entender por "movilización decretada con fines de instrucción" habrá que acudir a los arts. 7.º, 12 y 19, párrafo segundo, del Reglamento de Movilización del Ejército, esencialmente.

(1) *Regulación para tiempo de guerra* (75).—En los Concor-

---

(75) El Reglamento de Movilización del Ejército, en su art. 2.º, preceptúa que "todos los españoles y naturalizados, sin distinción de sexo ni edad... está obligados en caso de guerra, a participar en la defensa del país en la forma que el Gobierno de la nación acuerde, pudiendo ser lla-

datos más recientes, como ya tuvimos ocasión de ver, es la circunstancia de guerra y su consiguiente consecuencia de la movilización general, el punto en que se suele centrar la limitación objetiva al principio canónico de la exención. Las normas concordadas suelen responder en tal materia a tres necesidades: una, la asistencia religiosa a las fuerzas armadas con carácter preferente; otra, no desatender la asistencia religiosa de la población civil no combatiente, la tercera, la de procurar situaciones compatibles con el estado clerical a aquellas personas que, afectadas por la movilización, son seminaristas, postulantes o novicios o religiosos no sacerdotes, procurándose su destino a servicios sanitarios o análogos. Tal cabe decir de los Concordatos de Polonia e Italia (arts. 5.º y III, respectivamente). Seguidamente comprobaremos que estas mismas finalidades se han tenido en cuenta en el Convenio español, con la particularidad bien acusada de que en el caso de los religiosos no sacerdotes, seminaristas y novicios se prevé su destino preferente como auxiliares de los capellanes y sólo en segundo lugar "a otros servicios compatibles con su carácter eclesiástico"; además, con laudable sentido, se establecen para ellos permisos por razón de estudios y casos de sustitución en los servicios de vanguardia.

a) Si se trata de sacerdotes.—Artículo XIII, párrafo primero: "En los casos de movilización general por causa de guerra, los sacerdotes seculares o regulares que tuviesen la edad a que alcance la movilización y fuesen necesarios a juicio del Vicario General Castrense, serán llamados a ejercer su sagrado ministerio en las Fuerzas Armadas, como Capellanes, disfrutando de la consideración de Oficiales."

La meridiana claridad del texto, en el que se atiende a la primera de las necesidades de que acabamos de hablar, excusa todo comentario.

mados y utilizados los individuos para cualquier servicio militar o civil en las condiciones que las leyes prescriben", y en su art. 9.º que "todos los individuos sujetos al servicio militar, en caso de movilización, podrán ser utilizados del modo más amplio, según lo exijan las necesidades de la nación en general y del Ejército en particular".

Sobre la distinción entre movilización general y parcial, art. 4.º; concretamente sobre la movilización para caso de guerra, arts. 6.º y 19; por alteración de orden público, art. 7.º (y nueva Ley de Orden Público).

b) Si se trata de clérigos y religiosos no sacerdotes.—Artículo XIII, párrafos segundo y siguientes: “En los casos de movilización por causa de guerra, los clérigos y religiosos no sacerdotes, así como los seminaristas, postulantes y novicios, en edad a la que alcance la movilización y en la medida en que el Vicario General Castrense estimare necesario, serán destinados a ayudar a los Capellanes en su ministerio espiritual, o a otros servicios compatibles con su carácter eclesiástico. De entre ellos, los que en el momento de decretarse la movilización estén preparándose para el sacerdocio, disfrutará de permisos prorrogables que, en cada caso, a juicio del Vicario Castrense autoricen las circunstancias, con el fin de que prosigan sus estudios en el Seminario o Casa Religiosa a la cual pertenecen.

”Cesarán en su disfrute si abandonan los estudios o cuando terminen la carrera, circunstancias que los Rectores o Superiores respectivos comunicarán inmediatamente a la Autoridad.

”El seminarista o novicio en cuyo nombre se presente voluntariamente un sacerdote del clero regular o secular, debidamente autorizado por sus superiores eclesiásticos, para prestar servicio de vanguardia propio de su ministerio sacerdotal, disfrutará en todo caso de estos permisos.”

Singularísima y sin precedentes esta regulación de los permisos prorrogables por razón de estudios por cuanto al caso de la sustitución se refiere (párrafo último). “Se equivocaría, pues —dice PÉREZ MIER—, de lleno, quien pretendiera enjuiciarlo como una regresión, ni siquiera parcial, hacia formas ya superadas de redención o de sustitución en la prestación del servicio militar. Muy al contrario, lo que contiene el precepto en cuestión es una estimación política y una valoración militar altísima del ministerio sacerdotal que se presta a las fuerzas armadas en caso de guerra: tanto que la prestación de la asistencia religiosa en las zonas de vanguardia, en condiciones de bien acreditada eficacia por su carácter enteramente espontáneo y voluntario, es estimulada y recompensada por la ley con la concesión de permisos a una persona determinada, precisamente para que ésta prosiga los estudios que en un plazo más o menos corto le pondrán en condiciones de prestar por sí misma el ministerio espiritual en el Ejército.”

c) **Sacerdotes con cura de almas y misioneros.**—Art. XIV: “En los casos de movilización general por causa de guerra quedan exceptuados del cumplimiento de las obligaciones militares los sacerdotes que tengan cura de almas. Se consideran como tales los Ordinarios, los Párrocos, los Vicepárrocos y los Rectores de Iglesias abiertas al culto.

“Asimismo serán dispensados de las obligaciones antedichas, aun en los casos de movilización general por causa de guerra, los Obispos titulares, los Rectores de los Seminarios, y los Misioneros, a saber: aquellos sacerdotes y religiosos que, con la debida autorización de la competente autoridad eclesiástica, se consagran al apostolado en los territorios de misión.

“Semejante dispensa o excepción alcanza desde los Obispos, incluso los auxiliares o titulares, y los Rectores de los Seminarios hasta los Párrocos, los Vicepárrocos como son los vicarios curados perpetuos, los ecónomos y los regentes o coadjutores *in capite*, extendiéndose también la excepción a los simples rectores de iglesia en sentido específico y a los misioneros” (PÉREZ MIER), procurándose así que la población civil no quede espiritualmente desatendida. De notar es que esta excepción, en su segundo párrafo, implícitamente abarca las obligaciones referentes a tiempo de guerra como de paz.

2. EL CONCORDATO DE 1953 (76). —Dando cima al numeroso

---

(76) Sobre la problemática general del Concordato de 1953 y, en particular, sobre el tema del presente trabajo, pueden verse:

ALONSO MUÑOYERRO (L.): *Jurisdicción castrense exenta*, en “Ecclesia” núm. 642 (dedicado al nuevo Concordato), de 31 de octubre de 1953; páginas 29 y sigs. LAUREANO PÉREZ MIER: *El Concordato español de 1953. Significación y caracteres*, en “R. E. D. C.” t. IX (1954), págs. 7 y sigs. MONTERO Y GUTIÉRREZ (E.): *El nuevo Concordato español*, Madrid, 1954. ISIDORO MARTÍN: *El Concordato español de 1953* conferencia pronunciada el 15 de marzo de 1954, publicación del Colegio Mayor Universitario de San Pablo, Madrid, 1954. REGATILLO (E.), S. J.: *Il valore del nuovo Concordato spagnolo per la vita religiosa della Spagna*, en “Civiltá Cattolica”, 106 (2), 2518, 21 de mayo de 1955: 378-392; 106 (3), 2523, 6 de agosto de 1955: 265-276; 106 (3), 2525, 3 de septiembre de 1955: 499-507. UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS: *Problemas sobre el nuevo Concordato español*, 1954. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID: *El Concordato de 1953*, Madrid, 1956, volumen en el que se recogen las conferencias pronunciadas por distintas personalidades de la Universidad y de las Universida-



grupo de Concordatos y Convenios estipulados durante el pontificado de Pío XII, de feliz memoria, el 27 de agosto de 1953 se firmaba en la Ciudad del Vaticano el Concordato entre la Santa Sede y el Estado español, siendo canjeadas las ratificaciones el 27 de octubre siguiente, y publicados en España los instrumentos de ratificación en el *B. O. del Estado* de 19 de noviembre.

El Concordato tuvo su preparación en los acuerdos o Convenios parciales a que anteriormente nos hemos referido (véase nota 68), y que se fueron estipulando conforme las necesidades los fueron requiriendo, integrando en cierto modo los pilares jurídicos del futuro y solemne Concordato. En efecto, el primero de estos convenios particulares (sobre el modo de ejercicio del privilegio de presentación, de 7 de junio de 1941) contenía un compromiso importante del Gobierno español en orden a la negociación de un nuevo Concordato, predeeterminándose la observancia de los cuatro primeros artículos del Concordato de 1851 (establecíase en el art. 6.º: "El Gobierno español, por su parte, se compromete formalmente a concluir cuanto antes con la Santa Sede un Concordato inspirado en su deseo de restaurar el sentido católico de la gloriosa tradición nacional"). La marcha lenta, pero continuada, de las negociaciones, a través de estos convenios particulares, con el ejemplo de los Concordatos más recientes, y con la favorable circunstancia de una legislación interna "extraordinariamente favorable a la libertad, a la independencia y al reconocimiento de los derechos de la Iglesia", nos las relató con palabras sentidas el entonces Ministro de Educación Nacional, Excelentísimo Sr. D. Joaquín Ruiz-Giménez en su discurso de clausura del curso de conferencias habido en torno al Concordato en la Facultad de Derecho de Madrid, pronunciado el día 21 de mayo

---

des de la Iglesia y de sus Seminarios; de entre ellas destacamos a nuestro propósito presente: LAUREANO PÉREZ MIER: *El panorama mundial de los Concordatos vigentes y la significación y los problemas generales del Concordato español de 1953*, págs. 65 y sigs. LUIS JORDANA DE POZAS: *La organización administrativa estatal y el nuevo Concordato*, págs. 195 y siguientes. JOSÉ GASCÓN Y MARÍN: *La actividad administrativa estatal y el Concordato*, págs. 217 y sigs.

No citamos la numerosa bibliografía existente sobre cuestiones particulares contenidas o suscitadas por el Concordato, que no hacen referencia a ésta del servicio militar del clero.

de 1954, y a su exposición (que puede verse en *El Concordato de 1953*, Madrid, 1956, págs. 431 y sigs.) nos remitimos.

Integran el Concordato treinta y seis artículos y un Protocolo final, conteniéndose en su texto una amplia gama de materias que son objeto de detenida regulación. La extensión de esta penetración entre el ordenamiento canónico y el civil es mayor que la llevada a efecto en cualquiera de los Concordatos anteriores, lo que permite casi afirmar su carácter modélico en la hora presente.

Respecto al estatuto personal del clero, su regulación comprende:

- a) El fuero procesal especial de los Prelados; así como de los clérigos inferiores en las causas contenciosas y criminales (artículo 16).
- b) Exención de cargos cívicos (art. 14).
- c) Protección jurídica especial del uso del hábito eclesiástico (art. 17).
- d) *Exención del servicio militar* (art. 15).

“Los clérigos y religiosos —preceptúa el art. 15, párrafo primero—, ya sean éstos profesos o novicios, están exentos del servicio militar, conforme a los cánones 121 y 164 del Código de Derecho canónico.” El principio canónico de la exención se formula nuevamente en forma expresa y terminante, ratificándolo como norma vigente, incluso de Derecho interno de la nación española, sin que ahora sea preciso aludir a “reconocimiento” alguno por parte del Estado, toda vez que ello tuvo lugar por virtud de la declaración contenida en el art. XII, párrafo primero, del Convenio de 1950, de un tenor casi literalmente idéntico. A lo que dijimos anteriormente en relación con el Convenio sobre este punto, nos remitimos.

Inmediatamente, el propio art. 15, en su segundo párrafo, determina que “al respecto, continúa en vigor lo convenido entre las Altas Partes contratantes en el Acuerdo de 5 de agosto de 1950 sobre Jurisdicción castrense”, estableciendo así una remisión directa para la regulación de la materia a los arts. XII, XIII y XIV del Convenio, que por esta vía no sólo queda ratificado en su vigencia, sino que al entrar en cierto modo a integrarse en el

conjunto de la materia concordada en 1953 (77), adquiere la permanencia y estabilidad que son consustanciales al solemne Concordato de 1953. Y tan ello es así, que el preámbulo del Concordato —en el que se contiene la idea de obra o empresa, encaminada al bien común— dice textualmente: La Santa Sede Apostólica y el Estado español, animados del deseo de asegurar una fecunda colaboración para el mayor bien de la vida religiosa y civil de la Nación española, han determinado estipular un Concordato que, *reasumiendo los Convenios anteriores y completándolos constituya la norma que ha de regular las relaciones recíprocas de las Altas Partes contratantes, en conformidad con la Ley de Dios y la tradición católica de la Nación española.* El mismo Convenio de 7 de junio de 1941 (art. 6.º citado, párrafo segundo) ya preveía esta “absorción” de los acuerdos particulares en el futuro y solemne Concordato: “El presente Convenio estará en vigor hasta que se incorporen sus normas al nuevo Concordato.” La fórmula de la incorporación de los distintos convenios parciales puede verse en los arts. 7.º (“continuarán rigiendo...”), 10 (“se seguirán aplicando...”), 13 (“la Santa Sede confirma...”), 19 (“continuarán en vigor...”), 25 (“la Santa Sede confirma el privilegio concedido...”), 30 (“seguirá en vigor...”) y 32 (“seguirá regulada...”) del Concordato.

Es, pues, en base a esta incorporación o “reasunción” de normas, que el art. 15 del Concordato, en sus dos párrafos, se constituye en piedra angular de la regulación del servicio militar del clero en España y del tratamiento de la exención. Como la aplicación, examen o ejecución de cualquier precepto concreto de los contenidos en los arts. XII, XIII y XIV del Convenio de 1950 habrá de ser referida, como base autorizante, a dicho artículo 15, resulta conveniente exponer aquí, aun escuetamente, algunos de los principios o normas genéricas que se establecen en el Concordato.

Así, en su art. 36, y después de señalar para su *entrada en vigor* el momento del canje de ratificaciones, determina que desde

---

(77) La vigencia total del Convenio de 1950 queda por este art. 15 ratificada, según decimos, en cuanto a la exención, y por virtud del artículo 32, en cuanto al resto de sus cláusulas, relativas a la asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas, con la sola variante que determina el Protocolo final, que modifica el artículo VII del Convenio.

tal fecha "se entienden derogadas todas las disposiciones contenidas en leyes, Decretos, Ordenes y Reglamentos que, en cualquier forma, se opongan a lo que en él se establece". Esta *cláusula derogatoria*, complementando el Convenio de 1950, es evidentemente aplicable a la materia del servicio militar de los clérigos, y ha de ser tenida en cuenta tanto por el legislador interno, como por aquellas autoridades y funcionarios que hayan de intervenir en la aplicación de las no escasas —e intrincadas a veces— normas concretas de esta rama del Derecho administrativo militar.

En el mismo art. 36 se contiene una especie de *autorización* de las disposiciones que habrían de emanar del Estado para la ejecución del Concordato: "El Estado español promulgará, en el plazo de un año, las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para la ejecución de este Concordato." Empleamos el término "autorización" no tanto en su sentido de "concesión de permiso", como en el de "atribución de autoridad", por suponer en cierto modo la cláusula citada, el otorgamiento a las disposiciones que dicte el legislador nacional, de un fundamento u origen de rango distinto al puramente interno.

Digamos, por último, que respecto a su *interpretación*, se prevé en el art. 35 que: "La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Concordato, inspirándose para ello en los principios que lo informan."

3. PRINCIPALES DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO.—Dos grupos de disposiciones internas han de distinguirse: unas que tienen por objeto el facilitar y hacer administrativamente posible el tránsito de la anterior normativa del servicio militar de los eclesiásticos a la nueva legislación concordada, atendiendo a la situación creada al entrar en vigor el Convenio de 1950; otras, cuya vigencia temporal no es ya limitada y que establecen con carácter de generalidad los preceptos concretos para el desarrollo y aplicación práctica de las normas y principios concordados.

A) Apenas transcurrido un mes desde el canje de las ratificaciones del Convenio, por el Ministerio del Ejército se dictó la *Orden de 14 de diciembre de 1950* (C. L. E., núm. 143), al objeto de establecer unas *normas provisionales para* la aplicación en

la práctica administrativa de cuanto determina el art. XII del Convenio, respecto a los clérigos y religiosos que se encontrasen ya en filas o hubiesen ingresado en Caja para su destino a Cuerpo con arreglo a la legislación hasta entonces vigente. Respondía esta Orden ministerial a la necesidad de determinar la situación de quienes figurando ya alistados, bien en situación de ingresados en Caja o incluso en período de servicio activo, pudieran por su condición de religiosos o clérigos acogerse a las novísimas disposiciones concordadas. De aquí el carácter *provisional* de las reglas que se establecían, puramente ocasionales, para los pertenecientes a determinados reemplazos cuya situación concreta era perentorio resolver. Naturalmente, sólo se hacía referencia normativa a los supuestos del art. XII del Convenio, por la sencilla razón de que es el que determina las situaciones y derechos de los eclesiásticos respecto del servicio militar en tiempo normal de paz, especificándose en la propia Orden que su contenido habría de entenderse "sin perjuicio del completo desarrollo" del conjunto de los artículos concordados que en su día hubiere de ser hecho, en cuya labor, más detenida, pesaría sin duda la experiencia que se derivase de la aplicación práctica de esta primera disposición interna.

Se refiere la Orden que comentamos a los seminaristas, novicios y postulantes pertenecientes o agregados al reemplazo de 1950, así como a los que se hallaren prestando servicio activo como soldados, de los reemplazos de 1947, 1948 y 1949, y a los presbíteros, seculares o regulares, pertenecientes a los dichos reemplazos y los que estuvieren disfrutando de los beneficios del artículo 325 del Reglamento de Reclutamiento (vid. II, 5, c), quienes si desearan acogerse a los beneficios que para sus respectivos casos se establecen en el art. XII del Convenio (vid. antes, IV, 1: A y B), habrían de dirigir instancia al Jefe de la Junta de Clasificación y Revisión de la correspondiente Caja de Recluta (o al Presidente del Negociado de Reclutamiento, en Africa) solicitándolos, documentando la petición con las certificaciones que acreditasen la condición y circunstancias del interesado. Cuando de soldados en filas se tratase, las instancias habrían de cursarse por conducto del Jefe de Cuerpo (apartados 1.º, 2.º y 3.º de la Orden).

En el apartado 4.º se establecían las reglas a que habrían de atenerse los funcionarios y autoridades militares que intervinie-

sen en la tramitación de las peticiones referidas; éstas serían resueltas por los Presidentes de las Juntas de Clasificación y Revisión (o de los Negociados de Reclutamiento, en Africa), de cuyos acuerdos se daría cuenta a los Jefes de las Cajas respecto del personal del reemplazo de 1950 (para su eliminación de las listas preparatorias del sorteo a Africa) o al Capitán General de la Región, en los demás casos (para que se cumplimentase el acuerdo, disponiendo su baja en filas y alta en la Caja de procedencia, pasaportándolos para la población de su residencia). Aquellas solicitudes que ofreciesen duda se remitirían a la Dirección General de Reclutamiento y Personal del Ministerio. Al Provicariato General Castrense se habría de remitir relación nominal de los presbíteros que se acogiesen a estas normas, haciéndose constar reemplazo, Diócesis o Instituto religioso a que perteneciesen, parroquia o iglesia en que ejerciesen o convento de su residencia, y copia de la media filiación. Todas las resoluciones que recayesen en estos expedientes habrían de anotarse en las documentaciones personales de los interesados (apartado 4.º).

Finalmente, si por demora en la resolución de su solicitud alguno de los pertenecientes o agregados al reemplazo de 1950 no pudiese ser excluído del sorteo, se entendería que la concesión posterior del beneficio llevaba consigo la anulación del destino que le hubiere correspondido (apartado 5.º).

En esta misma línea de disposiciones de vigencia temporal concretada a ciertos reemplazos, la *Orden de 16 de junio de 1951* (D. O. E. núm. 136) hizo extensivas las normas que acabamos de recoger a los clérigos y religiosos pertenecientes o agregados al reemplazo de este año de 1951, declarando expresamente que serían aplicables a los religiosos profesos (se ha de entender: y que no fueren presbíteros) las relativas a los presbíteros, extensión que igualmente prescribió para los del reemplazo de 1952 la *Orden de 1.º de mayo de ese año* (D. O. E. núm. 104). Las tres disposiciones referidas señalaban los plazos en que las instancias debidamente documentadas deberían ser presentadas para su ulterior curso.

B) *Disposiciones generales.*—Para el desarrollo de los artículos XI (?), XII, XIII y XIV del Convenio de 1950 y su aplicación en el Ejército de Tierra, así en tiempo de paz como de guerra, regulando “los derechos y deberes de los clérigos y religiosos en re-

lación con la prestación del servicio en los Ejércitos", de acuerdo con los Ministerios de Marina y del Ejército del Aire, se dictó la *Orden del Ministerio del Ejército de 24 de agosto de 1953* (C. L. E. núm. 101; D. O. E. núm. 197), días antes de la firma del solemne Concordato vigente.

Trataremos de resumir su articulado, poniéndolo en relación con los preceptos pertinentes del Convenio y según análogo esquema:

1.º Declaración de principio:

"Todos los clérigos y religiosos, ya sean profesos, ya novicios, están exentos de todo servicio militar, según lo estipulado en el art. XII del Convenio." (Art. 1.º)

2.º Regulación de la exención en tiempo de paz (art. XII, apartados 1, 2 y 3 del Convenio).

a) Sacerdotes y religiosos profesos:

— "Los sacerdotes y religiosos profesos que hayan alcanzado los treinta años de edad quedarán obligados a prestar en los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, funciones de su sagrado ministerio o asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, con exclusión de todo otro servicio, durante un tiempo no superior en todo caso a la duración del servicio militar en filas en el primero de dichos Ejércitos.

"El llamamiento se efectuará en la cuantía que el Vicario General Castrense estime necesario a la vista de las propuestas formuladas por los respectivos Ministerios.

"La designación del personal se llevará a cabo previo acuerdo de dicho Vicario con los Ordinarios diocesanos o Superiores Mayores religiosos respectivos.

"Los sacerdotes que fueren nombrados disfrutarán de la consideración de alférez a todos los efectos." (Art. 11.)

Para cumplimiento de esta norma y a fin de que surta sus efectos en el Vicariato General Castrense, "los Jefes de las Cajas de Recluta remitirán al Ministerio del Ejército (Dirección General de Reclutamiento y Personal) el 31 de diciembre de cada año relación nominal de los presbíteros y religiosos profesos que por haber cumplido en éste los treinta años

de edad habrán de quedar a disposición del Vicario General al incorporarse a filas el primer reemplazo. En ella se harán constar la Diócesis o Instituto religioso de que forman parte y la Parroquia o Iglesia en que ejercen o Casa Religiosa en que residen.

"A la indicada relación se acompañará copia de la media filiación de los interesados.

"Relación análoga remitirán al Capitán General de la Región para que esta Autoridad, o por aquélla en cuyo distrito habiten los interesados, se disponga que presten juramento a la Bandera de la Patria en alguno de los Cuerpos de la localidad de su residencia o, en su defecto, de la guarnición más próxima." (Art. 12.)

Los que, residiendo en el extranjero, deban pasar a disposición del Vicario General Castreense, prestarán juramento de fidelidad a la Bandera, con la posible solemnidad, ante el Cónsul de la demarcación, o bien por escrito si residen en población muy distante, pudiendo ser convocados a incorporación conforme se dispone en el art. 11, salvo los misioneros (artículo 18, párrafo tercero).

Cesarán en el desempeño de su misión de asistencia religiosa y en su situación e ingresarán en la reserva "al decretarse el pase a la misma del reemplazo a que hubiesen sido agregados provisionalmente, incorporándose al que por su edad pertenezcan, a los efectos de llamamiento en caso de movilización" por causa de guerra o en previsión de ella (artículo 14).

Los Obispos y los Superiores Mayores religiosos tendrán la obligación de enviar, sin pérdida de tiempo, al Jefe de la Caja de Recluta a que pertenezcan, nota "de los clérigos que a tenor de los Sagrados Cánones hubiesen sido reducidos al estado laical, o de los religiosos que, no habiendo recibido las Ordenes Sagradas y estando en la edad militar, abandonen el Instituto. Las notificaciones se harán al Jefe de la Caja de Recluta o al de la Zona de Reclutamiento y Movilización correspondiente, según la situación militar de los interesados; comprenderán los datos de filiación de éstos y el lugar en que pasan a fijar su residencia". (Art. 15, párrafo segundo.)



— Quienes con anterioridad al 1.º de junio del año de su alistamiento hayan emitido votos religiosos, dirigirán instancia al Presidente de la Junta de Clasificación y Revisión de la Caja de Recluta a que pertenezca o al del Negociado de Reclutamiento si se trata de personal alistado en Africa, en los meses de mayo y junio de dicho año, solicitando la concesión de la exención del servicio militar, cuyo otorgamiento quedará condicionado a la conservación del derecho a la misma hasta el cumplimiento de los cuarenta y cinco años de edad, en que se extingue la obligación militar (art. 6.º); ello será de aplicación a los seminaristas, postulantes y novicios al recibir el Sagrado Prebisterado o emitir sus votos, respectivamente; a los religiosos de votos perpetuos se les concederá la exención de modo definitivo y condicionado al requisito indicado de la conservación del derecho a la misma hasta los cuarenta y cinco años de edad (art. 7.º).

b) Seminaristas, postulantes y novicios:

— “En tiempo de paz, los mozos del reemplazo anual... que sean seminaristas, postulantes o novicios diferirán el cumplimiento de todas las obligaciones militares por períodos de un año, contados desde 1.º de agosto a igual fecha del año siguiente, durante el tiempo que les falte para recibir el Sagrado Presbiterado o emitir sus votos, respectivamente.

“A este efecto dirigirán instancia solicitando la concesión de la prórroga anual en los meses de mayo o junio de cada año, a partir del de su alistamiento, al Presidente de la Junta de Clasificación y Revisión de la Caja de Recluta a que pertenezca o al del Negociado de Reclutamiento si se trata de personal alistado en Africa.

“A dicha solicitud acompañarán certificado expedido por el Rector del Seminario o el Superior de la Casa Religiosa, acreditando, en su caso, el año de los estudios que cursan y los que les faltan para recibir el Sagrado Presbiterado o emitir sus votos.” (Art. 5.º)

— “Los Rectores de los Seminarios y los Superiores de las Casas Religiosas enviarán, sin pérdida de tiempo, al Jefe de la Caja de Recluta a que pertenezcan nota de aquellos semi-

naristas, postulantes y novicios que, disfrutando de las prórogas indicadas, abandonaren el Seminario o el Instituto Religioso.” (Art. 15, párrafo primero.)

— “Si algún seminarista, novicio o postulante hubiera adquirido tal condición después de cumplir el servicio militar, solicitará acogerse a esta disposición, para disfrutar de sus beneficios, mediante instancia dirigida al Presidente de la Junta de Clasificación o Negociado de Reclutamiento, a no ser que estuviera ingresado en Caja o perteneciera a la situación de reserva, caso en que se entregará en el organismo de que dependa.

”La prestación del servicio militar se justificará mediante la presentación de la cartilla militar correspondiente, o en su defecto, los acogidos al régimen de voluntariado, entregarán un certificado del Jefe del Cuerpo en que hubieran servido.

”Al propio tiempo se acompañará otro certificado expedido por el Rector del Seminario o Superior de la Casa Religiosa, consignando la nueva personalidad de los interesados, quienes de no haber ingresado ya en la situación de reserva por proceder de dicho voluntariado, pasarán a ella con arreglo a la legislación general de reclutamiento.” (Art. 9.º)

— La obligación que se prescribe para los sacerdotes y religiosos profesos en el art. 11, consistente en prestar en los Ejércitos funciones de su ministerio al cumplir los treinta años, quedará diferida para el seminarista, novicio o postulante, hasta que hubiere recibido el presbiterado o emitido votos religiosos y a la edad consignada, fijándose el plazo por el momento de incorporación a filas del primer reemplazo después de acaecidas estas contingencias; naturalmente, el seminarista o novicio que hubiere adquirido tal condición después de cumplir el servicio militar, no estará comprendido en esta norma (art. 13); y es que no cabe el hablar de que “diferirá” el cumplimiento de la obligación quien, por haber antes prestado su servicio militar, deberá quedar exento de la tan repetida obligación que marca el art. 11 (art. 9.º, último inciso).

c) Disposiciones comunes a los eclesiásticos de los dos grupos anteriores.

— Las *situaciones militares*, en tiempo de paz, del personal comprendido en el art. XII del Convenio serán las siguientes:

1. Recluta en Caja, con dilación del cumplimiento de las obligaciones militares, desde 1.º de agosto del año de su alistamiento hasta la incorporación a Cuerpo del reemplazo a que se unan, los sacerdotes y religiosos profesos hasta cumplir los treinta años y los seminaristas y novicios hasta recibir la ordenación o profesar, y cumplir dicha edad.

2. Recluta en Caja, a disposición del Vicario General Castrense, durante la permanencia del reemplazo a que se unan en la situación de servicio en filas.

3. En reserva, desde que pase a ella el citado reemplazo (artículo 2.º).

Serán de aplicación al mencionado personal los preceptos de los artículos 101 (casos de exclusión total del servicio) y 103 (clasificación de “separados temporalmente del contingente anual”) del Reglamento de Reclutamiento vigente, cuando por padecer enfermedades o defectos físicos fueren clasificados excluidos totalmente del servicio militar o separados totalmente del contingente; pero con la particularidad, respecto de estos últimos, de que si se acredita en cualquiera de las revisiones reglamentarias o voluntarias a que se sometan que han desaparecido las causas que motivaron su clasificación de separados temporalmente del contingente, quedarán sometidos no al régimen común, sino al particular que para los eclesiásticos se contiene en esta Orden (artículo 3.º).

Los clasificados útiles para todo servicio o útiles exclusivamente para servicios auxiliares en el año de su alistamiento (o por cambio, en las revisiones, de su primera clasificación de separados temporalmente del contingente) ingresarán en Caja con su reemplazo o con el que se unan, quedando eliminados de las subsiguientes operaciones de reclutamiento y sujetos a cuanto se establece en esta Orden (artículo 4.º), en las situaciones antes dichas.

— Las *solicitudes* de los eclesiásticos en relación con esta Orden serán *resueltas* por los Presidentes de las Juntas de Clasificación y Revisión o de los Negociados de Reclutamiento de Africa, quienes darán cuenta de sus decisiones a las Cajas de Recluta correspondientes, así como de las que se dicten por el Ministerio (Dirección General de Reclutamiento y Personal) respecto de las peticiones que, por ofrecer duda, se le hubieren remitido (art. 8.º).

Los residentes en el extranjero entregarán las instancias en el consulado respectivo, dirigiendo las peticiones al Presidente de la Junta Consular de Reclutamiento cuando se trate de demarcaciones autorizadas para operaciones de reclutamiento. Las Juntas resolverán las solicitudes en la primera quincena de julio, notificando en la segunda los acuerdos que dicten a los interesados y a los Jefes de las Cajas de Recluta a que pertenezcan. En forma análoga actuará la Junta de Reclutamiento de Guinea, respecto de los residentes en las posesiones españolas del Golfo, a cuyo fin los interesados dirigirán sus instancias al Presidente de la misma, y si alguno de éstos hubiese sido alistado en las referidas posesiones, las resoluciones se comunicarán a la Dirección General de Reclutamiento y Personal (art. 10).

— Cesa la aplicación de los beneficios que se regulan en esta Orden cuando los acogidos a ellos, según su respectiva condición, abandonan el Seminario o Instituto religioso o son reducidos al estado laical: unos y otros se incorporarán a filas para cumplir el servicio militar con el primer reemplazo que sea llamado a concentración, si éste no hubiere sufrido el sorteo reglamentario; pero, cuando el conocimiento del motivo originario del cese en la exención tenga lugar en fecha tal que no puedan ser incluidos en el expresado sorteo, se les destinará a Cuerpo con los reclutas del reemplazo siguiente, a no ser que se hallen próximos a la edad en que prescribe la responsabilidad militar, caso en que se aplicará la primera norma, disponiendo el Capitán General de la Región el Cuerpo en el que deban servir. A los clérigos reducidos al estado laical les servirá de abono, en su caso, el tiempo que hubieren prestado de asistencia religiosa en los Ejércitos. En

todos los casos se darán los conocimientos debidos al Ministerio del Ejército para que el Vicariato General Castrense practique las oportunas bajas en las estadísticas que debe llevar, como luego veremos, para supuesto de movilización por causa de guerra (art. 15, párrafos tercero y quinto).

Al ser licenciados, se mirarán al reemplazo al que por su edad pertenezcan y seguirán las vicisitudes del mismo (artículo 15, último párrafo).

Dentro del plazo de veinte días, a contar desde que hubiesen sido reducidos al estado laical o causado baja en el Instituto religioso, tendrán obligación de presentarse personalmente al Jefe de la Caja de Recluta o de la Zona de Reclutamiento y Movilización a que pertenezcan, o a la Autoridad Militar, y en su defecto al alcalde, de la localidad de su residencia, para dar conocimiento de las señas de su domicilio. Los Jefes o Autoridades indicados, verificada la presentación, además de dar cuenta a la Caja de Recluta (cuando la presentación se ha efectuado en lugar distinto), harán constar la comparecencia en la cartilla militar correspondiente. Los que residieren en el extranjero se presentarán a las Autoridades consulares españolas (art. 16, párrafos primero y segundo).

Si transcurrido el plazo de los veinte días no hubieren efectuado su presentación, incurrirán en las responsabilidades y sanciones que para los prófugos señala el Reglamento de Reclutamiento del Ejército (art. 16, párrafo final).

— “Mientras se encuentre disfrutando de la exención y durante su permanencia en la situación de reserva, este personal *pasará las revistas anuales* y dará noticia de los cambios de residencia, con sujeción a los preceptos de la legislación general.” (Art. 17.)

— “Al personal a que es de aplicación esta Orden se le proveerá de una *cartilla especial*, según modelo adjunto, complementaria de la militar reglamentaria.” (Art. 29.)

— “Los seminaristas, postulantes o novicios y aquel otro personal que en lo sucesivo ingrese en los Seminarios y Comunidades religiosas antes de haber efectuado su servicio

militar, y que, con arreglo a la legislación vigente *figure o deba figurar en la Inscripción Marítima*, causará baja en ésta y alta en la Caja de Recluta correspondiente." (Art. 30.)

— *Traslados al extranjero*.—Quienes se encuentren en situación de reserva o de recluta en Caja con dilación del cumplimiento de las obligaciones militares, podrán trasladarse al extranjero para ampliar sus estudios o domiciliarse en él, no requiriendo previa autorización militar; pero debiendo notificar, personalmente o por escrito, el cambio de residencia y sus motivos al Jefe de la Caja de Recluta o Zona de Reclutamiento y Movilización de que dependan, a la vez que los Superiores respectivos darán cuenta de los traslados al Ministerio del Ejército (Vicariato General Castrense); los Superiores de las Casas religiosas de su destino harán que los interesados se presenten a las Autoridades consulares y se inscriban en los Registros correspondientes. Dichas Autoridades lo notificarán a la Caja de Recluta o a la Zona de la demarcación a que pertenezcan, según los casos (art. 18, párrafos primero y segundo).

— *Quedan excluidos de las movilizaciones que se decreten con fines exclusivos de instrucción* "todos los clérigos, seminaristas y religiosos, incluso los novicios y postulantes" (artículo 19).

### 3.º Regulación de la exención para tiempo de guerra.

a) Si se trata de sacerdotes (art. XIII del Convenio, párrafo primero).

"Ordenada la movilización por causa de guerra o en previsión de ella, los sacerdotes regulares o seculares pertenecientes a reemplazos cuya edad esté comprendida en la movilización serán llamados a ejercer su Sagrado Ministerio, como Capellanes, en las Fuerzas Armadas.

"Los llamamientos se efectuarán por reemplazos, de moderno a antiguo. Comprenderán al personal que, a juicio del Vicario General Castrense, sea necesario para atender los servicios religiosos de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, previas propuestas de los Ministerios correspondientes.

”Con el fin de que el Vicariato conozca en todo momento las existencias de sacerdotes movilizables, los Jefes de las Cajas de Recluta remitirán a este Ministerio (Dirección General de Reclutamiento y Personal) el 31 de diciembre de cada año, duplicada relación nominal por reemplazos de los que se encuentren en la situación a) de las especificadas en el art. 2.º (recluta en Caja, con dilación del cumplimiento de las obligaciones militares). En ella se consignará la Diócesis o Instituto religioso de que forman parte y la Parroquia o Iglesia en que ejercen o Casa religiosa en que residen.

”Por su parte, los Jefes de las Zonas de Reclutamiento y Movilización procederán en igual forma por cuanto respecta a los sacerdotes en situación de reserva, residentes en sus demarcaciones respectivas.” (Art. 20.)

“Los sacerdotes que se nombren a propuesta del Vicario General Castrense para prestar servicio religioso en las Fuerzas Armadas disfrutarán de la consideración de Altérez, a todos los efectos, mientras dure su servicio activo.” (Artículo 22.)

b) Si se trata de clérigos y religiosos no sacerdotes (Convenio, artículo XIII, párrafos segundo y siguientes).

En igual caso de movilización por causa de guerra o en previsión de ella, los clérigos y religiosos no sacerdotes, así como los seminaristas, postulantes y novicios en edad a la que alcance aquélla, serán destinados en la medida que el Vicario General Castrense estime necesario, *a ayudar a los Capellanes* en su ministerio espiritual o *a otros servicios compatibles* con su carácter eclesiástico. En la designación se seguirán los mismos trámites que para los sacerdotes, debiéndose proceder en forma análoga a la ya señalada (art. 21).

Los que en el momento de decretarse la movilización estén preparándose para el sacerdocio, disfrutarán de *permisos* con el fin de proseguir sus estudios en el Seminario o Casa religiosa a que pertenezcan, y que serán concedidos, en cada caso, a juicio del Vicario General Castrense por el tiempo que autoricen las circunstancias, con carácter prorrogable. Para solicitar dichos permisos los interesados elevarán instancia al Ministerio del Ejército (Reclutamiento y Perso-

nal) por conducto de la Caja o Zona respectiva, uniendo a ella certificación en la que se acredite el año de los estudios que cursan y los que les faltan para terminarlos (art. 23).

*Cesarán en el disfrute de los permisos* concedidos los que terminen su carrera o abandonen los estudios, circunstancias que los Rectores o Superiores respectivos vendrán obligados a comunicar al Vicario General Castrense y a la Caja de Recluta o Zona de Reclutamiento correspondiente. Los que terminaren la carrera quedarán comprendidos, como sacerdotes, en el régimen ya expuesto antes y que se recoge en el artículo 20; cuando de abandono de estudios se trate serán destinados a Cuerpo para prestar servicio militar con su reemplazo, cuyas vicisitudes seguirán (art. 24).

*Disfrutarán en todo caso de estos permisos* el seminarista o novicio en cuyo nombre se presente voluntariamente a sacerdote del clero secular o regular, debidamente autorizado por sus Superiores eclesiásticos, para prestar servicio de vanguardia propio de su ministerio. A la instancia solicitando el permiso se acompañarán: una declaración jurada del sacerdote que se ofrezca para reemplazarle, en la que se exprese su voluntariedad para la sustitución, y un certificado acreditativo de la autorización de sus Superiores eclesiásticos (Ordinario diocesano o Superior Mayor religioso). Requisito indispensable para el otorgamiento del permiso será que el sacerdote sustituto reúna las aptitudes físicas que requiere el servicio de campaña, a juicio de un médico militar. El compromiso que se contraiga tendrá carácter temporal y quedará cancelado por pérdida de aquellas aptitudes, por voluntad expresa del propio sacerdote, por terminación de carrera o abandono de estudios del seminarista o novicio y por desmovilización del reemplazo a que éste pertenezca (artículo 25).

e) Sacerdotes con cura de almas y misioneros (art. XIV del Convenio).

En el art. 26 se exceptúan del cumplimiento de las obligaciones militares, en todos los casos de movilización: los Ordinarios y Obispos titulares, los Párrocos y Vicepárrocos,



los Rectores de Seminarios y los Rectores de iglesias abiertas al culto, debiéndose por el Vicario General Castrense recabar de las respectivas autoridades eclesiásticas relaciones nominales de los Párrocos, Vicepárrocos y Rectores mencionados, en las que consten la parroquia, iglesia o Seminario en que ejercen o Casa religiosa en que residen.

Y el art. 27 exceptúa, asimismo, para todos los casos de movilización, a "los sacerdotes religiosos que se consagren al apostolado en tierras de misión, entendiéndose por tales los lugares que se hallen bajo la jurisdicción personal o territorial de la Congregación de Propaganda Fide".

Estos sacerdotes misioneros estarán obligados a remitir al Vicariato General Castrense todos los años antes del 31 de diciembre, por sí mismos o por conducto del Superior de la Misión, un certificado en que acrediten que continúan prestando los servicios de su ministerio en la Misión correspondiente (art. 28).

#### 4.º Cláusula derogatoria.

"Quedan derogados todos los preceptos del vigente Reglamento provisional para el Reclutamiento y Reemplazo del Ejército y disposiciones complementarias relativas a las obligaciones militares de los clérigos y religiosos, quienes se regirán por lo que se dispone en esta Orden." (Art. 31.)

#### 5.º Disposición transitoria.

a) "Los clérigos y religiosos acogidos a las Ordenes de: 14 de diciembre de 1950, de 16 de junio de 1951 y de 1 de mayo de 1952, en las que se dictaron normas provisionales para la aplicación del Convenio a los que se encontraban en filas o hubieran ingresado en Caja, quedarán sujetos a los preceptos de la presente Orden, y, en consecuencia, deberán producir las nuevas instancias en las épocas que en la misma se indican.

b) "Aquel personal que esta Orden comprende, que hubiera cumplido su servicio militar y que actualmente se encuentre sujeto al fuero de Marina, continuará sometido al

citado, sin perjuicio de que en caso de emergencia nacional pase a la disposición del Vicario General Castrense en los términos expresados en esta Orden."

\* \* \*

Con el mismo carácter, en cuanto a su vigencia en el tiempo, de generalidad, se ha dictado la *Orden de 27 de septiembre de 1955* (C. L. E. núm. 80), si bien la materia regulada resulta objetiva y subjetivamente limitada a un sector particular de la normativa del servicio militar de los clérigos y religiosos. Según declaración de su propio preámbulo, responde a la finalidad "de poder aplicar a los Caballeros Aspirantes a Oficial de Complemento de la Instrucción Premilitar Superior los preceptos de la Orden de 24 de agosto de 1953".

Se regula en esta Orden ministerial el caso de los Aspirantes a Oficial de Complemento que, durante su permanencia en la I. P. S., adquieran la condición de seminaristas, novicios o postulantes, estableciendo que serán dados de baja en aquélla y en la Escala de Complemento del Ejército (art. 1.º) por la Dirección General de Enseñanza Militar (hoy, Dirección General de Instrucción y Enseñanza del Estado Mayor Central), pasando a depender de la oportuna Caja de Recluta, si sus reemplazos hubiesen sido alistados (art. 2.º); momento a partir del cual les serán de aplicación los preceptos de la Orden de 24 de agosto de 1953, por lo que deberán solicitar anualmente las prórrogas de incorporación a filas previstas en su art. 5.º (art. 3.º).

Si después abandonasen el Seminario o Casa religiosa, por causas que no afecten al honor militar, se prevé la posibilidad de su reingreso en la I. P. S., si en ella no llegaron a alcanzar el empleo de Sargento de Complemento con carácter efectivo, reingreso que se concede solamente a efectos de reposición en dicho empleo e inmediato destino a Cuerpo para completar el servicio militar; admitiéndose igualmente para aquellos sacerdotes y religiosos profesos que, habiendo pertenecido a la I. P. S. y alcanzado el mismo empleo, fueren reducidos al estado laical por causas que no afecten al honor, y siempre que se encuentren todavía en edad militar, sin más salvedad que la que supone en su caso el prestar

sus servicios en destinos que no sean de Cuerpo Armado (art. 4.º). Solicitado por los interesados, con las formalidades que se señalan, el reingreso se ordenará por la Dirección General antes dicha la incoación de una información, que será instruida por la Jefatura del Distrito o Destacamento de la I. P. S., a fin de determinar si el solicitante es acreedor a su reingreso, debiéndose tener en cuenta las causas, acreditadas de manera fehaciente, que hayan motivado el abandono de los estudios eclesiásticos o la vuelta al estado laical (art. 5.º). Concedido el reingreso, serán repuestos en su empleo de Sargentos de Complemento con carácter efectivo y antigüedad de la fecha en que lo alcanzaron antes de su baja, dándose cuenta a las Cajas de Recluta correspondientes (artículo 6.º). Aquellos que no soliciten el reingreso y los que les fue denegado como consecuencia de la información instruida, seguirán las vicisitudes que establece el art. 15 de la Orden de 24 de agosto de 1953 (incorporación a filas para cumplir el servicio, bien con el primer reemplazo que sea llamado a concentración, bien con el siguiente), siéndoles de abono el tiempo que anteriormente hubiesen servido en el Curso preparatorio y en las Unidades especiales de la I. P. S. (art. 7.º).

\* \* \*

Nos hemos detenido en la exposición de las normas internas que quedan extractadas anteriormente, con la idea de que esta especie de resumen que intentamos constituya este trabajo, no quedase incompleto, para lo cual y con miras prácticas era necesario incluir el articulado de las distintas disposiciones en nuestro texto, al objeto de que pueda servir en determinados casos de prontuario a quien quiera servirse de él. En cambio, para su mejor entendimiento, nos hemos abstenido, casi por completo, de comentar o estudiar los distintos preceptos. En parte, porque ello resulta las más de las veces innecesario, tratándose de normas administrativas del rango y finalidad de las presentes, aclaratorias y harto minuciosas, cuyo comentario nos llevaría indudablemente a incurrir en repeticiones: en segundo lugar, porque las normas de fondo, que son esencialmente las transcritas o recogidas de las del Convenio de 1950, quedaron ya brevemente estudiadas en el lugar oportuno.

Mas no será superfluo, en cambio, el que nos ocupemos aquí de una cuestión que puede suscitar la aplicación en la práctica de estas disposiciones internas relativas al servicio militar de clérigos y religiosos. Y es: ¿Qué validez habrá que otorgar a los requisitos meramente formales que se prescriben para la concesión del beneficio de la exención en sus respectivos casos? O, en otras palabras: en supuesto de conflicto, cuando el interesado reúne, por su calidad y circunstancias, los requisitos básicos exigidos por las disposiciones de fondo para gozar en una u otra forma de la exención, y, en cambio, por las razones que sean, no se adapta a las formalidades señaladas para su caso en las disposiciones adjetivas (requisitos de la solicitud, plazos, documentación...), ¿cuál de estas disposiciones habrá de prevalecer?

Y no se crea que la cuestión que estas interrogantes plantean es caprichosa ni tampoco meramente doctrinal, aunque quizás desde un punto de vista exclusivamente teórico ni llegaran a constituir problema alguno, y, en todo caso, su solución sería clara. Es la práctica diaria la que nos ha inducido a tocar este punto, porque en nuestra breve experiencia profesional hemos tenido ocasión de comprobar que no son escasas las veces en que se plantean cuestiones de tal índole, generalmente por la vía del recurso de alzada o súplica, o, con más frecuencia, en consulta formulada, por los órganos administrativos que entienden del caso, a la autoridad superior.

Supongamos que, en tiempo de paz, un seminarista, a quien a tenor de lo dispuesto en el art. XII del Convenio y párrafo primero del 5.º de la Orden de 1953 se concede el diferir el cumplimiento de todas las obligaciones militares mediante la solicitud de prórrogas anuales hasta recibir el Sagrado Presbiterado, no presenta la instancia solicitando la concesión de la prórroga dentro del plazo que se señala en el párrafo segundo del art. 5.º de dicha Orden (meses de mayo y junio de cada año a partir de su alistamiento). ¿Cuál será la resolución que recaiga respecto de esta petición formulada con todos los demás requisitos, pero fuera de plazo, por quien se encuentra de pleno derecho incluido en las premisas de fondo exigidas para la concesión de la prórroga? En términos generales, desde el momento en que se señala un plazo expreso en el que los interesados *habrán de* presentar sus solicitudes, *a contrario sensu* se ha de concluir que las que tengan

entrada con fecha posterior deberán ser destinadas, es decir, no tanto resueltas en sentido denegatorio, sino más bien *no tenidas en cuenta*, no pasadas a resolución de fondo, aunque ello en definitiva implique una verdadera denegación. El acuerdo del órgano o autoridad administrativa en tal sentido no sería, en puridad, recusable ni merecedor de tacha, es claro, estaría plenamente ajustado a la norma de aplicación dictada por el poder ejecutivo, en este caso el párrafo segundo del art. 5.º en cuestión. Pero es que tal definitivo resultado es un tanto chocante si se pone en relación con los solemnes principios, de rango a todas luces superior, contenidos en el Derecho concordado con la Santa Sede (convertido en ley interna positiva), con arreglo a los cuales el seminarista al llegar a la edad militar *tiene derecho*, reconocido expresa y formalmente por el Estado, a obtener las prórrogas dichas, sin que el beneficio venga condicionado más que a la comprobación fehaciente de su calidad de seminaristas, no señalándose el requisito formal del plazo. Por otra parte, el derecho reconocido al Estado de dictar las disposiciones internas de aplicación de los principios fundamentales implica la natural facultad de señalar los pormenores, formalismos y requisitos que adapten aquellos principios a la complejidad de la vida real, respondiendo a un interés público evidente de normalizar y garantizar la estabilidad jurídica, sobre todo en esta compleja materia administrativa del reclutamiento y reemplazo, combinado en operaciones sucesivas y relacionadas entre sí y en las que intervienen distintas autoridades y funcionarios; por ello la necesidad de establecer plazos se hace ineludible si se quiere que las operaciones de reclutamiento no se vean afectadas por una vaguedad perjudicial y totalmente reñida con la práctica; además, los plazos pueden también significar garantías administrativas dadas a los propios particulares a quienes la obligación militar afecta, puesto que a los que se señalan para su actividad corresponden otros, dentro de los cuales el órgano administrativo debe actuar o pronunciarse. En suma: que el mero formalismo del plazo que se otorga o establece para formular una petición o solicitud, por virtud de la necesidad imperiosa de ajustar las situaciones individuales a las operaciones colectivas de reclutamiento, se convierte prácticamente en condición *sine qua non*, en verdadero requisito esencial, porque la Administración no puede depender del arbitrio o capricho de cada

uno de aquellos a quienes concede la ley, con carácter de generalidad, la facultad de acogerse a un determinado beneficio, máxime cuando de normas de derecho singular o excepcional se trata.

Nuestro parecer, que hacemos constar como simple opinión, es, por tanto, el de que, *en general*, los requisitos formales han de ser tenidos muy en cuenta, pudiendo, en caso extremo, su incumplimiento tener la eficacia suficiente para motivar la denegación de los beneficios de fondo. Ahora bien, si hacemos esta afirmación en términos de generalidad, también creemos que *en cada caso concreto* la *solución concreta* puede variar, no siguiendo necesariamente la regla genérica. En el momento preciso de la aplicación a un caso de la vida de las normas que prevén unos requisitos formales, si aparecieron éstos incumplidos, el criterio a seguir ha de ser un tanto flexible, es decir, sería conveniente examinar el motivo o causa que hubiere dado lugar al incumplimiento de las formalidades, porque no sería ya estricto, sino deshumanizado, el criterio que no tuviera en cuenta, por ejemplo, la concurrencia de *justas causas* o de *circunstancias impeditivas* de fuerza mayor que obstaculizaron al interesado el cumplimiento de las formalidades; y aquí ha de entrar en juego, no como fuente directa del Derecho, sino como procedimiento o expediente inspirador de soluciones, la *equidad*, medio inestimable para evitar que de la rígida aplicación de la norma general al supuesto singular se pueda derivar incluso una manifiesta injusticia.

Si volvemos al ejemplo, propuesto antes, del seminarista cuya instancia se presenta fuera de plazo, antes de resolver su petición con arreglo al criterio general de la relevancia del requisito temporal, podrá resultar necesario comprobar si su retraso se ha debido, pongamos por caso, a ignorancia de las disposiciones que lo establecen (del art. 5.º de la Orden de 1953), o a la concurrencia de una circunstancia impeditiva insoslayable (enfermedad grave...). En el primer caso, la alegación de ignorancia no puede suponer justa causa ni admitirse como justificativa de la omisión del requisito-plazo, desde el momento en que el principio *ignorantia iuris non excusat* está universalmente admitido (art. 2.º del Código civil), y no porque se presuma que las leyes son conocidas por todos, sino por la necesidad social de su cumplimiento en todo caso. En cambio, en el segundo supuesto, la demostrada concurrencia de una verdadera circunstancia impeditiva puede inclu-

so modificar el criterio de resolución, llevando a conceder al seminarista la prórroga anual solicitada fuera de plazo, siempre que la marcha de las operaciones de reclutamiento lo permitan materialmente.

Con estas consideraciones no podemos pretender, ni con mucho, establecer *a priori* una gama de soluciones correspondientes a la casuística real, sino, tan solo por vía de ejemplo, señalar la posibilidad de que en la práctica se produzcan casos análogos, cuya solución, en definitiva, dependerá siempre de la *sensibilidad* jurídico-administrativa de los llamados a resolver o asesorar, dejando por otro lado bien sentado que los supuestos como los que se citan nunca implicarán colisión ni concurrencia de normas en sentido propio.

# EL MATRIMONIO DE LOS MILITARES

por Francisco CASTRO LUCINI

Teniente Auditor

**SUMARIO:** I. *Naturaleza jurídica del matrimonio:* A) Tesis contractualistas. B) El matrimonio como acto jurídico distinto del contrato. C) Posibilidad de aplicar al matrimonio la idea de institución: a) Análisis de la teoría de la institución de Hauriou, Santi Romano y Renard. b) Solución adoptada: el matrimonio, acto jurídico de naturaleza institucional.—II. *El matrimonio contraído por los militares:* A) Cuestiones previas: a) ¿Constituye un matrimonio especial? b) Justificación de la licencia. c) Naturaleza jurídica de la licencia. B) Reglamentación vigente: ámbito de aplicación. Distinta consideración del matrimonio de: a) Generales, Jefes y Oficiales y asimilados de los tres Ejércitos y Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Armada y de Tráfico. b) Brigadas, Sargentos y asimilados, clases de tropa de la Guardia Civil y Policía Armada y de Tráfico. c) Alumnos de Academias militares: a') Aspirantes a ingreso. b') Alumnos ya ingresados. d) Especialistas. e) Escalas de Complemento. f) Clases de tropa: a') Sujetos al servicio militar obligatorio. b') Voluntarios. c') Beneficiarios de prórrogas de incorporación a filas. g) Matrimonios contraídos "in artículo mortis". C) Reglamentación vigente: diversidad de sanciones según se trate de: a) Generales, Jefes, Oficiales, Brigadas, Sargentos o asimilados. b) Alumnos de Academias militares. c) Clases de tropa. d) Marineros en el primer año de disponibilidad. D) El matrimonio de los militares en el Código civil.—III. *Efectos administrativos del matrimonio contraído por militares:* A) Anotación en la documentación militar. B) Premios de la Asociación Mutua Benéfica. C) Indemnización familiar.—IV. *Conclusiones.*

## I. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

El matrimonio, acto productor de las más interesantes e importantes consecuencias jurídicas, ha dado lugar, en el campo doctrinal, a diversas concepciones que han pretendido explicar su naturaleza. Todas ellas pueden agruparse en uno de estos dos grupos: 1). las que fundamentan su esencia en la idea de contrato, y



2), las que reconocen en el matrimonio una naturaleza distinta a la propiamente contractual. Dentro de la primera, sólo difieren los matices; así se ha mantenido que el matrimonio es un contrato de sociedad (HENRI COULON), olvidando el específico fin de lucro que se persigue en tal contrato, un contrato necesario por ley de humanidad (KANT) (1) sin tener en cuenta que, implicando el contrato voluntariedad, la frase *contrato necesario* envuelve una contradicción, o un contrato *sui generis*, personal y social (CIMBALI) (2), desconociendo la esencia patrimonial de todo contrato. Se ha dicho también que la Iglesia ha admitido la naturaleza contractual del matrimonio. Ello es verdad sólo en parte, pues nunca los teólogos han considerado el contrato como fundamental ni siquiera como independiente de la materia sacramental, antes bien, son inseparables, comenzando por San Agustín, quien distingue el triple bien del matrimonio en *proles, fides y sacramentum*; aquí *fides* equivale a *contractus* según la etimología tomada de Cicerón por el Obispo de Hipona: *Fides appellata est, ab eo qui fit quod dicitur... fac quod dicis et fides est*. Sólo en este sentido puede hablarse, pues, de naturaleza contractual respecto al matrimonio (3). Las razones por las que la Iglesia llegó a man-

---

(1) *Principios metafísicos del Derecho*, trad. esp. de Lizárraga. Madrid, 1873, pág. 113.

(2) *La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, trad. esp. de E. García. Madrid, 1893, págs. 62-67.

(3) Vid. Mlle. SERIER (G.): *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrament*, thèse, Nancy, 1928.

En el *Syllabus* (8 de diciembre de 1864) se condena la siguiente opinión: "Matrimonii sacramentum non est, nisi quid contractui accessorium ab eoque separabile, ipsumque sacramentum in una tantum nuptiali benedictione situm est." León XIII, en su *Encycl. Arcanum* de 10 de febrero de 1880, declara: "Etenim non potest huiusmodi distinctio, seu verus distractio (contractus nuptialis a sacramento), probari, cum exploratum sit in matrimonio christiano contractum a sacramento non esse dissociabilem, atque ideo non posse contractum verum et legitimum consistere, quid sit eso ipsum sacramentum."

Pocas palabras merece la refutación de la tesis contractual, desde el punto de vista civil; no cabe encuadrar el matrimonio en el marco de los contratos patrimoniales por múltiples razones, de entre las cuales destacan como más importantes la falta de libertad de los contrayentes en cuanto a la regulación de la materia matrimonial y su forma, la imposibilidad de su disolución por mutuo disenso y el hecho de que sus efectos tengan el carácter de derecho necesario ("ius cogens").

tener tal doctrina han sido principalmente: para contraponerla a la tesis según la cual el matrimonio se formaría *per copulationem carnalem*, destacando el valor preponderante del consentimiento (4), que es, precisamente, uno de los requisitos del contrato (5): al propio tiempo se invoca la libertad contractual para reivindicar la de los contrayentes frente a las coacciones familiares. Los enemigos de la Iglesia se valieron, a su vez, de la doctrina contractual para apoyar las reivindicaciones de la jurisdicción laica en las causas matrimoniales y para argumentar favorablemente respecto del divorcio, conforme la regla *quod solo consensu perficitur contrario consensu dirimitur*.

La teoría contractual sometida al estrecho marco, cuyos límites hemos trazado y que no puede sobrepasar so pena de incurrir en los excesos de las legislaciones, caracterizadas por su extremado laicismo, no sirve para explicar la naturaleza jurídica del matrimonio, porque este es algo más que un contrato, desde el momento en que se trata de un acto jurídico con trascendencia en el estado civil de las personas, por cuanto al contraerlo se modifica el estado civil pasando del de soltero al de casado: y sabido es que el contrato no juega en los actos referentes al estado civil de las personas, regulados por normas de carácter público, independientes de la voluntad de los sometidos a ellas. Mas no basta con la anterior afirmación y creemos que la investigación sobre la naturaleza jurídica del matrimonio puede ir más allá si acudimos a la idea de la institución, origen de una teoría que, si bien puede considerarse ya clásica en la historia del pensamiento jurídico, no ha llegado a alcanzar su completo desarrollo ni tampoco ha logrado, hasta ahora, los frutos que parecían reclamar la brillantez de sus autores y la fuerza con que irrumpió en la ciencia del Derecho. Las causas de ello pudieran encontrarse quizá

---

(4) En el Concilio de Florencia (*Decreto por Armenis. Ex bulla exultate Deo*, de 22 de noviembre de 1439) se declaró: "Causa efficiens matrimonii regulariter est mutuus consensus per verba de praesenti expressus." Y la doctrina de las Padres de la Iglesia se pronuncia del mismo modo, así San Ambrosio: "Non defloratio virginittatis facit conjugium, sed pactio conjugalis" y San Juan Crisóstomo: "Matrimonium non facit coltus, sed voluntas". (Cfr. PEsCH, *Compendium theol. dogm.*, t. IV, 1914, página 263.)

(5) Cfr. art. 1.261, núm. 1.º, del Código civil .

en que ha sido una teoría difundida, mas no comprendida (6); también la misma dificultad que el propio término "institución" entraña, aunque difícilmente pudiera haberse encontrado otro más conveniente, pues cuando surgió dicha concepción el aludido vocablo ofrecía la ventaja, respecto a otros de posible empleo (v. gr.: sociedad, que podía confundirse con el contrato de Derecho privado, o comunidad, figura imprecisa equivalente a copropiedad), de no haber adquirido todavía una significación precisa en la terminología jurídica, y, por consiguiente, era susceptible de recibir una sin que fuera necesario rechazar la acepción corrientemente admitida, haciendo salvedades y distinciones. Que esta dificultad es real lo demuestra el hecho de que un pensador como KARL SCHMITZ no encuentra manera de traducir a la lengua alemana la palabra que sirvió para bautizar esta corriente doctrinal.

Corresponde a HAURIOU el mérito de haber convertido la idea de institución en centro de una nueva teoría del Derecho que, por lo mismo y desde entonces, fué bautizada con el nombre de "teoría de la institución". Así lo manifiesta uno de los principales representantes de esta escuela *Car il n'est point exagéré de croire que la théorie de l'institution est le centre, et de la sociologie dans laquelle celui-ci (se refiere a HAURIOU) debuta par "La science sociale traditionnelle..." et du système juridique à l'élaboration duquel il consacra la plus grosse part de son prodigieux effort* (7). Según

---

(6) Se ha reprochado a la teoría de la institución la imprecisión y vaguedad de sus ideas (cfr. CASTÁN TOBEÑAS: *La noción del Derecho a través de los sistemas filosófico-jurídicos tradicionales y modernos*. Madrid, 1947, pág. 69), pero un estudio detenido rechaza semejante imputación. Vid. RUIZ JIMÉNEZ: *La concepción institucional del Derecho*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, y CAMPUZANO: "El arrendamiento de fincas rusticas, ¿es contrato o institución?", en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, tomo CLXVII, 1935, pág. 182.

(7) GEORGES RENARD: en el "avant-propos" de su obra *La théorie de l'institution*. Paris, 1930. Partiendo de su trabajo *La science sociale traditionnelle*, publicado en 1896, HAURIOU fué desarrollando sus ideas sobre el tema en la mayor parte de sus obras, como en *Précis du Droit administratif* (1907), *Principes de Droit public* (édits. 1910, 1916 y trad. esp. de RUIZ DEL CASTILLO, Madrid, 1928), *Précis de Droit constitutionnel* (édits. 1923 y 1929) y, sobre todo, en la más importante de sus obras sobre esta cuestión: *La théorie de l'institution et de la fondation: Essai de vitalisme social*, en el volumen *La Cité moderne et les transformations du Droit* (Cahiers de la nouvelle journée, núm. 4), 1925.

HAURIOU, la institución no es engendrada por las normas, sino que ella es la que produce el Derecho, definiéndola como "la idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social" (8). Según esto, toda institución se compone: 1.º De una idea de obra a realizar. 2.º De un poder organizador puesto al servicio de esa idea, para su realización. 3.º De las manifestaciones de comunión producidas en el seno del grupo en vista de la idea a realizar. GEORGES RENARD insistirá, como veremos, en este criterio, afirmando el preponderante papel de la idea en la institución, hasta el punto de afirmar: "la institución es la integración de una idea".

También SANTI ROMANO se sintió atraído por la teoría de la institución, entendiéndola por tales a los cuerpos o entes sociales con vida propia y estable. La institución es para él un concepto de tal importancia que, sin exagerar, puede decirse lo concibe como el fundamento de la ciencia jurídica (9). Pero quien con más ardor completó la teoría de la institución elaborada por HAURIOU fué el dominico GEORGES RENARD. RENARD dota a la teoría de la institución de gran amplitud (10). Su primera parte debe estar dedicada a analizar aquellas actividades jurídicas irreductibles que entran de lleno en el campo institucional, esto es, debe describirse en ella el fenómeno de la institución tal como se manifiesta en las distintas disciplinas jurídicas y, naturalmente, en la realidad; se trata, pues, de una fenomenología de la institución. En la segunda parte, bajo el epígrafe "teoría jurídica de la institución", debe analizarse el tipo abstracto de institución, sus caracteres y nociones fundamentales. Finalmente, como toda teoría jurídica es tributaria, según RENARD, de una filosofía, y como la teoría de la institución presenta un eco filosófico en cuanto plantea un problema ontológico, ya que el dualismo fundamental de la per-

(8) *La théorie de l'institution* cit., pág. 10.

(9) Vid. sus obras *L'ordinamento giuridico* (1918), *Corso di Diritto amministrativo* (1930), *Corso di Diritto costituzionale* (1932) y *Frammenti di un dizionario giuridico* (1937).

(10) De entre sus escritos destacan: *La théorie de l'institution (Essai d'ontologie juridique)*, vol. I, París, 1930; *Le Droit, l'ordre et la raison*, París, 1927, y *La philosophie de l'institution*, París, 1937. En España puede verse CORTEZ GRAU: "Georges Renard y su doctrina de la institución", separata de la *Rev. Dcho. Público*, abril 1934.

sonalidad y la institución es una posibilidad metafísica, se justifica la tercera parte de su estudio o "filosofía de la institución", cuya última finalidad sería coordinar la ciencia institucional bajo el marco de la teología católica.

Parte RENARD, en su sistema, de una idea fundamental, la de que, contra la ilusión vulgar, el Derecho no se identifica con la ley. Sirviéndose de las aportaciones de HAURIOT, cuyo discípulo y seguidor se manifiesta, y de la filosofía social tomista (11), llega a establecer el dualismo fundamental del sujeto de Derecho: el hombre y la institución, el individuo y la sociedad. Pero los dos términos de este dualismo no representan compartimientos estancos, antes bien, se funden en una estrecha unión, lo que da por resultado que la institución sea a manera de un fruto desgajado de la personalidad humana, el fruto de un *enfantement* jurídico, que llama la fundación. El orden jurídico reposa, pues, sobre un doble soporte: la personalidad humana y la institución. Ambas se "interpenetran" profundamente: las instituciones toman su impulso de la personalidad humana, y ésta se desenvuelve en el seno de aquéllas. La relación existente es de solaridad, es decir, se trata de un vínculo orgánico.

Ahora bien: la institución es un sujeto de Derecho nuevo, que se destaca del acto de fundación, del cual es consecuencia, para seguir su propio destino, conforme al impulso original. Y en esto se muestra conforme con HAURIOT, quien contrapone la teoría de la institución a la de la imprevisión. Por lo mismo, no debe extrañar que la noción de institución elaborada por RENARD se encuentre inspirada en la de HAURIOT: la institución es una idea que cuenta con medios y vías para establecerse y permanecer. Del mismo modo existe una cierta paridad entre los atributos de que HAURIOT había dotado a la institución y los caracteres reconocidos por RENARD:

1. Papel preponderante de la "idea". Este es el punto en que converge la voluntad inicial del fundador con las sucesivas ad-

---

(11) "La filosofía tomista, declara, es la segunda vía que debía conducirme a la institución: si bien ésta no se encuentra explícitamente alumbrada en Santo Tomás, no es menos cierto que la filosofía social tomista se baña en una atmósfera institucional" (*La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, premier volume, partie juridique, Recueil Sirey, París, 1930, pág. 23).

hesiones que, aglutinándose, le llevan a poder afirmar que la institución es la integración de una idea, a diferencia de lo que sucede en el contrato donde no hay integración de una idea, sino un simple encuentro de voluntades que siguen, cada una, su idea, fenómeno que produce el equilibrio en que descansa todo el contrato. Por el contrario, en el acto plurilateral que la terminología alemana conoce bajo el nombre de *Vereinbarung* y la francesa desde DUGUIT con el de *union*, existe una cierta sustancia institucional, siendo posible oponerlo, justamente por ello, al contrato.

2. El movimiento de comunión, conjunto de fenómenos psicológicos que la institución produce en el alma de cuantos pertenecen a ella, según HAURIQU, es también admitido por RENARD, si bien con distinta terminología, pues se vale de las expresiones "vida interior de la institución" e "intimidad de la institución" para designar dichos fenómenos. La intimidad es una disposición afectiva caracterizada por el afán de exclusividad y por la existencia de un vínculo de confianza. En el contrato existen también una cierta intimidad (no en cambio, vida interior), una confianza mutua entre las partes (*fides*); pero que se trata de una intimidad individual consciente en *l'emprise réciproque d'une personnalité humaine sur une autre personnalité humaine*, mientras que la intimidad institucional es *l'emprise du tout sur les parties*.

3. El poder organizador de que habla HAURIQU se encuentra también reconocido por RENARD. La institución, afirma, es una intimidad organizada, y quien dice organización, dice diferenciación; la diferenciación jurídica que transforma la intimidad en institución es la jerarquía, y para que ésta exista es preciso que haya autoridad. La autoridad es *ce principe juridique interne qui soutient l'organisme institutionnel en l'assujettissant à sa finalité, à son "idée", à sa forme*. Toda institución lleva consigo una autoridad, y toda autoridad es institucional, vale decir, intrínseca a la institución, no un añadido ni algo que les venga de fuera. Siguiendo la diferenciación con el contrato, se puede afirmar que del mismo modo que la autoridad es el criterio de lo institucional, la igualdad lo es de lo contractual.

4. Hay, además, otra nota que sirve para caracterizar la vida interior de la institución, y es la objetividad. Hemos dicho que la intimidad institucional, puesto que organizada, implica la diferenciación, la autoridad. Esta es el principio o la cabeza del

organismo institucional. Las relaciones de la cabeza con los miembros del organismo son relaciones jurídicas, cuyo carácter es la objetividad, al contrario de lo que sucede con las puras relaciones de órgano a órgano: el órgano no tiene derechos frente al organismo, sino que obedece simplemente a la ley vital de éste.

Una novedad de la teoría de la institución de RENARD radica en que, si bien admite que todas las manifestaciones del fenómeno institucional responden a un principio fundamental, no es menos cierto que no todas poseen idéntica estructura ni gozan de la misma plenitud ontológica. En última instancia, la diversidad de grados dentro de la existencia institucional obedece a la distinta participación de las instituciones en la cualidad de sujeto de derecho. Las instituciones se escalonan así en una cierta simetría con la gradación biológica, conforme a los diversos grados de una jerarquía ascendente. Las pertenecientes al grado más elevado gozan de *une vertu de conservation et de développement qui brave l'usure du temps et la contradiction des hommes* (12). Por eso, la escala no es estática, sino dinámica; al modo de lo que sucede en la escala de Jacob, las instituciones suben y bajan los grados del ser.

La primera de las instituciones es, para RENARD, la familia, mientras que el Estado constituye la manifestación más *éclatante* del fenómeno institucional. El Estado unitario es una institución primaria o elemental, mientras que el Estado federal es un ejemplo de las instituciones compuestas, en cuya categoría entra la Sociedad de Naciones, cuyo carácter institucional no ofrece a RENARD la menor duda (13). Los grados del ser que deben distinguirse en la institución se encuentran representados por las personas morales o jurídicas, entendiendo por tales aquellas cuya individualidad se opone a todos, existen *erga omnes*, es decir, gozan de existencia absoluta y tienen un comercio jurídico exterior, y las individualidades objetivas, que sólo gozan de autonomía interior (v. gr.: sucursales respecto a la sociedad).

Admitida la realidad de la institución familiar, el matrimonio se nos aparece como acto de fundación de ésta y, por lo tanto, participa del carácter institucional. El matrimonio, con arre-

(12) *La théorie de l'institution* cit., pág. 31.

(13) *La théorie de l'institution* cit., pág. 193.

glo a las ideas expuestas, es el acto de fundación de una institución, que es la familia. En efecto, todas las relaciones familiares derivan del acto fundamental del matrimonio, entre ellas el parentesco, origen de múltiples derechos y deberes. Por eso teniendo en cuenta el fin primario del matrimonio, puede éste definirse como el acto de fundación de la institución familiar mediante el cual dos personas de diferente sexo se entregan recíprocamente un *ius in corpus* perpetuo e irrenunciable en orden a la generación y educación de la prole.

## II. EL MATRIMONIO CONTRAÍDO POR LOS MILITARES

### A. CUESTIONES PREVIAS

La naturaleza jurídica del matrimonio, que acabamos de exponer, no resulta afectada por las peculiaridades del contraído por los militares, dado que con respecto a éste no puede ni siquiera hablarse de verdadera y propia especialidad, habida cuenta, como después veremos, que no estamos ante requisitos de carácter civil ni circunstancias que afecten a la propia esencia del acto, pues se mantiene en todos los casos la validez del matrimonio contraído sin haber observado las disposiciones legales que pasamos a examinar.

Ha sido tradicional en nuestra Patria la exigencia de una licencia especial a los militares que desearan contraer matrimonio, salvo el corto paréntesis abierto por el Decreto de 21 de mayo de 1873 (*Gaceta del 22*) que suprimió el expediente llamado de licencia para los militares, cualquiera que fuere su graduación, sujetándose tan solo a las prescripciones contenidas en la ley del Matrimonio civil (14). Mas cuando se trata de justificar la necesidad de tal licencia, los autores difieren; ello nos indica que resulta un problema arduo el de determinar si los militares deben o no gozar de absoluta y completa libertad para

---

(14) Vid. sobre los precedentes legales en nuestro Derecho, ALEJANDRO DE BACARDÍ: *Apéndice al Nuevo Colón, o sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1865, págs. 261 y sigs.



contraer matrimonio. De un lado, se encuentra el principio de Derecho natural, básico de la libertad humana; de otro, juegan importantes consideraciones, derivadas de la propia esencia de la Institución armada, que imprime carácter en su miembros. Se recuerda la necesidad de que éstos se hallen siempre y en todo caso dispuestos material y moralmente para arrostrar las vicisitudes y riesgos propios de la guerra y de su carrera; la conveniencia de que puedan presentarse ante la sociedad con el decoro que corresponde al puesto que en ella ocupan, etc. Según se atienda preferentemente a unas u otras consideraciones, la concesión de la licencia estará sujeta al cumplimiento de requisitos más o menos rigurosos. Así, el Real Decreto de 27 de diciembre de 1901 establecía, en líneas generales, un límite mínimo de edad (veinticinco años) y acreditar el disfrute del sueldo de Capitán o de una renta que, unida al sueldo, complete el de Capitán. Lo que llevó a la doctrina a manifestarse duramente en contra: "La actual organización profesional supone en las clases medias trabas y dificultades casi invencibles para el matrimonio. Entre los militares, ya la ley, eñicamente, sin rodeos, prohíbe el matrimonio antes de una edad o un grado determinados" (15). Del mismo modo se critica la prohibición de contraer matrimonio impuesta a las clases de tropa durante el servicio: "La disminución de las personas casadas en la mayor parte de los países europeos es, en parte, debida al alistamiento de los jóvenes en los Ejércitos, donde están retenidos en celibato forzoso durante los años en que su naturaleza impulsa al matrimonio" (16). Semejantes argumentos podían esgrimirse contra el régimen vigente anteriormente, mas no contra el actual. Aquel, determinado por diversas disposiciones (17), cuyo sentido fundamental era: prohibición absoluta de contraer matrimonio a las clases de tropa y alumnos de las Academias militares, y necesidad de una licencia especial para el matrimonio

---

(15) CASTÁN TOBEÑAS (J.): *La crisis del matrimonio*, Madrid, 1914, página 476.

(16) WESTERMERCK: *Historia del matrimonio en la especie humana*, trad. esp., Madrid, 1900, pág. 162.

(17) Ordenes de 15 de octubre de 1940, 31 de marzo, 21 de julio, 13 de agosto y 1 y 11 de octubre de 1941, 16 de febrero de 1943 y 31 de julio de 1947; Leyes de 8 de agosto de 1940, 23 de junio de 1941 y 17 de junio de 1948, y Decreto-ley de 12 de abril de 1951.

de los Generales, Jefes, Oficiales y Suboficiales, cuya concesión se encontraba sometida a requisitos de edad y económicos (tener veinticinco años cumplidos o veintiuno si se está en posesión del empleo de Capitán o se acredita contar, en pleno dominio, con recursos adecuados para completar los haberes de Capitán). Las disposiciones actualmente vigentes, esto es, la Ley de 13 de noviembre de 1957 y la Orden de 27 de octubre de 1958, mantienen un criterio permisivo, de conformidad con los arts. 23 y 36 del Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 y lo dispuesto en el Protocolo final del mismo. Así, sustituye el sistema de prohibición absoluta para el matrimonio de las clases de tropa (art. 4.º de la Ley de 8 de agosto de 1940 y arts. 32 y 408 del Reglamento de 6 de abril de 1943) permitiendo su celebración, y suprime los requisitos de edad mínima (art. 4.º de la Ley de 23 de junio de 1941) y recursos económicos (Ley de 17 de julio de 1948) y modifica los de nacionalidad y religión católica de la contrayente (art. 5.º de la Ley de 23 de junio de 1941, modificado por Decreto-Ley de 12 de abril de 1951) en orden al matrimonio de Generales, Jefes, Oficiales y Suboficiales. En cambio, se mantiene la prohibición absoluta para los alumnos de las Academias militares. Por todo ello, hay que concluir que la actual exigencia de la licencia para contraer matrimonio, dentro de los límites y con las condiciones que veremos después, se encuentra justificada, no ya por las consideraciones apuntadas anteriormente (prestigio del Ejército y de sus miembros) u otras análogas, como la de que no tratándose de una ley general que niegue a todos los ciudadanos la facultad incurra de elegir mujer, sino circunscrita a los militares que voluntariamente han aceptado formar parte del Ejército, debe estimarse que aceptan las obligaciones correspondientes (18), por lo que semejante compromiso no puede estimarse inicuo, las cuales resultan a todas luces insuficientes, sino primordialmente por la consideración de que no se trata de una prohibición absoluta y general de contraer matrimonio, sino de la prohibición de contraerlo con una persona deter-

---

(18) A este orden de consideraciones hacía referencia la Exposición de motivos del Real Decreto de 27 de diciembre de 1901. Vid. ALFONSO RUIZ: *El matrimonio de los militares*, discurso pronunciado en el Ateneo de Madrid el 15 de enero de 1902.

minada: la mujer que no reúna las condiciones legales (v. gr. moralidad). De igual modo que se tiene por no puesta la prohibición del testador (siquiera éste la disfrace bajo condición) al heredero de contraer matrimonio (art. 793 del Código civil) y es válida, en cambio, la condición de no contraerlo con persona determinada, es perfectamente ajustado a la razón natural que se impida el matrimonio a un militar en los casos más graves, cuando se trata de causas que afectan a la persona de la mujer y que, en casos normales, tampoco aconsejarían ese matrimonio. Adviértase, además, que la nacionalidad, que nada supone de por sí sobre las condiciones personales, es dispensable y, de hecho, se autoriza al matrimonio en la mayoría de los casos.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la licencia exigida a los Generales, Jefes, Oficiales y Suboficiales, del permiso para las clases de tropa y de la prohibición existente para los alumnos de las Academias militares? No constituyen:

A) Requisitos de capacidad, pues su falta no afecta a la validez del matrimonio.

B) Requisitos previos, pues no se exige su cumplimiento por el párroco ni por el encargado del Registro civil.

C) Impedimentos dirimentes, ya que la violación de la prohibición o la falta de la licencia o del permiso no originan la nulidad del matrimonio.

D) Impedimentos impeditivos, equiparables a las prohibiciones del art. 45 del Código civil, pues no afectan al régimen familiar.

Atendiendo a la naturaleza de la norma que los establece y a las sanciones que acarrea su incumplimiento, se trata de disposiciones de carácter administrativo, dimanantes de la situación especial en que se encuentra el sujeto de las mismas, es decir, de su condición de funcionario público o cuasi-funcionario.

## B. REGLAMENTACIÓN VIGENTE

Las actuales disposiciones legislativas extienden su ámbito personal de aplicación a los militares de los tres Ejércitos, pro-

pósito unificador que destaca el preámbulo de la Ley (19). Concretamente, con referencia al Decreto de 12 de marzo de 1954 que establece las situaciones del personal profesional y asimilado de los tres Ejércitos, necesitan obtener la licencia quienes se encuentran en cualquiera de las situaciones enumeradas en los artículos 1.º y 13: de plantilla, disponible voluntario o forzoso, reemplazo por herido o enfermo, supernumerario, al servicio de otros Ministerios, procesado, suspenso de empleo, postergado, reserva, o a las órdenes del Ministro. Parece, por el contrario, que los Jefes, Oficiales y Suboficiales en situación de retirados no necesitarán dicha licencia, salvo el caso de prestar servicio activo por Orden ministerial. En contra puede argumentarse que la Ley de 13 de noviembre de 1957 no hace distinción alguna. Lo que parece seguro es que los militares de complemento licenciados o retirados no deberán solicitar la licencia.

Con arreglo al régimen legal vigente conviene distinguir:

a) *Generales, Jefes, Oficiales y asimilados  
de los tres Ejércitos y Cuerpos de la Guardia Civil  
y Policía Armada y de Tráfico*

Necesitan la concesión de una licencia especial, que será otorgada por el Ministro respectivo, a cuyo fin promoverán la correspondiente instancia haciendo contar las circunstancias personales del interesado (nombre y apellidos, edad, situación y destino) y de la futura contrayente (nombre y apellidos, lugar de residencia y domicilio). Cuando ésta no sea de nacionalidad española, portuguesa, hispanoamericana, filipina o brasileña habrá de solicitarse en la instancia la dispensa del requisito de nacionalidad, haciendo constar las causas especiales que lo motivan. Al no decirlo la Ley, no se precisa que la nacionalidad para la que no se requiere dispensa sea de origen.

---

(19) "Por otra parte, el criterio dominante de unificar la legislación de los tres Ejércitos aconseja que esa unificación alcance también al régimen de matrimonio de militares contenido en disposiciones dispersas y variadas que respondían a peculiaridades hoy superadas por las ventajas evidentes de una ordenación común."

A la aludida instancia, debidamente reintegrada, deberán acompañarse los siguientes documentos:

1. Certificación de nacimiento y estado civil de la futura contrayente, si fuere española. No se exige que la partida de nacimiento sea literal ni legalizada.

2. Si aquélla fuere extranjera, debe distinguirse según resida en España o no. En el primer caso, debe acompañarse el certificado del Agente consular respectivo en el que se acredite la nacionalidad y estado civil, mientras que si reside fuera de España deben presentarse los documentos que acrediten en el correspondiente país los anteriores extremos, debidamente *legalizados* y traducidos por el Organismo competente del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Además de la nacionalidad de la contrayente debe acreditarse la buena conducta moral de ésta y de su familia, así como el satisfactorio comportamiento social de la primera, a cuyo fin el Jefe del interesado practicará con la mayor reserva y minuciosidad y en el más breve plazo posible una amplia investigación sobre tales extremos, pudiendo delegar su práctica en personas de mayor empleo o antigüedad que el solicitante y pertenecientes a la misma Arma o Cuerpo, en el caso de que la contrayente residiese en la misma localidad. Si el lugar de su residencia fuere otro, la práctica de semejante información se solicitará de la Autoridad Militar o la Representación Diplomática o Consular correspondientes. Una vez practicada dicha información, el Jefe del interesado informará la solicitud y la elevará con la documentación adjunta a la Superioridad (Ministro correspondiente). Si en informe fuere desfavorable, deberá contener los fundamentos de todo orden en que se base la inconveniencia de autorizar el proyectado enlace matrimonial.

Las resoluciones favorables dictadas por el Ministro respectivo se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* o *Diario Oficial* correspondiente, y las desfavorables se comunicarán, en todo caso, al interesado mediante escrito reservado, "sin que contra ellas pueda interponerse recurso alguno", dice la Ley, que en este punto no se encuentra totalmente de acuerdo con la Orden, pues mientras que de la redacción del art. 2.º de la primera parece

desprenderse que la denegación de ulterior recurso sólo afecta a las resoluciones desfavorables, el art. 4.º de la Orden de 27 de octubre de 1958 declara terminantemente que "contra las resoluciones que se dicten en materia de concesión de licencias matrimoniales no se dará recurso alguno".

b) *Brigadas, Sargentos y asimilados, clases de tropa de la Guardia Civil y de la Policía Armada y de Tráfico*

Si interesan la dispensa de la nacionalidad de la contrayente formularán la petición ante el Ministro del correspondiente Departamento. En los demás supuestos habrán de dirigir la solicitud, según los casos, a los Capitanes Generales de Regiones Militares o Departamentos Marítimos, Almirante Jefe de la Jurisdicción Central, Comandantes Generales de las Bases Navales y de la Flota, Generales Jefes de Regiones o Zonas Aéreas, Director General de la Guardia Civil o Inspector General de la Policía Armada y de Tráfico.

Las condiciones de la solicitud y tramitación son las mismas que en el caso anterior, con la diferencia de que la comunicación al interesado se verifica por escrito, en todo caso. Tampoco existe la posibilidad de ulterior recurso.

c) *Alumnos de las Academias militares*

a') *Aspirantes a ingreso.*—Como regla general se requiere ser soltero o viudo sin hijos. La excepción es a favor del personal procedente de Suboficial y para aquellos a los que se exija título facultativo o análogo, así como para los aspirantes a los Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Armada, quienes pueden ingresar estando casados, tengan o no hijos, si bien los paisanos y clases de tropa están obligados a presentar, una vez hayan ingresado, ante el Director de la respectiva Academia los documentos que acrediten el cumplimiento de las circunstancias previstas en el artículo 1.º de la Ley, extremo que se hará constar en las convocatorias de ingreso. El Director de la Academia, una vez practicada la pertinente investigación reservada, cursará la documentación con su informe al Ministro respectivo, que resolverá lo procedente. Los

Suboficiales, caso de haber obtenido la licencia especial propia de su categoría, acompañarán el documento acreditativo de ello, y en otro supuesto justificarán ante el Jefe del Cuerpo el cumplimiento de los requisitos previstos con carácter general, correspondiendo a los respectivos Ministros la apreciación de los mismos.

b) *Alumnos de dichos centros.*—Efectuado el ingreso no se concede autorización para contraer matrimonio antes de concluir los estudios.

#### d) *Especialistas*

Para el ingreso como Ayudantes de Especialistas, Especialistas o personal que pueda merecer esta consideración en cualquiera de los tres Ejércitos, así como para los sucesivos reenganches de los que no hayan cumplido veinticinco años de edad se exige ser soltero o viudo sin hijos, salvo dispensa concedida por los Ministros respectivos. Aunque la Ley no lo dice, parece que tal solicitud de dispensa habrá de ser previa al ingreso. Para contraer matrimonio, una vez ingresados, les son aplicables las normas generales según su categoría y empleo.

#### e) *Escalas de Complemento*

Los Jefes, Oficiales y Suboficiales de Complemento de los tres Ejércitos (y, por tanto, los de la Reserva Naval) que deseen contraer matrimonio durante su permanencia en servicio activo, están sometidos a las normas que la Ley establece para los profesionales de su mismo empleo.

1) *Clases de tropa y personal de los tres Ejércitos que no ostente la categoría efectiva de Sargento aunque disfrute del sueldo correspondiente a tal categoría*

a) *Individuos sujetos al servicio militar en el período comprendido desde el ingreso en Caja hasta su pase a la situación de reserva y sujetos al servicio de la Armada que se encuentren en situación activa o en el primer año de disponibilidad.*—Pueden contraer matrimonio previa obtención del permiso reglamenta-

rio, que solicitarán de los Jefes de Unidades, Centros, Organismos o Dependencias, del Comandante del buque o del Comandante de Marina, quienes lo otorgarán, *en todo caso, sin exigir* (20) la concurrencia de condición alguna por parte de la futura contrayente, y en el más breve plazo posible, subordinando el momento de su concesión únicamente a las necesidades del servicio.

b') *Voluntarios*.—Para ingresar como tal en los tres Ejércitos se requiere ser soltero o viudo sin hijos y lo mismo para obtener cualquier período de reenganche, si bien en este último caso el Ministro correspondiente puede dispensar tal condición en *circunstancias especiales*. Durante su compromiso de permanencia en filas pueden contraer matrimonio, previos los trámites establecidos para el personal de reclutamiento forzoso.

c') *Individuos que tengan concedida prórroga de incorporación a filas sea o no por causa sobrevenida*.—Si bien el matrimonio contraído con posterioridad a dicha concesión no les impide continuar disfrutando tal beneficio, cuando acrediten que continúan manteniendo a la persona que da derecho a la prórroga, el matrimonio contraído durante el servicio activo en los tres Ejércitos o en el primer año de disponibilidad en la Armada no podrá originar beneficios de prórroga de incorporación o licencia ilimitada para ningún miembro de la familia del contrayente. Semejante disposición guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 269, regla 1.ª del vigente Reglamento de Reclutamiento (21).

g) *Matrimonios contraídos "in artículo mortis", conforme a los preceptos del Código civil y de la legislación canónica*

No se requiere licencia previa para contraer tales matrimonios, y si los interesados fallecieren percibirán sus viudas la pensión que les corresponda. Caso de sobrevivir, deberá acreditar el in-

(20) "Existir" dice el art. 7.º de la ley.

(21) "Cuando la solicitud se funde en el cumplimiento de su edad sexagenaria no será atendida si la motiva el matrimonio de algún hermano, contraído con fecha posterior al 1 de enero del año en que el mozo fué alistado, siendo indiferente que el matrimonio se haya efectuado antes o después de cumplirse dicha edad."



teresado, dentro del plazo de seis meses, que su esposa reúne las condiciones señaladas en el art. 1.º de la Ley, a cuyo efecto pondrá en conocimiento del Jefe de quien dependa o de la Autoridad Militar del lugar en que se celebró el casamiento, antes de transcurrir un mes, la celebración del mismo, para que se practique la investigación prevista en el art. 1.º, norma 2.ª de la Ley y en el art. 3.º de la Orden.

### C. SANCIONES

Con respecto a la legislación anterior continúa el mismo régimen para los Generales, Jefes, Oficiales y Suboficiales. En cambio, para las clases de tropa, una vez suprimida la prohibición de contraer matrimonio, desaparece la necesidad de mantener la falta grave que constituía la inobservancia de aquélla, y se considera falta leve de inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias no formular solicitud para contraer matrimonio o celebrarlo antes de serles otorgado el permiso.

Siguiendo el mismo sistema expositivo, conviene distinguir:

#### a) *Generales, Jefes, Oficiales, Brigadas, y Sargentos o asimilados*

a') Si contraen matrimonio con persona cuya nacionalidad no sea española, hispanoamericana, portuguesa, filipina o brasileña sin haber obtenido la oportuna dispensa, serán sancionados con la separación del servicio, previa tramitación del procedimiento correspondiente.

b') Caso de contraer matrimonio sin cumplir las demás condiciones y trámites señalados en el art. 1.º de la Ley, incurren en la falta grave del núm. 3.º del art. 437 del Código de Justicia Militar (22).

---

(22) Art. 437: "Será castigado con arresto el militar que incurra en alguna de las faltas siguientes: ...3.ª Contraer matrimonio sin la autorización reglamentaria o antes de los plazos marcados. El sacerdote que autorizare estos matrimonios quedará sujeto a las responsabilidades canónicas correspondientes, a cuyo efecto se pondrá el hecho en conocimiento de la Autoridad eclesiástica de la que dependa."

b) *Alumnos de Academias militares*

Los que contrajeran matrimonio antes de concluir sus estudios serán dados de baja.

c) *Clases de tropa*

Las clases de tropa que contraigan matrimonio sin haber solicitado el oportuno permiso o antes de que éste les sea otorgado, incurrirán en la falta leve de inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias del art. 443 del Código de Justicia Militar.

d) *Marineros en el primer año de disponibilidad*

Cuando contraigan matrimonio sin haber solicitado el permiso o antes de su concesión serán sancionados con arresto gubernativo de uno a treinta días, que impondrá el Comandante de Marina.

D. EL MATRIMONIO DE LOS MILITARES EN EL CÓDIGO CIVIL

Además de las anteriores disposiciones, aplicables tanto al matrimonio canónico como al matrimonio civil contraído por los militares, el Código civil contiene preceptos aplicables sólo a éste. Su art. 90 dispensa a los militares en activo servicio la publicación de los edictos fuera del punto donde residan, si presentan certificación de su libertad expedida por el Jefe del Cuerpo armado a que pertenezcan (23). Los arts. 94 y 95 permiten a los Contadores de los buques de guerra y Capitanes de los mercantes, así como a los Jefes de los Cuerpos militares en campaña, autorizar los matrimonios *in articulo mortis* de los individuos que de ellos dependan, en defecto de Juez Municipal (24).

---

(23) Precedentes legales: art. 70 del Proyecto de Código civil de 1882, artículo 17 de la Ley de Matrimonio civil y arts. 42, 44 y 45 del Reglamento de 13 de diciembre de 1870.

(24) Precedentes legales: art. 43 de la Ley de Matrimonio civil y artículo 57 de su Reglamento.

### III. EFECTOS ADMINISTRATIVOS DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO POR MILITARES

El matrimonio determina un cambio en el estado civil, que en el caso de los militares, por ser base de numerosos derechos (verbigracia: indemnizaciones familiares, pensiones de viudedad y orfandad) debe constar en su documentación militar. La falta de dicha anotación acarrea perjuicios para el Estado y los mismos interesados. Entendiéndolo así, se han dictado diversas disposiciones (25), cuyo sentido general es exigir la presentación al Jefe inmediato, dentro del plazo de seis meses del certificado de inscripción en el Registro civil de la partida sacramental, o la misma partida donde no esté establecido el Registro. Cuando se presente la partida de casamiento, antes de consignar esta circunstancia en las documentaciones personales, se cursará la indicada copia del Cuerpo, Centro o Dependencia a que pertenezcan los interesados a la Auditoría de la Capitanía General respectiva, la que determinará si dicho documento reúne las debidas garantías de autenticidad y si se llenaron los requisitos legales haciéndolo constar así al devolverla a su procedencia, donde se consignará en la respectiva documentación personal el cambio de estado, uniéndose a la misma la comunicación de la Auditoría y devolviendo a los interesados, una vez cumplido este trámite, la copia de la partida mencionada. Tratándose de Centros, como el Ministerio del Ejército, en que existe un Asesor Jurídico del Cuerpo Jurídico Militar, es éste y no el Auditor quien ha de emitir el correspondiente dictamen. El art. 7.º de las Instrucciones aprobadas por Orden de 21 de marzo de 1953 (*D. O.* núm. 71) establece que los cambios de estado civil se anotan en la 1.ª subdivisión de las Hojas de Servicios.

El matrimonio de las clases de tropa se acredita mediante el oportuno certificado, que se unirá a la documentación personal del interesado.

A los afiliados a la Asociación Mutua Benéfica del Ejército de

---

(25) RR. OO. CC. de 24 de enero de 1877, 14 de mayo de 1894 y 5 de junio de 1900; O. C. de 7 de septiembre de 1932 y la de 11 de enero de 1933, que establece la anotación de los demás documentos que supongan cambio en el estado civil de los militares.

Tierra que contraigan matrimonio, les será entregado a título gratuito un premio en metálico de tres mil pesetas si pertenecen al grupo de Oficiales y de dos mil seiscientas si son del grupo de Suboficiales. Estas prestaciones deben solicitarse con las formalidades señaladas en las Normas (26).

Los militares casados tienen derecho a percibir la indemnización familiar correspondiente por su mujer e hijos (art. 4.º de la Ley de 18 de diciembre de 1950) y los viudos con hijos a su cargo tienen derecho a la que corresponda a éstos (Decreto de 12 de enero de 1956).

#### IV. CONCLUSIONES

Como conclusiones del presente estudio pueden establecerse las siguientes:

1.º La naturaleza jurídica del matrimonio no es contractual. El matrimonio es un acto jurídico distinto del contrato: es el acto de fundación de la institución familiar.

2.º El matrimonio de los militares no constituye un matrimonio especial y le es aplicable, por tanto, la legislación canónica y civil en su integridad.

3.º Las peculiaridades del mismo son de tipo administrativo.

4.º La actual legislación ha puesto fin al antiguo sistema restrictivo y se encuentra justificada por sus amplios límites, establecidos de conformidad a lo concordado.

5.º Esta legislación responde a un criterio unificador, poniendo fin a la anterior multiplicidad de textos legales.

---

(26) Decreto-ley de 29 de diciembre de 1948 (C. L. núm. 174), Ordenes de 29 de agosto de 1951, 23 de febrero, 4 y 12 de marzo de 1953, 10 y 26 de abril de 1954, 26 de mayo de 1956 y 1 de febrero de 1957.

## LA JUSTICIA MILITAR EN LA REPUBLICA ARGENTINA

por Román RODOLFO RIVERA

General Auditor  
Auditor general de las Fuerzas Armadas

### I. BREVE SÍNTESIS HISTÓRICA

En la República Argentina, la jurisdicción militar se ejerce como consecuencia de los poderes de guerra que la Constitución nacional atribuye al Presidente de la República en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. De donde resulta que, en definitiva, los tribunales militares obran por delegación del Presidente, dependiendo de él en su carácter de Comandante en Jefe y no haciendo parte, por lo tanto, del Poder Judicial de la Nación.

*Nuestra mejor doctrina admite que la existencia de la justicia militar responde, fundamentalmente, a la necesidad de "asegurar la acción eficaz de su Gobierno (de las Fuerzas Armadas) rígido y personal, porque el respeto y el acatamiento a ese Gobierno constituyen la subordinación y la disciplina, virtudes militares que encierran todo lo que se puede pedir al soldado para el lleno de su generosa misión, y que son, a la vez, condiciones de existencia y nervio que vigoriza la institución" (palabras del doctor José María Bustillo en la "Información" con que acompañó los proyectos de Códigos Militares a que luego nos habremos de referir).*

En tales aspectos, podemos afirmar que la concepción que ampara a todo el sistema de nuestro actual Código de Justicia Militar y demás leyes de orden militar —cuya compatibilidad con las cláusulas de la Constitución Nacional, acentuadamente liberal y democrática, ha sido declarada repetidas veces por nuestros más altos tribunales de justicia— proviene de la doctrina hispana, concretada en las famosas Ordenanzas de Carlos III.

Conviene advertir que, producido el movimiento revolucionario de 1810, que nos emancipó de la Madre Patria, el cuerpo de la legislación hispana continuó vigente en el país, por cuanto, salvo en los aspectos puramente políticos, ella no era incompatible —por lo menos en sus grandes líneas— con el nuevo orden establecido. Sin embargo, a pesar del fragor de la guerra de la Independencia y de las enconadas luchas civiles que demoraron durante largos decenios la organización definitiva del país, los sucesivos Gobiernos fueron expidiendo leyes que modificaron, en aspectos sustanciales, la vieja legislación en materia civil, comercial, penal y administrativa.

Dictada la Constitución Nacional en el año 1853, se sancionan, en cumplimiento de expresas disposiciones de la misma, los Códigos civil, comercial, penal y de minería, todos ellos con vigencia en el ámbito nacional. Paralelamente, en el orden local y respetando los principios de la organización federal del país, se dictan en las diversas provincias que lo integran, los Códigos de Procedimientos. De tal manera, ya en el último cuarto del siglo pasado pocas eran las disposiciones de la legislación hispana que seguían teniendo vigencia en la república, sin perjuicio de que nuestras leyes fundamentales estuvieran influidas, en muchos aspectos, por los principios generales, plenos de sabiduría, que en su hora inspiraran a las leyes de Alfonso el Sabio, las de Toro, las dos Recopilaciones y demás cuerpos legales que rigieron en la Madre Patria.

El Derecho militar, ya finalizando el siglo XIX, había escapado a este afán legislativo. Al comenzar el último decenio de ese siglo, pese a propósitos reiteradamente expresados de proceder al dictado de los códigos militares, aún se aplicaban y se estudiaban en nuestros establecimientos militares las antiguas Ordenanzas de Carlos III. Claro está que ellas, en el transcurso de casi un siglo de vida independiente, habían sufrido modificaciones, más que para adaptarlas a necesidades de la institución militar, para hacerlas compatibles con el nuevo espíritu de los tiempos, que no admitían ya, ni aquí ni en España, ciertos tipos de castigos que eran corrientes, sin embargo, cuando aquéllas fueron dictadas.

Si me he extendido sobre el punto, es para señalar la perdurabilidad de las famosas Ordenanzas y demostrar cómo ellas, dictadas para los ejércitos reales, pudieron tener vigencia también en los ejércitos republicanos. En una palabra, para rendir homenaje a este cuerpo de legislación, que ha servido en nuestro país durante poco menos de cien años, para mantener la subordinación y la disciplina, tan necesarias para los ejércitos, sin mengua de los derechos afirmados por las sucesivas constituciones liberales; y que, finalmente, sirvió de inspiración a los primeros Códigos de Justicia Militar sancionados en el país, cuyo espíritu, en los aspectos esenciales, perdura hasta el presente.

En el año 1894 una comisión de destacados juristas —Manuel Oharrío, Ceferino Araújo, Amancio Alcorta, Agustín Alvarez y Osvaldo Magnasco, a quienes acompañan dos distinguidos Jefes militares, el General D. José I. Garmendia y el Comodoro D. Clodomiro Urtubey— presenta un proyecto de Códigos Militares, que es aprobado por el Congreso por las leyes 3.190 y 3.202.

Muy pocos años después, el Poder Ejecutivo encomienda la redacción de un nuevo proyecto al Dr. José María Bustillo, entonces Fiscal del Consejo Supremo de Guerra y Marina, el que merece sanción legislativa mediante las leyes 3.679 y 3.737, ambas dictadas en el curso del año 1898, y que luego es parcialmente modificado en el año 1905 por la ley 4.707, originada también en un proyecto del citado Dr. Bustillo.

Este cuerpo legislativo, denominado Código de Justicia Militar y que fué dividido en tres "Tratados" —Organización y Competencia de los Tribunales Militares, Procedimientos y Penalidad— rigió sin modificación alguna hasta el año 1951, esto es, durante más de medio siglo. Las modificaciones que posteriormente sufrió el Código —indispensables para adaptarlo a las nuevas necesidades de la lucha armada y a los profundos cambios operados en materia técnica y social— han respetado el esquema fundamental de aquella obra, en forma tal, que el Dr. José María Bustillo debe ser considerado como el padre de la legislación penal militar en la Argentina, en un lugar igual al que tiene, con relación a la legislación civil, el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, autor de nuestro Código civil.

En el curso del año 1950, el Poder Ejecutivo encomendó la reforma del Código de Justicia Militar al entonces Auditor General de las Fuerzas Armadas, General de Brigada Auditor D. Oscar R. Sacheri, *talentoso y prestigioso estudioso del Derecho Militar*, cuya contribución a la legislación castrense y al conocimiento de problemas fundamentales de la guerra moderna —principalmente en lo referido a economía— no podemos dejar de señalar.

El proyecto del Dr. Sacheri fué aprobado, a libro cerrado, por ley núm. 14.029, y respeta —como ya he dicho— el esquema fundamental del Código Bustillo, habiéndose limitado a las nuevas circunstancias. Este Código de Justicia Militar es el que rige en la actualidad, luego de haber experimentado algunas modificaciones parciales destinadas a servir los fines espúreos del Gobierno que cayó en septiembre de 1955, reformas que fueron dejadas sin efecto por el Gobierno de la Revolución Libertadora, que restituyó su texto primitivo.

Tal es, a grandes rasgos, la historia de la legislación penal militar argentina. El actual Código cumple plenamente los propósitos que han presidido su sanción, y si algunas reformas se están estudiando en la actualidad —a cargo de una comisión que pre-

side el suscripto— ellas no pueden tener otro alcance que condicionarlo a las nuevas estructuras militares que han sido operadas con posterioridad a la fecha de su sanción.

## II. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR

En principio, los tribunales militares sólo conocen de los delitos y faltas cometidas por individuos que tienen estado militar. En circunstancias especiales —estado de guerra o de grave conmoción interna— la jurisdicción militar puede extenderse a civiles, situación que escapa al breve estudio que deseamos hacer.

La sola circunstancia de tener estado militar, no importa el sometimiento a la jurisdicción militar. Esto es, que el militar acusado de la comisión de un delito común fuera de actos del servicio y en lugar ajeno a la jurisdicción militar, es justiciable ante los tribunales ordinarios. No hay, pues, en la República Argentina, un fuero personal, los que, por otra parte, han sido enfáticamente abolidos por el art. 16 de la Constitución Nacional.

Son justiciables ante los tribunales militares, los individuos con estado militar que incurran “ en los delitos y faltas esencialmente militares, considerándose como de ese carácter todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, tan solo las leyes militares prevén y sancionan” (art. 108 del Código de Justicia Militar).

En estos casos —delitos y faltas esencialmente militares— la competencia está determinada por la materia. El militar que es acusado de una infracción de este tipo, es procesado ante los tribunales militares, cualquiera sea el lugar o las circunstancias en que el hecho se cometió.

Por razón del lugar o de las circunstancias en que se cometió el hecho, son justiciables ante los tribunales militares los individuos con estado militar que incurran en violaciones de la ley penal común (Código penal ordinario y sus leyes complementarias y leyes especiales de carácter penal) cuando la infracción se comete en actos del servicio militar o en lugares sujetos exclusivamente a la autoridad militar (inc. 2.º del art. 108 citado).

Esta jurisdicción es extensiva al conocimiento de las infracciones cometidas por individuos de las fuerzas armadas durante el desempeño de un servicio dispuesto por sus superiores militares a requerimiento de las autoridades civiles o en auxilio de éstas (inc. 3.º del mismo artículo).

Finalmente, los incisos 4.º y 5.º del art. 108 extienden la jurisdicción militar a los militares retirados (que conservan, en nuestro régimen, el estado militar) y a los civiles, en los casos, con respecto a unos y otros, que especialmente determine el Código y las demás leyes de la Nación.



A continuación, el art. 109 en sus siete incisos, enumera cuáles son las personas que están en todo tiempo sujetos a la jurisdicción militar. Entre ellas, destaquemos: los alistados en las fuerzas armadas, al igual que los alumnos de los institutos y escuelas militares de la Nación; las personas obligadas a prestar el servicio de defensa nacional, desde el momento en que son convocados (movilización); las personas que extinguen condenas en establecimientos militares; los retirados, cuando vistan uniforme o presten servicios de actividad y tratándose de ciertas infracciones, especialmente enumeradas en el inciso 5.º apartados c) y d); los que forman parte de las fuerzas armadas de la Nación con asimilación o equiparación militar.

En tiempo de guerra, dispone el art. 110 que la jurisdicción militar es extensiva:

1.º A los empleados y operarios sin distinción de sexo, que no tengan asimilación o equiparación militar, cuando presten servicios en los establecimientos militares o dependencias militarizadas, por cualquier delito o falta cometido dentro de ellos o relacionado con sus actividades;

2.º A los prisioneros de guerra;

3.º A los vivanderos, postillones, cantineros, sirvientes, comerciantes y demás personas que acompañen a las fuerzas, por los delitos o faltas cometidos en el terreno comprendido dentro de los servicios de seguridad.

Esta disposición se refiere también a las mujeres que desempeñen alguno de los oficios o trabajos expresados;

4.º A los particulares y personas extrañas a las instituciones armadas que en las zonas de operaciones o zonas de guerra cometieren cualquiera de los delitos previstos en el Código, o cualquier hecho que los bandos de los Comandantes respectivos sancionaren.

Cuando las tropas de operaciones se hallasen en territorio del enemigo, están sujetos a la jurisdicción de los tribunales militares todos los habitantes de la zona ocupada que fueren acusados por cualquiera de los delitos o faltas comunes, salvo que la autoridad militar dispusiere que éstos sean juzgados por los tribunales comunes de la zona ocupada.

Si las referidas tropas de operaciones estuvieren en territorio extranjero, pero amigo o neutral, se habrán de observar, en cuanto a la jurisdicción y competencia de los tribunales militares, las reglas que fueren estipuladas en los tratados o convenciones suscritos con la potencia a la que perteneciere el territorio y, a falta de convención, la jurisdicción y competencia de los tribunales para las propias fuerzas, será la establecida por nuestro propio Código.

### III. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES

La organización y el procedimiento para el juzgamiento de las infracciones, difiere en forma sensible, como es lógico, según se trate de tiempo de paz o de tiempo de guerra. Por ello nos haremos de referir separadamente a uno y otro caso.

#### A) Organización en tiempo de paz

Dentro del procedimiento establecido por el Código de Justicia Militar, hay que distinguir dos etapas: la fase instructoria, o sea, la formación del sumario, y la de juzgamiento propiamente dicho, esto es, el plenario.

La primera está a cargo de los jueces de instrucción; la segunda corresponde a los Consejos de Guerra.

El Juez de Instrucción —normalmente un oficial del cuerpo de comando —aun cuando el Código no prohíbe que desempeñen estos cargos oficiales pertenecientes a los denominados cuerpos profesionales— es el funcionario a quien la ley encomienda la formación de los sumarios, debiendo proveer todo lo necesario a la seguridad de los procesados, e informar a la autoridad que lo designó sobre el resultado de aquél. Actúa con asistencia de un secretario, que refrenda su firma, y tiene todas las facultades necesarias para el cumplimiento de su misión, entre ellas, la de decretar la prisión preventiva de los acusados.

En cambio, no tiene atribuciones de orden resolutivo: instruido el sumario, debe ser elevado a la autoridad que lo ordenó, sin poder resolver el sobreseimiento ni tampoco la elevación a plenario. Luego veremos que ésta es una facultad que la ley ha reservado al comando superior.

El plenario está a cargo de los Consejos de Guerra, que son de tres clases: el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, los Consejos de Guerra Permanentes y los Consejos de Guerra Especiales.

El Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas es el más Alto Tribunal dentro de la Justicia militar. Se integra con nueve miembros, debiendo ser, seis militares de los cuerpos de comando, y tres, letrados provenientes de los cuerpos de auditores de las fuerzas armadas. Los vocales de los cuerpos de comando deben ser oficiales generales o sus equivalentes, dos del Ejército, dos de la Marina y dos de la Aeronáutica. En cuanto a los vocales letrados, provienen uno de cada de las citadas fuerzas, y deben tener la mayor jerarquía prevista para los cuerpos de auditores por las respectivas leyes orgánicas (normalmente son asimilados a gene-

rales, almirantes o brigadieres). La Presidencia corresponde al vocal de comando superior en grado y, en igualdad de grado, al más antiguo. Todos los miembros son nombrados por el Presidente de la República, duran seis años en sus funciones y pueden ser reelegidos.

Ante el Consejo Supremo, el Ministerio fiscal es ejercido por el Fiscal General de las Fuerzas Armadas, perteneciente al cuerpo de auditores de cualquiera de las fuerzas, designado por el Presidente de la República y que no puede ser removido sin justa causa. Debe tener el mismo grado que los vocales del Consejo.

Al Consejo Supremo —que es común para las tres fuerzas y que depende del Ministerio de Defensa Nacional— le compete principalmente:

1.º Juzgar en única instancia, a los oficiales superiores o sus equivalentes de las fuerzas armadas; y, tratándose de infracciones cometidas en el desempeño de sus cargos, a sus propios vocales, a los miembros de los Consejos de Guerra y a los funcionarios letrados de la justicia militar.

2.º Conocer de las causas falladas por los Consejos de Guerra, por vía de los recursos de infracción de ley y de revisión.

3.º Resolver las cuestiones de competencia entre tribunales militares y los conflictos de atribuciones entre los funcionarios de la justicia militar; informar los casos de indulto y de conmutación de penas y demás funciones de orden administrativo que enumera el Código de Justicia Militar.

Los Consejos de Guerra Permanentes son de dos órdenes: 1.º Para Jefes y Oficiales subalternos; y 2.º Para suboficiales, clases y tropa.

Los primeros, constituidos por oficiales de los cuerpos de comando, son presididos por un oficial del grado de general o sus equivalentes e integrados por seis vocales del grado de coronel o sus equivalentes. En el caso de que estos Consejos fueran comunes para las tres fuerzas, los vocales pertenecerán en igual número a cada una de ellas.

Siempre ha existido un solo Consejo para Jefes y Oficiales, común a las tres fuerzas. Sin embargo, si las necesidades futuras lo requiriesen, el Presidente de la República está expresamente facultado para aumentar su número.

A este Consejo le corresponde intervenir en todas las causas en que figuren como acusados individuos que revisten en la jerarquía de oficiales, salvo los casos de jurisdicción originaria del Consejo Supremo, ya enumerados.

Los Consejos de Guerra para suboficiales, clases y tropa, también constituidos por oficiales del cuerpo de comando, son presi-

didados por un coronel o teniente coronel o sus equivalentes, y se integran por seis vocales del grado de teniente coronel o mayor o sus equivalentes.

Estos Consejos —cuya misión es conocer de aquellas causas en las que los acusados revistan como suboficiales, clases o tropa funcionan en la actualidad separadamente para cada una de las tres fuerzas. En razón de su mayor importancia numérica hay tres para el Ejército, uno para la Marina y otro para la Aeronáutica; correspondiéndoles juzgar, a cada uno de ellos, al personal proveniente de sus respectivas fuerzas.

Ante los Consejos Permanentes, el Ministerio fiscal es ejercido por un oficial del cuerpo de comando, cuya graduación debe ser igual a la de los respectivos vocales.

Cada Consejo Permanente tiene adscrito un auditor, al que le corresponde: vigilar la tramitación de los juicios y asesorar en todo lo que a ellos se refiere; asistir a las deliberaciones y aconsejar a los vocales, y redactar las cuestiones de hecho y la sentencia.

En cuanto a los Consejos Especiales —organismos propios del tiempo de guerra— pueden ser organizados en tiempo de paz, por orden expresa del Presidente de la Nación, en los siguientes casos: 1.º En las unidades de maniobras, en navegación o alejadas de su base o asiento. 2.º En las fuerzas estacionadas en las fronteras de la República o destacadas a más de dos días del asiento de los tribunales permanentes. 3.º Cuando sea necesaria la represión inmediata de un delito para mantener la moral, la disciplina y el espíritu militar de las fuerzas armadas, o se trate de delitos graves, como traición, sublevación, motín, saqueos, vías de hecho contra el superior, ataque a guardia y asesinato de centinela, siempre que la distancia del lugar en que el hecho ha ocurrido no permita la intervención de un Consejo de Guerra Permanente sin perjudicar la rapidez del juicio.

La organización de estos Consejos es singularmente parecida a la de los Permanentes, conforme lo veremos en seguida al tratar de los tribunales en tiempo de guerra, y deben funcionar con el procedimiento de tiempo de paz en los casos de los apartados 1.º y 2.º y con el llamado procedimiento sumario en los del apartado 3.º

### B) *Organización en tiempo de guerra*

Dispone nuestro Código de Justicia Militar que, en tiempo de guerra, funcionarán los tribunales permanentes de tiempo de paz, en cuanto lo permitan las necesidades de la guerra; pero con sujeción al procedimiento especialmente establecido por el propio

Código para esta emergencia, al que nos habremos de referir más adelante.

En las fuerzas en operaciones, la jurisdicción militar será ejercida: 1.º Por los Comandantes en Jefe. 2.º Por los Jefes de las fuerzas, cuando operen independientemente o se encuentren incomunicadas. 3.º Por los Consejos de Guerra Especiales. 4.º Por los comisarios de policía de las fuerzas armadas. En cuanto a las plazas de guerra, puertos militares, bases aéreas y lugares fortificados, esa jurisdicción es ejercida por los gobernadores o jefes respectivos; por los Consejos de Guerra Especiales, a menos que en el lugar funcione un Consejo Permanente; y por los comisarios de policía.

Los Consejos de Guerra Especiales se forman para cada causa y se integran por un presidente y seis vocales, pudiendo estos últimos ser reducidos a tres cuando las circunstancias lo impusieran.

La designación del presidente, del fiscal, del secretario y del auditor es efectuada por los comandantes en Jefe, por los comandantes o jefes superiores o por los gobernadores, según se trate de constituirlo en las fuerzas de operaciones, en las que son independientes u operan incomunicadas o en las plazas de guerra, puertos militares, etc.

En cuanto a los vocales, se los sortea de una lista que es confeccionada al efecto.

Estos Consejos pueden ser de tres órdenes: para oficiales superiores y jefes, para oficiales y para suboficiales, clases y tropa. Según de cual de ellos se trate, son presididos por un general de división, un coronel o un teniente coronel o sus equivalentes, e integrados por generales de brigada o coroneles, por tenientes coroneles o mayores y por capitanes.

Si se trata de juzgar prisioneros de guerra, el Consejo se constituye en función de la graduación o asimilación que aquellos tengan.

#### IV. PROCEDIMIENTOS DE LOS JUICIOS MILITARES

##### A) *Procedimiento ordinario en tiempo de paz*

###### 1. *Sumario:*

La orden de proceder a la instrucción del sumario emana, en la capital federal, de los Secretarios militares o de los funcionarios militares expresamente designados para ello.

Fuera de la capital, esta orden es impartida por los jefes de comandos independientes y por los directores de establecimientos,

cuando unos y otros tengan adscritos jueces de instrucción. En ningún caso los jueces de instrucción pueden iniciar sumario sin que preceda esa orden.

El sumario es secreto, y en él no se admiten debates ni defensas. En principio debe tramitarse en no más de cinco días.

Cuando el Juez Instructor considera que hay motivos suficientes para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito o de una falta, procede a tomarle declaración indagatoria, lo que, en nuestro sistema, equivale al auto de procesamiento.

El Juez, que puede ordenar la detención de todo sospechoso, convertirá esa detención en prisión preventiva en caso de que concurren las tres circunstancias siguientes:

- 1.º Que esté debidamente comprobada la existencia de una infracción que el Código reprima con muerte, reclusión, prisión, degradación o confinamiento;
- 2.º Que al detenido se le haya tomado declaración indagatoria y se le haya hecho conocer la causa de su detención;
- 3.º Que haya datos suficientes, a juicio del instructor, para creer que el detenido es responsable del hecho probado.

La prisión preventiva, a su vez, puede ser rigurosa o atenuada, según cual sea la pena que pueda corresponder al hecho comprobado. La primera se cumple en buque, fortaleza, cuartel o prisión. La otra —atenuada— en el domicilio, el alojamiento o el cuartel.

Practicadas por el Juez todas las diligencias encaminadas a la averiguación de los hechos, expone en un informe detallado la relación sucinta de la prueba, los cargos que resultan contra cada *inculpado*, la *apreciación general de los hechos*, el *pedido fundado de sobreseimiento*, resolución ejecutiva o elevación a plenario y las responsabilidades penales y disciplinarias que surjan contra terceros, descubiertas con motivo del sumario. Este informe es elevado, junto con las actuaciones sumariales, al funcionario militar que lo designó.

La resolución del sumario corresponde exclusivamente al respectivo Secretario, a quien es elevado por la autoridad que dispuso su instrucción, siguiendo la vía jerárquica correspondiente.

Recibido el sumario por el Secretario, éste lo pasa el Auditor General de las Fuerzas Armadas, quien debe expedir dictamen fundado, aconsejando cualquiera de los temperamentos siguientes:

- 1.º La ampliación del sumario, cuando advierta en él omisiones importantes que afectan la validez legal del procedimiento, señalando las diligencias que deban ampliarse o practicarse de nuevo;

2.° El sobreseimiento para todos o algunos de los procesados indicando la clase de sobreseimiento que corresponde:

3.° La elevación de la causa a plenario, indicando, en este caso, a qué Consejo de Guerra corresponde:

4.° La aplicación de sanciones disciplinarias cuando se trate de hechos que deban ser reprimidos con ellas.

Vuelto el sumario al Secretario, éste dicta la providencia que corresponda. Si fuera menester la ampliación del sumario, dispondrá la practique el mismo Juez, y, devuelto por éste el sumario y previo dictamen del Auditor General, expedirá la pertinente providencia.

En cuanto al sobreseimiento, puede ser total o parcial y definitivo o provisional.

## 2. *Plenario.*

Resuelta la elevación a plenario, se remiten los autos al Presidente del Consejo de Guerra, al que corresponde intervenir, el que, como primera providencia, intimará al procesado la designación de defensor, si es que ya no lo hubiera hecho, bajo apercibimiento de designarlo de oficio. El defensor, en todos los casos debe ser un oficial de las fuerzas armadas, sea en situación de actividad o de retiro.

Se señala inmediatamente una audiencia a la que deben comparecer el fiscal y el defensor a oponer las excepciones que tuvieren —incompetencia de jurisdicción, prescripción, cosa juzgada o amnistía— las que, de ser aceptadas pueden ser materia de prueba.

Resueltas las excepciones — y caso de ser rechazadas— se convoca a un nuevo comparendo al fiscal y al defensor, en el que pueden solicitar algunas de las medidas de prueba admitidas por el Código y que son las siguientes:

1.° Ampliación de la indagatoria acerca de puntos que no hayan sido anteriormente indagados o que, habiéndolo sido, sea necesario aclarar;

2.° Testigos que hayan declarado en el sumario, en los mismos casos que en el inciso anterior;

3.° Testigos que no hayan declarado en el sumario: si se tratase de testigos indicados por el procesado y no admitidos, o de testigos indicados durante la instrucción, cuyas declaraciones no se han considerado necesarias, o de testigos que no hayan figurado en el sumario, que con posterioridad al mismo se supiere han tenido conocimiento de los hechos;

4.° Careos, identificaciones, confrontaciones, peritajes, examen de documentos, como también todas las demás diligencias de prueba referentes a la existencia y caracterización del delito y graduación de responsabilidad del acusado, siempre que hubiesen sido deficientemente efectuadas y sea necesario realizarlas de nuevo, o no se hubieren efectuado.

De la resolución del Consejo —que puede también ordenar practicar de oficio cualquiera de las señaladas medidas— no hay recurso alguno, sin perjuicio de las consecuencias que la denegatoria pueda tener en la forma que veremos al referirnos al recurso de infracción de ley.

Producidas las pruebas o luego del comparendo de excepciones, de no haberse aquéllas ofrecido, el expediente pasa sucesivamente al fiscal y al defensor, para que produzcan respectivamente la acusación y la defensa, agregados cuyos escritos la causa queda para ser vista ante el Consejo, a cuyo efecto el Presidente señalará el día y la hora en que ha de realizarse la sesión, que tiene carácter de pública, salvo circunstancias especiales que aconsejen que ella sea secreta.

La vista de la causa se hace ante el Consejo en pleno con presencia del acusado o acusados, fiscal y defensor o defensores.

Comienza la sesión por la lectura del informe del Juez Instructor, de la requisitoria fiscal y de las defensas, después de lo cual el presidente da oportunidad al propio procesado para decir lo que tuviera en su descargo o como ampliación a su defensa.

A continuación se interrumpe la sesión pública y el Consejo pasa a deliberar a la sala de acuerdos donde procede a considerar las cuestiones de hecho que debe formular el auditor. Estas cuestiones de hecho —que hacen referencia, de acuerdo a las constancias de autos, al hecho producido, a la persona de su autor, al tiempo y al lugar en que se produjo y a las circunstancias que pueden influir en la calificación de los hechos y en la clase y duración de la pena— son aprobadas por el Consejo, después de lo cual se reabre la sesión pública a fin de dar lectura de ellas al fiscal y al defensor, quienes pueden reclamar sobre la manera como están referidos los hechos o proponer el agregado de alguna cuestión, sobre todo lo cual el Consejo resolverá al dictar sentencia.

Con esto queda terminada la sesión pública y el Consejo pasa a reunirse —el mismo día o al día siguiente dice el Código— para deliberar sobre la sentencia.

Previa la correspondiente discusión, el Consejo entra a votar las cuestiones de hecho. La votación es nominal y comienza por el más moderno de los vocales, quienes se pronuncian sobre cada



cuestión en los siguientes términos: "está probado" o "no está probado".

Si se declara que el hecho no está probado, se decreta la absolución. En caso contrario, el Presidente somete a votación la siguiente cuestión previa: "¿El hecho probado constituye delito o falta punible?"

Si el voto es negativo, también se pronuncia la absolución. En cambio, de declararse que el hecho constituye delito o falta punible, el Presidente pone a discusión las cuestiones referentes a la aplicación de la ley en el orden siguiente:

1.° Cuál es la calificación legal de la infracción y cuál la disposición de la ley en que está prevista;

2.° Cuál es la calificación legal de las circunstancias con que se ha producido, esto es, si ellas excusan, atenúan o agravan la responsabilidad, y con arreglo a qué disposiciones de la ley;

3.° Cuál es la sanción que corresponde al hecho según la calificación de delito o falta establecida por el tribunal.

Según se advierte, los Consejos de Guerra proceden como jurados en la apreciación de la prueba y como jueces de derecho en la calificación legal de los hechos que declaran probados en la sentencia. Resta agregar —y ello es fundamental dentro de nuestro régimen— que los hechos declarados probados por los Consejos de Guerra, quedan irrevocablemente establecidos, sin que puedan ser modificados por tribunal alguno.

Terminada la votación de las cuestiones de hecho y de las que se refieren a la aplicación de la ley, se encarga al auditor que redacte la sentencia que es suscrita por el Presidente y los vocales, y notificada de inmediato al fiscal, al procesado y al defensor, quienes pueden interponer los recursos a que a continuación nos vamos a referir.

### 3.° *Recursos.*

Contra las sentencias de los tribunales militares hay dos recursos: el de infracción de ley y el de revisión; ambos se dan para ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.

El recurso de infracción de ley se acuerda contra las sentencias definitivas de los Consejos de Guerra y procede en dos casos: 1.° Cuando se ha infringido la ley en la sentencia; y 2.° Cuando hay quebrantamiento de las formas.

En el primer caso, el recurso debe fundarse, taxativamente, en alguna de las siguientes circunstancias: a), en la errónea calificación legal del hecho probado o de sus circunstancias; y b), en

la no aplicación de la pena señalada, o en la errónea o indebida aplicación de la misma.

En el segundo —quebrantamiento de las formas— el recurso sólo puede fundarse:

- 1.º En que no se tomado al imputado declaración indagatoria, ni se ha oído su defensa;
- 2.º En que no se ha dado intervención al fiscal;
- 3.º En que se han omitido diligencias de prueba que han sido ofrecidas y aceptadas como pertinentes y necesarias;
- 4.º En la incompetencia o en la organización ilegal del Consejo que dictó la sentencia.
- 5.º En que se ha incurrido en una nulidad de las expresamente determinadas por el Código.

No todas las sentencias son recurribles, es menester que aquéllas hayan impuesto pena de delito (muerte, reclusión, prisión mayor, prisión menor o degradación) o sanción disciplinaria de destitución o confinamiento.

Por aplicación del principio *non reformatio in peius* del recurso deducido por el fiscal aprovecha también el condenado; si es sólo éste quien recurre, no puede ser aumentada o agravada la pena impuesta por el Consejo de Guerra.

Hay ciertos casos en que los autos deben ser elevados en consulta al Consejo Supremo, aun cuando ningún recurso se haya deducido. Ello ocurre: 1.º Cuando la sentencia fuere de muerte. 2.º Cuando fuere absolutoria y la absolución se fundase en alguna de estas dos causas: a), que el hecho probado no configura delito o falta legalmente prevista; b), que no tiene pena señalada en la ley.

El procedimiento de recurso ante el Consejo Supremo es simple: el recurrente debe fundar sus agravios mediante escrito y de esa pieza se le da traslado a la otra parte. Con ello, la causa queda en condiciones de ser vista en definitiva.

En el acuerdo se distinguen y votan previamente las cuestiones relativas a la legalidad o ilegalidad de las excepciones que hubieran sido opuestas ante el Consejo de Guerra, supuesto que éste las haya rechazado.

Debatidas las excepciones, el Presidente pone a discusión y votación la existencia o inexistencia de las causales invocadas como fundamento del recurso, procediendo a declarar firme la sentencia en el caso de que la votación sea por la negativa.

Si, en cambio, la votación admite la existencia de las causales de nulidad invocadas y si ellas consisten en la infracción de la ley en la sentencia, el Consejo Supremo la anula, y partiendo de los hechos irrevocablemente establecidos en aquélla, pronuncia nueva y definitiva sentencia. El art. 460 establece expresamente

que "en ningún caso el Consejo Supremo podrá modificar los hechos votados por el Consejo de Guerra, ni hacer apreciaciones sobre la prueba de esos hechos"

En el supuesto de que el tribunal admita que ha existido quebrantamiento de las formas —infracción de las reglas del debido proceso— el Consejo Supremo declara la nulidad de las actuaciones a partir del estado en que se encontraban cuando se cometió la violación u omisión que la ha determinado y devuelve el expediente al Consejo de Guerra correspondiente, para que el juicio se instruya y se sentencie de nuevo

En cuanto a las sentencias elevadas en consulta, cuando el Consejo Supremo considera que ellas no han sido dictadas de acuerdo a las prescripciones de la ley, las reforma en lo pertinente.

El recurso de revisión se acuerda contra las sentencias firmes de los tribunales militares y su efecto es suspender o interrumpir el cumplimiento de las mismas. Procede en los siguientes casos:

1.° Cuando en virtud de sentencia contradictoria, estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no ha podido ser cometido más que por una sola;

2.° Cuando alguien esté cumpliendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena;

3.° Cuando alguien esté cumpliendo condena en virtud de sentencia cuyo fundamento haya sido una prueba declarada después falsa, por sentencia firme en causa criminal.

4.° Cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna.

*El recurso se inicia ante la Secretaría militar que corresponde, la que, luego de oír al Auditor General de las Fuerzas Armadas, y si considera que hay razón para deducirlo, lo remite al Consejo Supremo, donde se sentencia oyendo previamente al fiscal general y a los interesados.*

#### 4. *Ejecución de las sentencias militares.*

La ejecución de las sentencias firmes de los tribunales militares debe ser ordenada por el Presidente de la República, salvo las que en tiempo de guerra pronuncien los Consejos Especiales en las plazas fuertes, fuerzas militares o de operaciones independientes, cuyo cumplimiento es dispuesto por los respectivos gobernadores o comandantes.

El Presidente de la República, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas de Tierra, Mar y Aire de la Nación, y en

ejercicio de los llamados poderes de guerra que le concede la Constitución Nacional, puede, no obstante el "cúmplase" puesto a las sentencias de los tribunales militares, ejercer las siguientes facultades:

1.º La de perdonar, mediante indulto, la pena de delito impuesta en la sentencia;

2.º La de sustituir, mediante conmutación, la pena de delito impuesta en la sentencia, por otra más benigna;

3.º La de aumentar, sustituir, disminuir o perdonar la sanción disciplinaria impuesta en la sentencia;

4.º La de imponer sanción disciplinaria cuando en la sentencia se considere que el hecho que ha sido sometido al tribunal no constituye infracción delictiva;

5.º La de devolver la sentencia al tribunal que la dictó para que sea fallada la causa de nuevo, cuando en juicio posterior, seguido contra los jueces que fallaron, se hubiere declarado que dicha sentencia era injusta, por haber sido dictada mediante prevaricación o cohecho.

### C) *Procedimientos extraordinarios*

#### 1. *Procedimientos en tiempo de guerra.*

Dispone el Código de Justicia Militar que, en tiempo de guerra, el juicio seguirá en lo posible los trámites fijados para tiempo de paz, salvo que, a juicio de las autoridades militares que ordenen la instrucción de la causa, y atendiendo a las exigencias de la disciplina o a razones de urgencia, resuelva imprimirle trámite sumario y verbal.

El juicio sumario y verbal, que es dispuesto por la respectiva autoridad militar ante la noticia de que se ha cometido un delito de competencia de la justicia militar, se desarrolla ante los tribunales permanentes o especiales creados por el Presidente de la República para las fuerzas en campaña o, en el caso de que no existan estos Consejos, ante un Consejo especial, cuyo presidente, fiscal, auditor y secretario son designados por el propio jefe de la fuerza, y que se integra con el número de vocales que hemos indicado anteriormente, sorteados por el Presidente del Consejo en presencia del fiscal y del defensor del presunto implicado.

Las diligencias investigatorias son practicadas breve y sumariamente por el Presidente, asistido por el secretario quien, caso de que ellas no dieren resultado, lo hace saber a la autoridad mi-

litar que lo designó, para que decrete el sobreseimiento o provea lo que a su juicio estime conveniente.

Si de esas diligencias aparece comprobado *prima facie* el hecho y la persona de su autor, se constituye el Consejo y, abierta la audiencia, el Presidente procederá:

1.° A ratificar, en presencia del defensor y del fiscal, si éstos lo pidieren, todas las diligencias sustanciales que sin conocimiento del Consejo se hubieren practicado antes de su constitución;

2.° A examinar a los testigos que hubiesen de declarar, para cuyo efecto el defensor y el fiscal solicitarán que se les haga comparecer;

3.° A nombrar y a citar perito, si fuera necesario, para practicar algún reconocimiento pericial;

4.° A tomar al imputado presente, declaración indagatoria conforme a las disposiciones aplicables del procedimiento en tiempo de paz.

De las declaraciones del imputado y los testigos se toma nota en lo sustancial, como, así, también de los careos, debiendo practicarse la prueba pericial —si ella fuera procedente— ante el mismo Consejo.

Clausuradas las diligencias de prueba, las actuaciones son puestas a disposición del fiscal y el defensor, por un plazo que no puede exceder de tres horas, debiendo expedirse ambos en forma oral, sin perjuicio de que se deje constancia escrita de las partes sustanciales de la argumentación que en ambas piezas se desarrolle.

De inmediato, desocupada la sala donde se ha reunido el Consejo, se formulan las cuestiones de hecho en la misma forma del procedimiento en tiempo de paz y, en acuerdo secreto, se procede a la discusión y resolución de las cuestiones propuestas y a dictar la pertinente sentencia.

Notificada ésta al fiscal, procesado y defensor, éstos tienen plazo de una hora para interponer los recursos, que se deducen ante el propio Consejo de Guerra, el que al otorgarlo remite la causa a la autoridad militar pertinente. Esta, previa vista del auditor si lo tuviera o de un auditor *ad hoc*, en su caso, resolverá, sin más trámite lo que corresponda: mandando, de confirmarse la sentencia, que ella sea ejecutada.

## 2. Juicio sumario en tiempo de paz.

Los juicios sumarios en tiempo de paz sólo tendrán lugar cuando sea necesaria la represión inmediata de un delito para mantener la moral, la disciplina y el espíritu militar de las fuerzas ar-

madas y cuando se trate de delitos graves, como traición, sublevación, motín, saqueo, vías de hecho contra superiores, ataque a guardias y asesinato del centinela.

En tales casos se utiliza el procedimiento sumario de tiempo de guerra, correspondiendo su aplicación o a los Consejos de Guerra permanentes o a los especiales (a éstos, cuando la distancia del lugar en que el hecho se ha producido no permite la intervención de un Consejo de Guerra permanente, sin perjudicar la rapidez del juicio)

Los recursos se promueven ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, siendo el procedimiento el mismo establecido en el juicio sumario en tiempo de guerra, esto es, que el debate no se reabre, sino que la sentencia se dicta sin ninguna clase de sustanciación.

\* \* \*

Con las páginas que anteceden he querido hacer un esquemático más objetivo posible, de la competencia de la Justicia Militar en la República Argentina, de los organismos que la integran y de los procedimientos que se aplican, sea en tiempo de paz o de guerra

La larga vigencia de esta legislación —como ya he dicho, sus estructuras fundamentales se conservan intactas desde hace más de sesenta años— ha permitido comprobar su plena eficacia, tanto como instrumento destinado a afianzar la subordinación y la disciplina como en cuanto organismo estrictamente de justicia. El debido proceso y la libre defensa en juicio —garantizadas ampliamente por nuestra Constitución Nacional— hallan amparo en las normas vigentes y la experiencia ha demostrado que el sistema, aplicado por hombres altamente imbuídos de espíritu de equidad, permite dictar una justicia justa, haciendo compatibles los intereses de la disciplina con los no menos sagrados que están insitos en la calidad de ciudadanos que invisten los integrantes de las fuerzas armadas.

# ORGANIZACION Y COMPETENCIA DE LAS JURISDICCIONES MILITARES FRANCESAS (\*)

por Gratien GARDON

Magistrado Militar, General jefe  
del Servicio Común de las Justicias  
Militares de las Fuerzas Armadas

El estudio de las Jurisdicciones Militares francesas puede, quizá más que otros, provocar reflexiones sobre el destino de las instituciones humanas. He aquí, en efecto, unas instituciones que, al iniciarse el siglo, eran objeto de las violentas críticas de una parte considerable de la opinión y que parecían destinadas, al menos en tiempo de paz, a una próxima desaparición. La supresión de estas instituciones acababa de decidirse por el Parlamento cuando se produjo el estallido de la Primera Guerra Mundial. Mantenido, al terminar el conflicto, con atribuciones limitadas y secundarias, podemos verlas, sin embargo, ocupar desde hace veinte años un lugar destacado en el conjunto de la organización judicial francesa.

Esta vuelta al favor, esta evolución, ¿no resulta, en cierto modo, sorprendente? Cualquiera espíritu deseoso de información ¿podrá en lo sucesivo ignorar, al menos en sus líneas esenciales, una institución llamada a conocer, en ocasiones, las causas y procedimientos más destacados?

La Ley de 9 de marzo de 1928, completada y modificada por la de 4 de marzo de 1932, constituye aún la base fundamental de la Justicia Militar. Pero si nos limitáramos a su solo estudio no se obtendría, en el año 1960, más que una visión imperfecta y muy inexacta de la cuestión considerada en su conjunto, puesto

---

(\*) *Nota de la Redacción.*—El presente estudio refleja la legalidad existente en 7 de abril de 1960. Posteriormente se han introducido en ella algunas modificaciones.

que textos posteriores han terminado por alterar de manera casi completa la fisonomía de aquellas Jurisdicciones Militares que, el legislador de 1928, consintió apenas que sobrevivieran.

Entre estos textos resaltan como principales:

Los Decretos-leyes de 20 de julio de 1939, dictados en vísperas de la Segunda Guerra Mundial y destinados a hacer frente a situaciones de urgencia.

Una Ley, de 3 de abril de 1955, que regula y define el *estado de urgencia*.

Y, por último, varios decretos y ordenanzas dictadas dentro del marco de los poderes especiales otorgados por el Parlamento para asegurar la represión del terrorismo, tanto en Argelia como en la metrópoli.

Examinaremos sucesivamente, desde el punto de vista de su organización y de su competencia, la situación de la Justicia Militar tal como se nos presenta en la Ley de 9 de marzo de 1928. Veremos a continuación las modificaciones esenciales aportadas por los decretos-leyes de 1939, tras ellas, las reglas especiales que regulan la Justicia Militar en el *estado de guerra*, en el *estado de sitio* y el *estado de urgencia*, y, finalmente, algunas innovaciones debidas a la organización de la represión en Argelia y la metrópoli.

## I. LA LEY DE 9 DE MARZO DE 1928

Se organizaban en ella los Tribunales de excepción, denominados entonces *Tribunales Militares*, que venían a sustituir a los antiguos *Consejos de Guerra*, previstos en el Código de 1857. El legislador, por otra parte, hacía patente su voluntad de modelar, de la forma más exactamente posible, las *Jurisdicciones Militares* sobre el patrón de los Tribunales de Derecho común u ordinario. (Estos Tribunales Militares se han convertido, por Decreto-ley de 22 de septiembre de 1953, en los *Tribunales Permanentes de las Fuerzas Armadas*.)

El número, residencia y ámbito territorial se fijan por decreto. Actualmente existen en la Francia metropolitana nueve Tribunales Permanentes de las Fuerzas Armadas, uno por Región militar. En Argelia existen doce, y, entre ellos, los de Argel, Orán y Constantina. En los territorios de Ultramar, los Tribunales Militares de Dakar y de Tananarive. Y, en fin, los Tribunales de los Ejércitos franceses de Casablanca y de Landau (Alemania).

EN TIEMPO DE PAZ. ORGANIZACIÓN.—La presidencia de estos Tribunales se encuentra confiada a un Magistrado civil. Esta es una reforma esencial de la Ley de 1928, puesto que bajo la vigencia del Código de 1857, el Consejo de Guerra, aun en tiempo de paz,



se componía únicamente de militares. El inconveniente principal del sistema del Código, que se trató de remediar, era que el Presidente, la mayor parte de las veces sin demasiados conocimientos jurídicos, podía encontrarse en situación muy embarazosa al surgir incidentes de orden procesal.

*Seis Jueces militares asisten al Presidente. Estos asesores tendrán, por lo menos, la edad de veinticinco años, y su grado varía según el grado del inculpado, siendo el principio fundamental, el de que un militar sólo puede ser juzgado por sus superiores o por sus iguales. Sin embargo, y dada la dificultad de encontrar en tiempo de paz un soldado, un cabo u otra clase de tropa mayor de veinticinco años, la Ley prevé únicamente la presencia de un Suboficial, como Juez de grado menos elevado para el enjuiciamiento de los soldados, cabos y clases de tropa.*

La Ley de 1928 trajo otra innovación al crear el Cuerpo autónomo de Justicia Militar. En efecto, en cada Tribunal encontraremos:

Un Comisario del Gobierno.

Un Juez de instrucción militar y un número variable de sustitutos, según la importancia del Tribunal.

Un Oficial, jefe de la Secretaría (*greffe*); y

Un Suboficial, con funciones de Oficial de Secretaría y agente judicial, para las notificaciones, el archivo y el correo (*huissier appariteur*).

Los puestos de Comisario del Gobierno y Juez de instrucción han de ser obligatoriamente desempeñados por personas diferentes. La defensa corresponde a Letrados civiles, o a militares con autorización del General.

COMPETENCIA.—Hemos de distinguir la competencia *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione loci*.

*Ratione materiae*.—El principio general es el de que los Tribunales Militares solamente entienden en las infracciones militares. Parece lógico, en efecto, que se lleven ante los Tribunales de Derecho común las infracciones de Derecho común, y ante los Tribunales Militares, tribunales de excepción destinados esencialmente a juzgar a los militares, las infracciones militares.

Mientras que bajo el imperio del Código de 1857 se atribuía la competencia para entender del asunto al Consejo de Guerra simplemente por la condición de militar del autor de la infracción, la Ley de 1928 entiende que la condición de militar no basta por sí para que el inculpado comparezca ante la Jurisdicción Militar, sino que la naturaleza de la infracción cometida ha de tenerse también en cuenta. En su consecuencia, y en principio, sólo los delitos militares se someten a los Tribunales Militares, y los delitos de Derecho común, aunque sean cometidos por militar.

caen dentro de la esfera de competencia de los Tribunales ordinarios. Sin embargo, la Ley de 1928 admite dos excepciones a este principio: el delito cometido por un militar en establecimiento militar o en la casa donde se halle alojado, cae dentro de la esfera de competencia del Tribunal Militar. El legislador pensó, indudablemente, que el delito realizado en tales lugares atentaba a la disciplina, cualquiera que fuese su naturaleza.

A la noción de establecimiento militar, cuya definición resultaba algo dificultosa, vino a añadirse, tardíamente (decretos-leyes de 28 de julio de 1939), la noción de servicio.

Por consiguiente, se puede sintetizar la cuestión en la siguiente regla: *corresponden a la competencia de los Tribunales Militares las infracciones militares y aquellas infracciones de Derecho común cometidas por militares en establecimiento militar, en casa donde se encuentre alojado o en servicio.*

*Ratione personarum.*—Son juzgados por los Tribunales Militares: los militares en activo servicio, los militares presentes en filas y los prisioneros de guerra. A esta lista hay que añadir: los militares que, no obstante no prestar servicio, quedan a disposición del Gobierno y perciben un sueldo, tales como los Oficiales disponibles y los militares apartados temporalmente del servicio con sueldo, los marinos cómplices de militares, los excluidos del servicio y los extranjeros cómplices de militares.

Una excepción se refiere a los gendarmes y guardias republicanos que cuando cometen una infracción en el ejercicio de sus funciones relativas a la policía judicial, caen en la esfera de competencia de las jurisdicciones de Derecho común, sistema lógico, puesto que actúan como agentes de la policía judicial, es decir, en una función civil.

Otra excepción más importante es la que hace referencia a los casos de complicidad, puesto que los militares perseguidos por una infracción que normalmente corresponde a la competencia de la Jurisdicción Militar, si la han cometido en complicidad o coautoría con franceses no justiciables ante estas Jurisdicciones, son sometidos, en unión de éstos, a los Tribunales de Derecho común.

*Ratione loci.*—Siendo la Jurisdicción Militar competente también, por razón de la materia y por razón de la persona, tres Tribunales pueden ser tradicionalmente competentes por razón del lugar. Estos son: el del lugar del delito, el del lugar de la detención y el del lugar de residencia del delincuente. En caso de conflicto entre Tribunales Militares ha de resolverse la cuestión de competencia planteada.

EN TIEMPO DE GUERRA.—*Organización.*— En tiempo de guerra volvemos a encontrarnos con los Tribunales Militares, pero aparecen nuevas instituciones: los *Tribunales militares de casación*

y los *Prebostazgos*. Por otra parte, existen diferencias esenciales que nos obligan a distinguir entre la zona del interior y la zona de operaciones (*des Armées*).

*En el interior.*—Los Tribunales Militares de las circunscripciones territoriales funcionan, en principio, como los Tribunales Militares en tiempo de paz, y así encontramos un Tribunal Militar por Región militar. Se compone de siete Jueces, pero el Presidente ya no es un Magistrado de carrera, sino un Jefe, normalmente con grado de Teniente Coronel o Coronel. Se produce, en su consecuencia, un retorno, criticable, al sistema del Código de 1857, puesto que ampliada considerablemente la competencia de los Tribunales Militares en tiempo de guerra, tanto respecto a las personas a ellos sometidas como a las infracciones de que les corresponde conocer, resultaría aún más aconsejable que en tiempo de paz la ciencia jurídica aportada por un Magistrado profesional. Se vuelve al principio de enjuiciamiento por los iguales, y, así, cuando el inculcado es un soldado, un cabo o una clase de tropa, nos encontramos con un Juez de grado equivalente. La dificultad a la que anteriormente hacíamos referencia y que se presentaba en tiempo de paz, desaparece en tiempo de guerra, puesto que la movilización aporta a las filas un nutrido contingente de soldados, cabos y clases, mayores de veinticinco años. El Tribunal se completa con Oficiales de la reserva y Oficiales asimilados.

Pero la principal innovación de la Ley de 1928 reside en la creación de los *Tribunales militares de casación*. Su número, el lugar de su residencia y su competencia territorial se fijan por decreto. Se componen de un Presidente, Magistrado del Tribunal de Apelación, y cuatro asesores, dos Magistrados y dos Oficiales superiores. El Tribunal posee también un Comisario del Gobierno y un Secretario (*Greffe*). La defensa se designa al igual que en tiempo de paz. La misión de estos Tribunales es asegurar el control de la legalidad, sustituyendo al Tribunal de Casación.

*En operaciones.*—La Justicia Militar sufre en la zona de operaciones una profunda transformación. Los Tribunales Militares de los Ejércitos son tribunales de carácter temporal y extienden su competencia a la zona territorial en que se encuentra la unidad militar a la que están agregados. Su número es, por consiguiente, esencialmente variable. Su composición se reduce a cinco miembros, teniendo en cuenta la dificultad que pudiera constituir el designar siete como en circunstancias normales. El Presidente es, como en la zona del interior, un Oficial superior. Se admite el principio del enjuiciamiento por los iguales, y, por lo tanto podremos encontrar en el Tribunal un soldado, un cabo o cualquier otra clase de tropa.

Una condición suplementaria se establece. Los Jueces han de

pertenecer a una unidad combatiente o haber sido heridos en combate. Esta exigencia constituye una garantía más que se concede al inculpado, puesto que la permanencia en el frente permite comprender y, a veces, excusar ciertas actuaciones.

Los *Tribunales militares de casación* tienen también en los Ejércitos una composición muy diferente de la que expusimos para los de las circunscripciones territoriales. Los Magistrados de carrera desaparecen y el Tribunal se compone de cinco militares: un Oficial General, Presidente, y cuatro Asesores, de los cuales dos son Coroneles o Tenientes Coroneles, y dos Comandantes. Como se ve, ninguno de los miembros del Tribunal Militar de Casación, constituido en estas circunstancias está obligado a probar conocimiento jurídico alguno, innovación muy discutida, puesto que el papel que han de desempeñar estos tribunales es precisa y únicamente el de resolver sobre cuestiones de Derecho. El Tribunal cuenta también con un Comisario del Gobierno y un Secretario.

Por último, cuando el Ejército se encuentra en *territorio extranjero*, aparecen los prebostazgos, jurisdicciones rudimentarias constituidas por el Preboste, que, asistido de un Secretario, está autorizado para juzgar asuntos simples y poco importantes en principio.

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES EN TIEMPO DE GUERRA.—Cabe también distinguir entre la zona del interior y la zona de operaciones.

*En el interior.*—La competencia, por razón de la materia, sufre una considerable ampliación. El principio de la competencia personal es sustituido por el de la competencia real. Los Tribunales Militares conocen de todas las infracciones cometidas por los militares o sus asimilados, aunque se trate de infracciones de Derecho común. En su consecuencia, ya no es necesario acudir a las nociones de establecimiento militar o de servicio. En cambio, ninguna variación se introduce respecto a la competencia por razón de la persona y por razón del lugar. Los Tribunales militares de casación son competentes para entender de los recursos interpuestos contra los fallos de los Tribunales Militares radicados en su circunscripción.

*En la zona de operaciones.*—La competencia por razón de la materia es la misma que la de los Tribunales Militares de las circunscripciones territoriales.

La competencia por razón de la persona varía:

a) Cuando los Ejércitos se encuentran en *territorio nacional*, los Tribunales Militares conocen, no sólo de los crímenes y delitos cometidos por militares o asimilados, sino también de los cometidos por personas afectas al Ejército. Así, respecto a los marinos prestando servicio en tierra: los individuos empleados en

los Estados Mayores, Administración y Servicios del Ejército, los cantineros, vivanderos, comerciantes y criados.

b) Cuando el Ejército está en territorio nacional, pero en *presencia del enemigo*, la competencia se extiende, además, a los extranjeros y a todos los autores o cómplices de cualquier infracción comprendida en el Código de Justicia Militar.

c) Cuando el Ejército se encuentra en *territorio enemigo*, la competencia se amplía, puesto que, en casos de complicidad, se resuelve en favor de los Tribunales Militares. Ha de hacerse la observación de que el territorio ocupado y el territorio bajo mandato se asimilan al territorio enemigo.

En cuanto a la competencia territorial, los Tribunales de División o fuerzas destacadas son competentes respecto a los militares que ostenten graduación hasta Capitán o asimilado. Los Tribunales de Cuerpo de Ejército son competentes respecto a aquéllos que pertenecen al Cuerpo de Ejército, pero no encuadrados en un División, y a los Comandantes y Coroneles de las Divisiones. Los Tribunales de Ejército son competentes respecto a los elementos del Ejército.

Al igual que en las circunscripciones territoriales, los Tribunales militares de casación resuelven sobre los recursos interpuestos contra los fallos y decisiones dictados por los Tribunales Militares, y, además, tanto en los Ejércitos como cuando ha sido proclamado el estado de guerra o el estado de sitio, cumplen la misión de jurisdicción de apelación respecto a las decisiones del Juez de instrucción.

Por último, los prebostazgos extienden su competencia a todo el territorio ocupado por el Ejército y a sus flancos y retaguardia en territorio extranjero y conocen de las infracciones de policía respecto a todos los individuos, sean o no militares.

#### LOS DECRETOS-LEYES DE 29 DE JULIO DE 1939

Estos decretos, dictados en materia de crímenes y delitos contra la seguridad del Estado, han modificado de manera profunda las normas de competencia de los Tribunales Militares.

Durante largo tiempo, el Derecho francés consideró estos crímenes y delitos como infracciones de tipo político, y, abolida la pena de muerte para los delitos políticos por la Revolución de 1848, era la deportación en recinto fortificado la pena más grave que a sus autores se podía imponer.

Estos crímenes, en tiempo de paz, estaban sometidos a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios, incluso cuando su autor era militar. Sólo en tiempo de guerra los militares e incluso, a veces, los civiles, particularmente por aplicación de la Ley de 1849

sobre el estado de sitio, respondían de ellos ante los Tribunales Militares.

La Ley de 1928, en su art. 253, parecía enfocarse hacia la aplicación de las leyes ordinarias, en casos bien definidos, a los no militares, de tal forma que la represión de las infracciones contra la seguridad del Estado se había tornado insuficiente como venía a demostrarlo anualmente las estadísticas. Un decreto de 29 de julio de 1939 vino a remediar este estado de cosas. En lo sucesivo los crímenes y delitos contra la seguridad exterior del Estado tendrían la consideración de infracciones de derecho común, y su enjuiciamiento correspondería, cualquiera que fuesen sus autores (franceses o extranjeros, civiles o militares), a los Tribunales Militares, en la siguiente forma:

En tiempo de paz como en tiempo de guerra los *crímenes* contra la seguridad exterior del Estado serán juzgados por los Tribunales Militares. En tiempo de guerra, los *delitos* contra la seguridad exterior del Estado corresponden igualmente a la competencia de las jurisdicciones militares. En tiempo de paz los *delitos* antedichos son juzgados por las jurisdicciones militares siempre que no se trate de delitos de prensa o de infracciones previstas en el art. 80 del Código penal (atentados a la integridad del territorio, o que tengan por efecto perjudicar la situación militar o diplomática de Francia).

Por otra parte, se introdujo una modificación en la organización de las jurisdicciones militares cuando éstas han de juzgar en tiempo de paz a personas no pertenecientes al Ejército. En estos casos, los Tribunales Militares se compondrán de nueve miembros, puesto que dos Magistrados civiles asisten al Presidente, igualmente perteneciente a la carrera judicial.

Esta reforma ha sido objeto de críticas por parte de ciertos autores. M. PARIS, Presidente de la Sala de lo Criminal en el Tribunal de Casación, señala que la reforma parece aceptable por lo que respecta al juicio. Las infracciones contra la seguridad exterior del Estado —dice— tienen muchas veces un aspecto técnico que podrá ser apreciado más ajustadamente por los jueces militares. Por otra parte, en esta materia, las formas de represión deben de tener un carácter intimidatorio. Y, por fin, la propia estructura de los Tribunales Militares constituidos en auténtico tribunal colegiado, compuesto por seis Jueces militares y tres Magistrados civiles, ofrece a los inculcados considerables garantías. Por el contrario, en lo que hace referencia al ejercicio de la acción pública, que la orden de informar, firmada la mayor parte de las veces por un General, desencadena, cabe preguntarse y especialmente respecto a la instrucción seguida contra civiles, si constituye la mejor fórmula ésta, en la que el honor y la libertad de los ciudadanos quedan así sometidos a la iniciativa de un

Jefe militar. Igualmente, en la fase de instrucción, puede ser discutible que los Jueces de instrucción militares, sometidos a las normas de jerarquía y a la disciplina militar, y que, por consiguiente, no gozan de una total independencia, dispongan respecto a los ciudadanos de todos los poderes concedidos a los Jueces de instrucción civil, como son las atribuciones de procesamiento, prisión preventiva, registro e incautación.

### III. LAS SITUACIONES ESPECIALES: ESTADO DE SITIO, ESTADO DE GUERRA Y ESTADO DE URGENCIA

El *estado de sitio* es definido y regulado por la Ley de 9 de agosto de 1949 con las reformas y complementos introducidos por textos posteriores, de los cuales, el último, cronológicamente, es una ordenanza de 20 de diciembre de 1944. Ha de ser declarado por Ley.

El *estado de guerra* no debe ser confundido con *tiempo de guerra*; en la terminología técnica militar se ha reservado desde antiguo la expresión de estado de guerra a determinadas situaciones que pueden producirse tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Se establece por decreto.

El *estado de urgencia* es una noción muy reciente definida por Ley de 3 de abril de 1955. Puede ser declarado "en la totalidad o parte del territorio metropolitano de Argelia o de los Departamentos de Ultramar en caso de peligro inminente, resultado de atentados graves contra el orden público o en caso de sucesos que presenten, por su naturaleza y gravedad, el carácter de calamidad pública". Sólo puede ser declarado por una Ley, que al propio tiempo fija su duración.

Estas situaciones especiales tienen su influjo en la organización y la competencia de las jurisdicciones militares:

*En la organización.*—La residencia de los Tribunales puede ser desplazada y nuevos Tribunales pueden ser creados. El artículo 10 del Código de Justicia Militar, relativo a la composición del Tribunal Militar para el enjuiciamiento de personas extrañas al Ejército, inculpadas "de crímenes o delitos contra la seguridad exterior del Estado" y que, como decíamos, prevé la incorporación de dos Magistrados civiles, es inaplicable.

Por último, las decisiones de los Tribunales Militares escapan a la competencia del Tribunal de Casación para depender de los Tribunales militares de casación.

*En la competencia.*—*En el estado de guerra*, la competencia es la concedida a los Tribunales Militares de los Ejércitos en operaciones.

*En el estado de sitio*, los Tribunales Militares pueden reivin-

dicar el conocimiento de todas las infracciones que afecten a la defensa nacional, con una competencia facultativa y variable, según que el estado de sitio sea consecuencia de guerra internacional o de la inminencia de un peligro interior.

*En el estado de urgencia*, la competencia siempre facultativa, alcanza aún mayor extensión. Abarca todos los crímenes y todos los delitos y conexos que normalmente corresponden a la *Cour d'Assises* del Departamento.

#### IV. COMPETENCIA DE LAS JURISDICCIONES MILITARES EN LOS DEPARTAMENTOS DE ARGELIA Y EL SÁHARA

El Decreto de 7 de abril de 1959, que deroga el de 17 de marzo de 1956, dispone que cada Tribunal Militar puede constituirse en una o varias Salas, y que la presidencia corresponderá a un Magistrado movilizado o a un Magistrado militar.

Desde el punto de vista de la competencia, los Tribunales Militares conocen cuando los hechos se han cometido con posterioridad al 30 de octubre de 1954, aparte de un cierto número de infracciones enumeradas por el art. 20 del Decreto, y previstas en el Código penal o en leyes especiales, y de todos los crímenes y delitos que atentan a la defensa nacional. Esta competencia es facultativa, es decir, que los Tribunales Militares sólo son competentes cuando la autoridad militar, investida de poderes judiciales, reclama el asunto al tribunal de jurisdicción de Derecho común con respecto a las infracciones enumeradas en el art. 20.

Análogo sistema se prevé para la metrópoli. La Ordenanza de 8 de octubre de 1958 admite la reivindicación cuando los hechos enumerados en el art. 1.º de dicho texto y que hacen referencia, en general, a crímenes o delitos atentatorios a la defensa nacional, han sido cometidos con posterioridad al 30 de octubre de 1954, con la finalidad de aportar una ayuda directa o indirecta a los rebeldes de los Departamentos argelinos.

Por último, un Decreto de 12 de febrero de 1960, destinado a reemplazar el Decreto de 7 de abril de 1959, dispone que un Tribunal Permanente de las Fuerzas Armadas será creado en el Cuartel General del Mando de cada zona militar. Los Tribunales Militares pueden constituirse con una o varias Salas y actuar en cualquier lugar, dentro de su circunscripción, que comprende el conjunto del territorio de la zona.

A fin de acelerar el procedimiento y de hacer más eficaz la represión judicial, y con vistas también a "transportar al marco del Ejército la organización de los Tribunales de Derecho común", el decreto introduce tres reformas principales en la organización y la competencia de las jurisdicciones militares en Ar-



gela. Por una parte, la presidencia de los Tribunales se confía nuevamente, de manera exclusiva, a un Magistrado civil, y por otra parte, cargos de *Procuradores militares* son creados en cada sector y *Abogados generales militares* se sitúan junto a los Comandantes de Zona, a los Generales Comandantes de Cuerpo de Ejército y el General Comandante en Jefe. El Procurador militar asume la dirección de la policía judicial y pone en movimiento la acción pública, llevando al inculpado directamente ante el Tribunal Militar, bajo el control y por delegación del Comandante de la Zona. Los Tribunales Militares, además de la competencia normal prevista por los Códigos de Justicia Militar, conocen *exclusivamente y de pleno derecho* de todos los crímenes y delitos contra la seguridad exterior del Estado y de todos los crímenes y delitos de derecho común, cuando sean cometidos con la finalidad de ayudar directa o indirectamente a los rebeldes.

#### CONCLUSIÓN

La sumaria exposición que acabamos de hacer, demuestra claramente hasta qué punto ha sido rebasada la Ley de 9 de marzo de 1928 que sentaba el principio de que sólo serían juzgadas por los Tribunales Militares las infracciones de tipo militar cometidas por militares.

Tanto en la metrópoli como en Argelia, los Tribunales Militares conocen hoy no solamente de infracciones militares, sino de un gran número de infracciones de derecho común, ya sea por aplicación de los decretos-leyes de 1939 o bien en virtud de normas especiales.

La misión de los Tribunales Militares se ha convertido en delicada y extensa, y ello explica el importante lugar que han adquirido en la organización judicial del país.

# LA JURISDICCION MILITAR EN DINAMARCA

por S. B. NYHOLM

Primer sustituto del Auditor General  
de Dinamarca

## I

Con arreglo al Código de Procedimiento Penal Militar núm. 542 de 4 de octubre de 1919, y núm. 123 del 12 de abril de 1954, publicado con modificaciones por Decreto núm. 261 de 21 de julio de 1954, quedan sometidas al Derecho penal militar danés:

a) Todas las infracciones del Código penal militar número 114 de 7 de mayo de 1937, publicado por Decreto-ley número 262 de 21 de julio de 1954.

b) Todas las infracciones de las leyes nacionales cometidas por un militar durante el servicio o con ocasión de él, toda infracción cometida en lugar militar y todo atentado al honor de un militar.

c) Las infracciones cometidas por los prisioneros de guerra o internados extranjeros.

Si una persona ha cometido dos infracciones previstas la una en el Código de Procedimiento Penal Militar y la otra en el Código de Procedimiento Penal Ordinario, quedarán sometidas las dos al Código de Procedimiento Penal Militar.

En tiempo de paz se encuentran sometidos al Derecho penal militar todos los militares (soldados, oficiales y personal del Cuerpo de Auditores) hasta la terminación de su servicio, aunque para ciertas reglas de Derecho penal militar lo estén hasta veinticuatro horas después del servicio. También los internados militares extranjeros.

En tiempo de guerra quedan sometidos al Derecho penal militar, además de las personas antes mencionadas, las que siguen al Ejército, los prisioneros de guerra, de acuerdo con los Convenios internacionales, y cualquier persona culpable de atentar a la seguridad militar.

El Código penal militar es aplicable a las infracciones cometidas en Dinamarca y en el extranjero, así como a las que se cometan contra un país aliado de Dinamarca.

Estas infracciones que acabamos de enumerar son juzgadas por los tribunales ordinarios y sometidas al Código de Procedimiento civil de 11 de abril de 1956, modificado últimamente por la Ley número 218 de 11 de junio de 1959, que regula el funcionamiento y la competencia de los tribunales, tanto en asuntos comunes como militares, a menos que el Código de Procedimiento Penal Militar disponga otra cosa. De estos casos de excepción trataremos más adelante.

Los tribunales ordinarios son los *tribunales de primera instancia*, compuestos por un Juez profesional y dos Jueces no profesionales, simples ciudadanos, que no son obligatoriamente militares en estos casos, y los *tribunales de apelación* que se componen de tres Jueces profesionales y otros tres no profesionales. Si la pena puede rebasar los ocho años de prisión, los tres Jueces no profesionales son reemplazados por un jurado de doce miembros. El Tribunal Supremo se compone únicamente de Jueces profesionales, generalmente en número de cinco.

Pronunciada una sentencia por un *tribunal ordinario*, el condenado puede entablar recurso ante el *tribunal de apelación*. El recurso ante el Tribunal Supremo sólo puede ser admitido con la autorización del Ministro de Defensa, salvo cuando el tribunal de apelación actuó como tribunal de primera instancia.

Las reglas especiales del Código de Procedimiento Militar que rigen —aparte del Código de Procedimiento civil— los procedimientos militares vistos ante los tribunales ordinarios, son las siguientes:

a) Las funciones de *Procurador* corresponden a los jefes de Regimiento que se hacen representar por los Auditores. Son los jefes de Regimiento quienes después de consulta con el Auditor deciden si ha lugar a iniciar procedimiento contra una persona que se encuentra en el servicio e igualmente corresponde a los jefes de Regimiento la competencia para declarar que no ha lugar a ello. También el Ministro de Defensa puede hacer que se inicie una investigación, pero, en cambio, carece de atribuciones para declarar que no ha lugar a ella.

b) Los miembros del Cuerpo de Auditores son los encargados de representar a los jefes de Regimiento, asumiendo

do las funciones de *Procurador militar* e igualmente son los Auditores los encargados de la investigación.

e) Todas las citaciones son dirigidas al Regimiento.

d) La vista ante el tribunal tiene lugar a puerta cerrada, si así lo exige el interés de la defensa nacional.

e) Disposiciones especiales establecen reglas relativas a la participación de los Jueces no profesionales. Estos no intervienen cuando el inculpado ha confesado e igualmente la participación de expertos o peritos excluye la de Jueces no profesionales. Por último, los Jueces no profesionales no intervienen cuando se trata de infracciones del Código penal militar, cuya pena no exceda de dos años, o de cuatro en tiempo de guerra.

f) Las disposiciones que regulan la competencia de los tribunales en materia común son igualmente válidas en el orden penal militar, pero a ellas se añade la competencia del tribunal en cuya circunscripción se encuentra el establecimiento militar al que se halle afecto el militar perseguido.

g) Las funciones del defensor pueden ser ejercidas por cualquier militar, si el inculpado lo acepta.

h) El Derecho militar puede constituir una derogación de la regla que dispone la puesta a disposición del Juez de cualquier persona detenida dentro del plazo de las veinticuatro horas. Este plazo puede ser ampliado hasta tres veces veinticuatro horas.

i) Se autoriza la prisión preventiva cuando lo exija la disciplina militar.

j) Los asuntos militares pueden ser sometidos a la potestad disciplinaria de los Jefes militares. Pueden imponer, según su grado, penas de hasta sesenta días de arresto simple (= cuarenta días de prisión). No obstante, cuando las penas impuestas excedan de treinta días de arresto simple, el Jefe militar debe solicitar informe del Auditor. El militar así castigado tiene derecho, en un plazo de cuarenta y ocho horas, a pedir ser sometido a juicio. Salvo en tiempo de guerra y en ciertos casos excepcionales —como la estancia en el extranjero o en Groenlandia—, el autor de un delito tiene siempre el derecho a solicitar ser juzgado por el tribunal competente.

La competencia de los tribunales ordinarios es exclusiva cuando la pena prevista por la ley es privativa de libertad y excede de sesenta días. También en los supuestos de reincidencia o maltrato de obra a un subordinado. Y, por último, también se excluye la competencia de los Jefes militares para entender en aquellos casos en los que un Oficial se conduce de manera incompatible con su grado.

## II

Los tribunales ordinarios son competentes en materia penal militar, pero, no obstante, se comprobó la necesidad de poder crear tribunales militares cuando los tribunales ordinarios no pueden actuar por razones diversas.

Los arts. 43 y 43-a del Código de Procedimiento Penal Militar hacen posible la creación de tales tribunales militares a bordo de buques de guerra en misión o en unidades militares estacionadas en el extranjero o en Groenlandia. Existen, desde luego, en Groenlandia tribunales ordinarios, pero son bastante diferentes de los de la metrópoli y no resultan aptos para enjuiciar procedimientos militares.

Los llamados tribunales militares existen bajo dos formas diferentes:

1.º Los simples tribunales de instrucción, que se componen de tres miembros, presididos, a ser posible, por un Auditor o, en su defecto, por un Oficial de alta graduación. El presidente se encuentra asistido por dos adjuntos, uno de ellos de mayor empleo que el inculpado y el otro de igual empleo. La competencia de este tribunal es bastante restringida: interroga al inculpado y a los testigos y puede proceder a la prisión preventiva del inculpado, pero no es competente para fallar.

2.º Los tribunales militares, que se componen de cinco miembros, y al igual que los simples tribunales de instrucción son presididos por un Auditor. De los cuatro miembros del tribunal dos han de tener un grado superior al del inculpado y los otros dos el mismo grado. La ley no limita la competencia de este tribunal y en su consecuencia ésta se extiende a todos los procedimientos militares, cualquiera que sea la categoría del inculpado y la instancia ordinaria normalmente competente. El tribunal puede fallar, exigiendo únicamente la ley que resulte justificado el no demorar el juicio hasta la vuelta de la Unidad a la metrópoli.

Por medio de Ordenanza Real, las necesarias derogaciones en materia de procedimiento pueden tener lugar; mas no habiéndose producido tales derogaciones hay que entender que el procedimiento ante los tribunales militares es el Código de Procedimiento Militar tal y como es aplicado en los procesos ante los tribunales ordinarios, con las excepciones impuestas por razón de la diferencia entre ambas clases de tribunales. Sólo en el caso de infracciones fundamentales de principios del Código de Procedimiento Militar resultan nulos los fallos pronunciados por un tribunal militar.

La misión normalmente conferida al Procurador es asumida por un Auditor —distinto, claro es, del que preside el tribunal— o, en su defecto, por un Oficial. La defensa se lleva a efecto por un

abogado o, en su defecto, un militar designado por el inculpado. En su caso, puede ser designado un Oficial como defensor de oficio.

Las sentencias dictadas por un tribunal militar son susceptibles de recurso ante el Tribunal de Apelación, con arreglo a las mismas reglas que las sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia; pero como la razón de ser del Tribunal Militar exige, a veces, por motivos de disciplina, la ejecución inmediata del fallo, ésta puede llevarse a efecto incluso en caso de apelación siempre que no se haya impuesto la pena de muerte. La decisión del Tribunal de Apelación tiene, naturalmente, en cuenta la parte de la pena ya extinguida.

### III

La competencia, muy extensa, de los tribunales militares unida a su reglamentación poco rígida, hacen muy eficaz la actuación de los mismos en los casos de ausencia de la metrópoli cuando ésta es de escasa duración. Pero cuando se trata de ausencias que pudiéramos llamar más permanentes, como fué el caso de las fuerzas danesas de ocupación en Alemania durante los primeros diez años siguientes a la terminación de la segunda guerra mundial, resulta conveniente establecer unas instituciones judiciales de reglamentación más precisa. Por ello, fué promulgado para estas fuerzas de ocupación un Código de Procedimiento especial que se asemejaba mucho más al Código de Procedimiento Militar que a la regulación de los Tribunales militares que describíamos en el anterior capítulo. Un juez permanente y dos asesores militares designados entre el personal de las fuerzas de ocupación fueron creados. Y como la mayor parte del personal era relativamente joven, las condiciones relativas a requisitos de edad no fueron siempre respetadas. El Jefe de las fuerzas de ocupación designaba el Defensor, aunque el inculpado conservaba el derecho de designar como tal a un militar "de buena voluntad" que quisiera aceptarlo, o en otro caso asegurarse la defensa por medio de un abogado danés que se trasladase a Alemania. El Auditor asumía las misiones y funciones del Procurador. Caso de exigirlo la disciplina, las vistas tenían lugar a puerta cerrada. El tribunal tenía competencia para juzgar todas las infracciones de las leyes civiles o militares cuando su autor estaba sujeto a las reglas del Código penal, es decir, tenía competencia respecto a todo el personal militar y al civil agregado a las fuerzas de ocupación, con excepción de los capellanes militares.

A las funciones de Juez se añadían las de un notario, y el Juez era igualmente competente para proceder a la recepción de testimonios para su utilización ante los tribunales nacionales. Este sistema funcionó de manera satisfactoria durante todo el tiempo de la ocupación y parece probable que podría ser utilizado con eficacia

en supuestos semejantes. Sin embargo, el contingente danés que marchó a Gaza formando parte de las fuerzas de las Naciones Unidas, no ha sido sometido a este régimen. El procedimiento militar empleado es el descrito en el capítulo II, lo que puede explicarse por el número relativamente reducido de las fuerzas estacionadas en Gaza (medio batallón) en relación con las fuerzas danesas de ocupación en Alemania (una brigada).

#### IV

Ha de señalarse, finalmente, que de acuerdo con la ley, los sistemas anteriormente descritos tienen vigencia, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, no existiendo en Dinamarca sistema especial elaborado para los casos de guerra. Sin embargo, las autoridades oficiales han hecho constar repetidamente que los sistemas en vigor podrían ser inaplicables en tiempo de guerra y, por lo tanto, se considera posible que por el Ministro de Defensa Nacional sea designada en plazo breve una ponencia que elabore una ley relativa al Procedimiento Penal Militar para tiempo de guerra. Pero hasta la promulgación de esta ley, aun en tiempo de guerra, habría de estarse al régimen descrito en el capítulo II, o si el tiempo lo permitía dictar una nueva ley.

# LA COLABORACION ENTRE LAS AUTORIDADES JUDICIALES MILITARES DE LOS PAISES NORDICOS

por S. B. NYHOLM

Primer sustituto del Auditor General  
de Dinamarca

En 1949 una Comisión ministerial danesa, encargada de examinar las cuestiones relativas a la justicia militar, sintió la necesidad de conocer las normas legales vigentes en la materia en los otros países nórdicos, y para responder a este fin, el Presidente de la Comisión y el autor de esta nota, que actuaba de Secretario, entraron en contacto con los colegas de los otros países.

Se comprobó rápidamente la conveniencia de aumentar el número de personas de las que se podía obtener un intercambio de puntos de vista y de reforzar las relaciones en orden a cuestiones de interés común, y tras una correspondencia con colegas y especialistas suecos y noruegos, se celebró en Gothenbourg, en 18 de octubre de 1952, una reunión, en la que, sin fundarse una asociación en el verdadero sentido de la palabra, recayó el acuerdo de mantener una colaboración entre los juristas de los tres países bajo la forma de Congresos nórdicos. En 1956 se propuso a Finlandia la participación en estos trabajos y, desde entonces, dicho país ha participado también con entusiasmo.

**FINES.**—Los fines de esta colaboración nórdica son el estudio de los problemas de orden administrativo, jurídico y penal comunes a las autoridades militares de los países nórdicos, permitiendo, además, por un intercambio de puntos de vista, conferencias y discusiones, *el que los participantes amplíen sus conocimientos en el ámbito legislativo y jurisprudencial y una ayuda práctica en el campo profesional.*

**PARTICIPANTES.**—No existen en esta colaboración miembros formalmente admitidos o elegidos, puesto que a cada Congreso son in-



vitados todos los juristas de los cuatro países que se interesan en los problemas jurídico-militares. Los Congresos han llegado a tener hasta noventa participantes, entre los que se encontraban representados letrados de la Administración Central, magistrados de los Tribunales de justicia, miembros de los Cuerpos de auditores, juristas de lo Contencioso-administrativo, etc. Además, son invitados a las reuniones representantes de las autoridades militares.

FUNCIONAMIENTO.—Resulta curioso el que esta colaboración no se rija por ningún estatuto formal, sino que se basa únicamente sobre la costumbre y la práctica desarrollada en el transcurso de los años. Al fundarse la colaboración se decidió que cada país se encontrara representado por un miembro, que aseguraría el contacto de su nación con los demás países nórdicos, y a estos miembros se encargó igualmente la administración y gestión del sistema. Estos miembros, designados sin elección formal, son en la realidad reconocidos como tales, tanto por los Congresos como por las autoridades respectivas. Actúan, por decirlo así, con su propia autoridad y, en caso de ausencia o impedimento, designan, por sí mismos, la persona que ha de suplirlos. Son los siguientes: ALLAN WIRGIN, Juez y Auditor (Suecia); IVAR FOLLESTAD, Auditor general (Noruega); OLAVI KORTE, Jefe de oficina (Finlandia), y SOREN NYHOLM, primer sustituto del Auditor general (Dinamarca).

Salvo el representante finés, los otros tres participaron desde su inicio en esta colaboración. Estos miembros constituyen una especie de *praesidium*, que traza las líneas directrices de la colaboración y mantiene entre sí relaciones muy estrechas. Estos miembros delegados, con la ayuda del Departamento de la Defensa o de la Justicia local, preparan los Congresos y convocan a los participantes.

FINANCIACION.—La participación en los Congresos es gratuita. Los gastos del Congreso se cubren en cada caso por medio de subvenciones concedidas por los respectivos Departamentos y, a veces, por alguna asociación profesional. En ocasiones, los miembros delegados deben obtener personalmente recursos para sufragar una parte de los gastos. Los gastos de viaje de algunos participantes son cubiertos enteramente por el Estado, por constituir misión oficial del servicio. Otros participantes reciben de sus Estados una ayuda para el viaje o una indemnización parcial, y, por último, algunos concurren a su propia costa.

LOS CONGRESOS.—La mayor parte de las veces, organismos o instituciones militares o jurídicas ponen a disposición del Congreso los locales necesarios. No obstante, en Noruega se dió el caso de celebrarse el Congreso en un hotel, en el que habían sido alojados todos los participantes.

El programa de un Congreso incluye, normalmente: una se-

sión de apertura, durante la cual el miembro delegado de cada país presenta un informe sobre la evolución en su país del Derecho Militar a partir del último Congreso: tres sesiones, de medio día cada una, constituidas por una conferencia seguida de discusión: una o varias excursiones, en las que se visita un establecimiento militar, y una cena de clausura, a la que son invitadas aquellas autoridades o personas que guardan relaciones profesionales con los participantes.

La posibilidad de publicar las actas y conferencias ha sido estudiada varias veces, y parece que, tras el último Congreso, tal posibilidad se afirma con el concurso de las autoridades correspondientes.

PRINCIPALES TEMAS QUE HAN SIDO TRATADOS EN LOS CONGRESOS.— Figuran entre ellos:

- Examen de los Códigos penales militares y de los Códigos de procedimiento militar en los países nórdicos.
- La responsabilidad del personal militar.
- El Contencioso-militar en Suecia.
- La acción disciplinaria militar en Noruega.
- Posibilidades de acelerar el procedimiento en materia penal militar.
- Estatuto jurídico de los Oficiales en Noruega.
- La legislación sobre prófugos y desertores.
- El estatuto de los Letrados de la defensa nacional en los países nórdicos.
- El procedimiento penal militar en tiempo de guerra.
- La adaptación de la administración central al tiempo de guerra.
- El papel de la policía militar en la justicia militar.
- Cinco años de actividad de la comisión del Contencioso-militar danés.
- Los accidentes militares y la misión del auditor en los procesos que de ellos se derivan.

## Recensiones y Noticias de libros

*Arquivo de Direito Militar*, Rio de Janeiro, 1942, 1946.

Podemos hoy dar noticia de esta interesante publicación, de la que, por intermedio de su antiguo director, el Ministro Togado, D. Mário Tiburcio Gomes Carneiro, hemos logrado poseer la colección casi completa.

El *Arquivo de Direito Militar* inició su publicación en 1942, dando realidad a una aspiración largamente sostenida por su director: la de recoger y publicar todos los proyectos de Códigos militares y leyes de Reclutamiento del Brasil, así como las discusiones o informes sobre los mismos, a fin de aportar y conservar materiales que permitieran comprender y estudiar las ideas que dichos proyectos reflejaban y la evolución del Derecho Militar de su país. Sin embargo, la publicación desde su inicio amplió el campo de sus temas a otros de interés indiscutible. Reseñamos seguidamente lo que, a nuestro juicio, resalta en cada uno de los volúmenes que se han publicado:

Año I, núm. 1 (mayo-agosto 1942).—En el número inicial, la pluma incansable del Auditor Gomes Carneiro, ofrece un interesante artículo sobre las ideas del General y Ministro Brasileño, Márques de Caxias, sobre la codificación penal militar y, en especial, sobre su proyecto de reglamento para corregir las infracciones de la disciplina en tiempo de paz: así como otro artículo sobre las leyes de reclutamiento brasileñas. Muy especial interés, por diferentes conceptos y en distintos campos, tienen tres trabajos que publica en este mismo número, y que son: la circular de Angelo Moniz da Silva Ferraz, de 1865, sobre trato a los prisioneros de guerra, circular apenas conocida, pero que tiene el gran mérito de reflejar las ideas contenidas en las "Instrucciones norteamericanas", de Lieber, de 1863, sirviendo en parte de cotejo para comprobar la extensión y generalización de estas ideas en la práctica: una traducción al portugués del texto del Código penal Militar polaco, de 21 de octubre de 1932, y un estudio completísimo sobre la legislación militar portuguesa y el Código penal Militar de 1820, que contiene no sólo el texto de este cuerpo legal, sino una minuciosa exposición de fuentes legislativas del Derecho Militar portugués hasta 1820.

Año I, núm. 2 (septiembre-diciembre 1942).—Contiene, entre otros trabajos: Las instrucciones relativas al Código penal y de procedimiento para la Marina del Imperio del Brasil, de 1835; el proyecto de Código

criminal Militar, de José Antonio de Magalhaes Castro, 1860; el de procedimiento criminal Militar, del mismo autor, de 1861, y el proyecto de Código criminal Militar, de 1861, elaborado por la Comisión presidida por el Visconde del Uruguay.

Año I, núm. 3 (enero-abril 1943).—Contiene el proyecto de Código penal Militar, elaborado por la mayoría de la 1.ª Sección de la Comisión de examen de la legislación del Ejército, en 1866; voto particular de Magalhaes de Castro, actas, enmiendas y redacción definitiva; una conferencia del Auditor Gomes Carneiro en la Escuela de Estado Mayor del Ejército, en 12 de diciembre de 1936, sobre la Justicia militar en tiempo de guerra, y respuestas a un cuestionario sobre reforma del Código de Justicia Militar.

Año II, núm. 1 (mayo-agosto 1943).—Se continúan en él, entre otros, los estudios y modificaciones y votos del proyecto iniciado en 1866, y las respuestas al cuestionario, así como un proyecto de Ley disciplinaria del Ejército para tiempo de paz, de Thomaz Alves Junior, de 1871, y el proyecto de Código de procedimiento criminal Militar del mismo ponente, en 1872, y su discusión.

Año II, núm. 2 (septiembre-diciembre 1943).—Continúan en este número las respuestas al cuestionario, y se presentan los proyectos de Reglamento de prisiones militares, del Mariscal de Campo, Barón de la Pena (1877), y de Antonio José do Amaral, del mismo año, así como informes del Conde d'Eu, Presidente de la Comisión. Un programa para la confección de un Código penal Militar para el Ejército, presentado en 1859, por José Antonio Miranda. Dos interesantes trabajos, uno sobre un caso de extradición, en el que se estudia la legislación militar alemana, y otro, sobre la jurisdicción de los Tribunales militares en tiempo de guerra y la Constitución de 1937, muestran, una vez más, la competencia y la capacidad de trabajo del Auditor Gomes Carneiro.

Año II, núm. 3 (enero-abril 1944).—El número presenta una nota sobre el fracaso de los proyectos de Códigos militares presentados a la Asamblea legislativa y a las ideas que a su aceptación se opusieron; el proyecto de Código penal de la Armada, de 1887; la actividad legislativa del Imperio en el ramo del Derecho penal Militar; distintos pareceres de las Facultades de Derecho sobre la revisión del Código de Justicia Militar, y unos trabajos del Auditor Gomes Carneiro sobre la Justicia militar en la Constitución de 1937, sobre disciplina judicial militar, sobre Ley de organización de la reserva de la Justicia militar y sobre la Ley penal militar en tiempo de guerra, así como el anteproyecto de Código penal Militar, de Mário Augusto Cardoso de Castro, y el texto del Código penal Militar, de 24 de enero de 1944, que acababa de publicarse, y notas sobre el mismo.

Año III, núm. 1 (mayo-agosto 1944).—Se contienen en él: una nota sobre la codificación militar del Gobierno Provisional; el proyecto de Código de Justicia Militar, de 1890; el Código disciplinario y el Código penal de la Armada, del mismo año; el Código penal de la Armada, de 1891, y el texto de la Ley de 1 de abril de 1944, que organizaba la Jus-

ticia militar en las fuerzas expedicionarias brasileñas y decretos relacionados con la legislación de guerra.

Año III, núm. 2.—No ha llegado aún a nuestro poder.

Año III, núm. 3 (enero-abril 1945).—Entre los textos que publica merecen señalarse, aparte de trabajos sobre tentativas de codificación militar del Gobierno de Hermes da Fonseca, el proyecto de Ley de organización de la Justicia militar, de Pessoa Cavalcante de Albuquerque; el esbozo de Código penal de la Armada, de Clovis Bevilacqua, así como otros, atribuidos a Macedo Soares, y discusiones parlamentarias o intervenciones sobre la reforma de la Justicia militar.

Año IV, núm. 1 (mayo-agosto 1945).—Se encuentra en él una amplia referencia a los debates y discursos en la Cámara de los Diputados en 1912, sobre la reforma de la Justicia militar y la redacción final del proyecto, así como, más tarde, la ponencia en el Senado; el proyecto de Código penal Militar, de Dunshee de Abranches en 1916, y el de la misma fecha, de Joao Magabeira.

Año IV, núm. 2 (septiembre-diciembre 1945).—Se incluye el estudio y textos de la codificación militar ante el Senado, el proyecto del senador Cunha Pedrosa, y una serie de artículos y sugerencias sobre la reforma de la Justicia militar, y el proyecto elaborado por la Comisión especial, presidida por el Ministro Saraiva de Carvalho.

En este punto parece que dejaron de publicarse los números del *Arquivo de Direito Militar*. En todo caso, representan los publicados una aportación considerable y una dedicación extraordinaria de su director al Derecho Militar, dedicación acompañada de la sólida preparación y del entusiasmo de que aún sigue dando muestras, algunas de cuyas manifestaciones son o han sido recogidas en las páginas de esta REVISTA. En todos los números del *Arquivo*, la aportación y la impronta personal de Gomes Carneiro quedan reflejadas de tal modo, que resultan casi su obra personal. Y no hemos recogido, por no hacer excesivamente larga la reseña, las notas sobre bibliografía, legislación extranjera, congresos jurídicos, etc., que redactó de su propia pluma. Por todo ello, a nuestro agradecimiento por la colección, se une otra vez más nuestra admiración al veterano y batallador maestro.—EDUARDO DE NÓ LOCIS.

LOBO (Helio): *Sabres e togas: a autonomia judicante militar*. Prefacio (págs. 13-33) del Ministro GOMES CARNEIRO (Mário Tiburcio), Río de Janeiro, Editor Borsoi, 2.ª edición, 1960, 176 págs.

Este libro lo escribió su autor cuando tenía veintidós años. Su primera edición aparece en 1906. Ahora lo reedita Gomes Carneiro en homenaje a la memoria de Helio Lobo, y para poner al alcance de la nueva generación de juristas una obra famosa que ha ejercido una sorprendente influencia en el orden cultural y legislativo brasileño en torno al Derecho penal militar. Lobo es unionista, es decir, contrario al dua-

lismo penal y procesal en las leyes militares. En *Sabres y togas* desarrolla con suma erudición y conocimiento de los problemas su tesis. Combate los argumentos consuetos aducidos en el Derecho sustantivo a favor de la especialización, negando que el volumen de infracciones netamente militares justifique un Código diferente del común, y negando, asimismo, que las penas militares tengan la eficacia intimidativa que se les viene atribuyendo, o que la disciplina descansa sobre el terror (página 87). En el aspecto procesal, alega que los caracteres de rapidez, celeridad y simplificación procesal, que pretenden ser los típicos de la Jurisdicción militar, constituyen metas que han de proponerse también los demás ramos de la administración de justicia (pág. 100) analizando particularmente el supuesto "tecnismo" de los jueces militares (páginas 109 y siguientes) y su falta de independencia (pág. 112) para llegar a la conclusión de que se deben unificar los Códigos penales, Militar y ordinario del Brasil, llevando a un título especial los delitos "verdaderamente militares, y aboliendo los Tribunales militares para sustituirlos por jueces federales (pág. 138). Las situaciones excepcionales de estado de sitio o de guerra declarada no deben, a juicio del autor, modificar estas conclusiones (pág. 176).

Como dice Gomes Carneiro en el jugoso prefacio a esta segunda edición, señalar la importancia de la obra de Lobo no significa en absoluto "adherir a la tesis de la abolición de la Jurisdicción militar, lo mismo que el sostener su autonomía no quiere decir, en absoluto, apoyar el sistema de normas vigentes sobre la materia en el Brasil" (pág. 30). Pero no puede desconocerse que la introducción del servicio militar obligatorio, primero, y las características de guerra total que reviste la guerra moderna, después, han modificado el sustrato fáctico que tuvieron en cuenta, por ejemplo, los autores de las Ordenanzas llamadas de Carlos III en nuestro país. El que una serie de países europeos hayan adoptado, en épocas recientes, la tesis de Lobo para las infracciones militares cometidas en tiempo de paz, por lo menos en lo que se refiere al Derecho penal material, es algo que debe invitar a la reflexión. No sé hasta qué punto puede afirmarse con Gomes Carneiro que este fenómeno represente un "éxito parcial de las ideas de Helio Lobo" (pág. 29), pues la tesis de Lobo no parece susceptible de división: o se acepta o se rechaza en bloque; puesto que él no admitió en ningún caso, ni en paz ni en guerra, la legitimidad de una Jurisdicción militar autónoma. Cierta es, en cambio, la penetración histórica continua de los principios del Derecho penal común en el Derecho penal y procesal militar, de lo que ofrecen ejemplos, en el ámbito internacional, la consagración del derecho a elegir un defensor cualificado, en los Convenios de Ginebra sobre prisioneros (1949) y, en el Derecho interno español, la admisión de la redención de penas por el trabajo, en pugna con la vieja concepción terrorista del Derecho Militar. También es una afirmación, fuera hoy de duda, que las fuerzas armadas y las normas específicas porque se rigen se encuentran dentro del Estado y del ordenamiento jurídico estatal, sin constituir, v. gr., una sociedad "perfecta" frente al Estado.

Tales modificaciones históricas nos ponen, acaso hoy, ante la ineludible tarea de revisar los principios tradicionales que informan el Derecho Militar vigente en la mayor parte de los países, elaborado, a veces, desde puntos de vista, en ocasiones, incompatibles hoy con las concepciones jurídicas dominantes en el Estado de derecho.—José M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA.

EREKSOUSI (M. K.): *Le Coran et les Conventions humanitaires*. "Revue Internationale de la Croix-Rouge." Noviembre 1960. páginas 641 y sigs.

Un breve estudio de principios contenidos en el Corán, sobre la dignidad humana, el respeto de sí mismo y del prójimo y los deberes del creyente para con el enemigo es realizado en este pequeño artículo, de unas diez páginas, por el Iman de la Comunidad Islámica de Ginebra. Tal estudio completa otros, aparecidos sobre distintas religiones y no deja de tener un interés seguro al permitir conocer y comprobar la amplitud y la antigüedad de ciertos principios humanitarios contenidos en los Convenios de Ginebra.—E. DE N. L.

BAUER (Mayor Ed.): *La guerre subversive et la structure des armées*. "Revue Militaire Suisse." Junio-julio 1960. Lausanne.

La *Revista Militar Suiza* publica en su números de junio y julio un artículo del Mayor Bauer, en el que, con especial referencia a los acontecimientos bélicos de Argelia, hace un interesante estudio del impacto de las guerras subversivas en la estructura de los Ejércitos actuales.

El trabajo tiene un interés que rebasa el cuadro de lo técnico, ya que en él, con libertad de expresión y claridad de pensamiento, se contienen una serie de observaciones muy interesantes al analizar los resortes ideológicos y sociológicos de la guerra revolucionaria.—E. DE N. L.

DELMAS (Claude): *L'O. T. A. N. (Organisation du Traité de l'Atlantique-Nord)*. Presses Universitaires de France. París, 1960: 126 páginas.

En su concepción y desenvolvimiento, la O. T. A. N. ni supone un simple pacto militar ni tiene como fin único el militar; tal es la tesis y la enseñanza del sintético estudio —sintético por lo conciso, que no quita lo jugoso— que constituye la obra que reseñamos. Su autor, que lo es también de otros ensayos sobre la Alianza Atlántica y la integración europea (\*), afirma que, a pesar de ser aquélla objeto de discusiones y

---

(\*) *Le monde atlantique, Fondements et perspectives de l'Alliance Atlantique. Les disparités géographiques et l'intégration économique de l'Europe.*

controversia casi diaria, la verdad es que sigue siendo, en el fondo, mal conocida. Así, mientras de todos es sabido el objetivo primario de la organización (la salvaguardia de la paz frente a la agresión), quizás sean menos los que tengan noticia de su segunda gran meta: el promover una comunidad, justificada por su raigambre histórico-cultural, precisamente sobre bases más profundas que la necesidad de una defensa común. De aquí los campos de cooperación que la Organización tiene trazados, pues, además del militar, se mueve en el terreno de la cooperación económica, técnica, científica y cultural (y jurídica, diríamos nosotros, por cuanto procura el arreglo pacífico de las controversias que puedan surgir entre sus miembros).

Arrancando de la idea de una larga evolución de bases culturales que, históricamente, prefiguraron la comunidad, y de las que el Pacto Atlántico no fué más que una expresión particular, nuestro autor analiza la significación de la O. T. A. N. en este siglo xx, "el de las organizaciones internacionales", y su encuadre, dentro del marco de las solidaridades regionales, en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, como un supuesto de preventivo ejercicio del derecho de legítima defensa colectiva. No olvida sus orígenes inmediatos, e incluso, la serie de hechos que en la guerra y postguerra (Carta del Atlántico, Declaración de las Naciones Unidas, Conferencias de Moscú, Teherán, Dumbarton Oaks, Yalta y S. Francisco; Carta de las N. U.) van perfilando una situación bipartita de grandes bloques políticos, cuya franca oposición (el "gran cisma" del mundo moderno en expresión, de R. Arón) se produce con un acontecimiento como el llamado "golpe de Praga" (1948) que venía a culminar, con la caída de Checoslovaquia en la órbita rusa, una larga serie de "sovietizaciones": Hungría, Bulgaria, Rumania, Polonia; a partir de aquí, y ante la decepción generalmente sentida respecto de la O. N. U., la respuesta no se hace esperar, y al Tratado de Bruselas de 1948 (Unión Europea Occidental) sigue pronto el Tratado del Atlántico Norte (Washington 1949), creador de la O. T. A. N.

Para dar una idea aproximada del cúmulo de problemas que hubieron de ser resueltos en el seno de la Alianza Atlántica en los diez primeros años de su existencia, basta citar algunas de las cuestiones que se consideran con especial interés a lo largo del texto comentado.

Problemas de enfoque, tales como la orientación hacia una mera asociación o hacia una integración con todas sus consecuencias; cuestiones derivadas de la soberanía nacional de los países miembros, de la organización de su interdependencia, de la valoración de sus diversas actitudes frente a la acción política soviética (revolucionario-subversiva, sin traspasar los límites del *casus belli*); de relación entre funciones de orden militar y político.

Problemas en cuanto a la línea de actuación, conveniencia de una política de "disuasión de la agresión", en que cristaliza la alternativa estratégica; determinación de cuándo el *casus foederis* se entiende producido; el asunto de la revisión de los pactos en vigor; problemas de calificación de hechos o actos (*major attack*, "agresión, guerra limitada, respuesta



(propiada, zonas de cobertura..."); el porqué y cómo de la admisión de la República Federal Alemana; dificultades constitucionales creadas en el Senado norteamericano, previas a la firma del Pacto Atlántico, etcétera, etcétera.

Haciendo frente a esta problemática, y ante el acuciamiento de los acontecimientos internacionales, la pequeña historia de la Organización, en estos diez años primeros, significa un proceso evolutivo —jalonado por el ingreso de Grecia y Turquía, Conferencias de Ottawa (1951), Lisboa (1952), Bruselas (1954), Londres y París (1954), crisis del Medio Oriente, revolución húngara, cuestión de Chipre, diferencias anglo-islandesas, cuestión de Berlín, etc.— que revela un alto grado de madurez y desarrollo; lo que no obsta, desde luego, a que determinadas dificultades jurídicas, políticas o militares sigan aún en pie.

A nuestro juicio, salvadas esas cuestiones generales, realmente apasionantes, y que el autor trata con objetiva meticulosidad, la parte de la obra de mayor interés informativo y jurídico, quizá sea la dedicada al estudio de la estructura y funcionamiento de la Organización (cap. III), en la que se analizan, con ayuda de gráficos y organigramas, tanto los distintos organismos y centros civiles y militares que la integran, y las organizaciones privadas que de ella dependen, como el conjunto y detalle de sus actividades; el llamado "examen anual", el desarrollo militar, los planes "de urgencia" en el terreno civil (frentes "interiores", movilización de la Marina mercante, materias primas, protección de las poblaciones civiles, refugiados y evacuados, etc.).

Finalmente, tras dedicar un extenso capítulo (el IV) al examen de las perspectivas que se ofrecen a la Alianza Atlántica, sienta el autor una serie de interesantes conclusiones, para terminar con una "sumaria" bibliografía, bastante, por otra parte, a quien pretenda profundizar en el estudio de tan sugestivo y actual tema. Si acaso, no hubiera estado de más que el autor nos hubiera ofrecido —como simple apéndice de estudio tan completo— un repertorio de los textos de los tratados internacionales que a la Organización afectan (\*\*).—J. H. OROZCO.

DAHL (Richard C.) y WHELAN (John F.): *The Military Law Dictionary*. Oceana Publications, Inc., New York, 1960; 200 págs.

La intención de los autores de este "Diccionario", declarada en el prólogo, es la de poner al alcance de cuantos pudieran tener un interés:

---

(\*\*) Cuya no inclusión, claro está que no supone seria dificultad, pues la no información al respecto es enteramente asequible. Por ejemplo, y entre otros repertorios, en lengua castellana puede consultarse la obra *Textos básicos de la Organización Internacional, selección y notas de José M.ª CORDERO TORRES*, Madrid (1955), que contiene el Tratado de Bruselas, el de Washington, el Protocolo sobre la adhesión de Grecia y Turquía, así como el de adhesión de Alemania Occidental; los Acuerdos de Londres y París (1954) y el Protocolo (1954) modificando y completando el Tratado de Bruselas.

sobre el Derecho Militar un volumen práctico, conciso y que responda a la duda Interpretativa sobre la noción contenida en un término o expresión utilizada en esta rama del Derecho. No han aportado definiciones propias; pero sí han seleccionado aquellas que figuran bien en los diccionarios o nomenclaturas oficiales de los distintos Ejércitos, bien en textos legales o, incluso, en tratados u obras considerados como básicos y fundamentales.

El "Diccionario", no obstante lo reducido de su volumen —ya que sólo 154 páginas se destinan a definir palabras y términos legales—, no comprende sólo el campo del Derecho Militar, estrictamente considerado, sino términos puramente militares, médicos y de otras materias, en cuanto de uso frecuente e íntimamente relacionados con la especialidad.

Pero, además, se comprende en el volumen una sección que ofrece un interés especial. Se trata de la que registra una extensísima lista de abreviaturas y siglas utilizadas en la práctica y en los documentos o procedimientos militares. Si un diccionario resulta siempre útil, y en especial para un extranjero, a fin de precisar conceptos o conocer exactamente lo que en el Derecho de otro país representa una determinada institución, a veces con la misma denominación que otra de nuestro Derecho pero de contenido absoluta o relativamente diferente, el nacional profano en la materia y, con más razón, el extranjero que lucha con la dificultad del idioma, quedan desamparados al enfrentarse con abreviaturas o siglas que le son imposible de descifrar. Y la práctica, hoy en día, en todos los ramos de las distintas actividades y, quizá, aún más acusadamente la práctica norteamericana hace un uso cada vez más extenso de estas abreviaturas, que llegan a constituir casi un idioma cómodo y cifrado para los iniciados en la materia, pero sólo por ellos comprensible. Por esto consideramos que esta sección, que comprende unas cuarenta páginas del "Diccionario" lo que demuestra la extensión y el cuidado puesto en ella, es de una particularísima utilidad.

La obra, por fin, se termina con una breve lista bibliográfica, en la que se indican algunas de las obras y diccionarios que han servido de base y cantera para su redacción.—E. DE N. L.

**FERNÁNDEZ VICTORIO (Servando):** *El testamento militar y su proceso histórico.* Conferencia pronunciada en la Universidad de Deusto el día 10 de febrero de 1959. Patronato de la Universidad de Deusto. 30 págs.

Al iniciar su conferencia el Coronel Fernández Victorio recuerda un hecho que por sí solo resalta la importancia de la institución y su acierto al elegir el tema: durante la permanencia del conferenciante en la División Azul, como Oficial del Cuerpo Jurídico Militar, "como cadena, día tras día —afirma— se confeccionaron una serie interminable de testamentos militares que pasaron del millar". Se trata, pues, del estudio

de una institución viva. Y por ello nada tiene de extraño que el autor en sus palabras iniciales no se muestre conforme ante el mantenimiento de un sistema, tan precario en su regulación, como el adoptado por el Derecho positivo español.

Después de algunas definiciones y referencias históricas al testamento en general, Fernández Victorio estudia con detenimiento el origen y la evolución histórica del testamento militar. Respecto al origen descarta una opinión muy generalizada que lo situaba en el testamento *in procinctu* "que en absoluto nada tiene que ver con el testamento militar, y que no era sino una fase, una sustitución o una excepción, si se quiere, al Derecho común, el cual exigía como solemnidad para la validez del testamento, un testigo de calidad, que primeramente fué el Comicio, y luego el Ejército, preparado y armado para la batalla." El verdadero origen del testamento castrense, según la tesis del conferenciante, hay que buscarlo en las diversas disposiciones dictadas en contemplación a particulares circunstancias de la composición del Ejército romano —tales como la conversión de los soldados en mercenarios— a partir de Julio César. "Después de Julio César —subraya— los mandatos morían con el que los dictaba. Tito y Domiciano confirman estos mandatos. Nerva les concede *plenuissimam indulgentiam*, y Trajano dicta el célebre *Caput ex mandatis*, en el cual se halla condensado real y verdaderamente el testamento militar."

Los caracteres de este testamento, que lo matizan y diferencian de las formas de testar admitidas por el Derecho común, son: la *libertad* —que alcanza tanto a sus requisitos personales como a su contenido y a sus formalidades— y la *universalidad*, ya que no se limita a ser una forma de testar propia de los ciudadanos romanos, sino que también pueden hacer uso de ella los extranjeros. De aquí que acertadamente y siguiendo autorizadas opiniones —Hernández Gil, Pérez González— el autor sostenga que se trata de un derecho nuevo, que coexiste con la norma y aun la deroga. Por ello el testamento militar, al igual que las instituciones propias del Derecho castrense, constituye en Roma un *ius singulare*, cuya razón de ser hay que buscarla en la *aequitas*, la cual determinó la creación de un derecho nuevo, distinto de la legislación común, con objeto de no perjudicar a los militares de un ejército mercenario y que, en su condición de extranjeros y provincianos, llegaban a las legiones de Roma con un derecho propio. "De aplicarles la legislación común —observa el autor— no sólo hubieran salido perjudicados ellos, sino lo que es peor, sus familiares... Por ello hubo que modificar ese derecho común y establecer la norma nueva..."

Después de dedicar algunas palabras a la evolución histórica del testamento militar en el Derecho español de los Fueros, de las Partidas y de las Ordenanzas de Carlos III, critica el conferenciante el criterio inhibicionista del Código civil y del Código de Justicia Militar. Pone de relieve la redacción desafortunada del primero, subrayando algunas anomalías e insuficiencias, tanto por lo que respecta a las solemnidades externas como por lo que se refiere a la capacidad personal de los testadores.

Y termina su conferencia con el planteamiento de cuestiones desde un punto de vista práctico, abogando por una reforma legislativa.

La conferencia del Coronel Fernández Victoria, enriquecida con gran variedad de citas doctrinales, resulta aleccionadora. En algunas cuestiones su originalidad es bien patente. Y sirve, sobre todo, para subrayar la pobreza normativa de nuestro Derecho positivo en esta materia, que reclama una rápida revisión, que ha de tener bien presente las características de la guerra moderna, cuya fisonomía dista bastante de asemejarse a las contiendas bélicas que posiblemente tuvieron en cuenta los legisladores del Código civil.—L. TEJADA.

**HERRERO Y RUBIO (Alejandro): *Derecho Internacional Público*. Vol. I. Gráficas Andrés Martín, S. A. Valladolid, 1960; 484 páginas.**

Acaba de aparecer el volumen primero del Curso de Derecho internacional público, del Catedrático de Derecho internacional y Director de los Cursos de Vitoria, Alejandro Herrero Rubio. Comprende este volumen la Introducción y la Primera parte del Curso, que se titula: "La personalidad internacional". En la Introducción se comprenden la denominación y contenido del Derecho internacional, los negadores de su carácter jurídico y la crítica de estas teorías, la fundamentación del orden jurídico internacional, tanto desde el positivismo como desde el iusnaturalismo, las fuentes del Derecho internacional público, las relaciones del Derecho internacional y el interno, el método en Derecho internacional y las fuentes de conocimiento. En la Primera parte se incluyen, bajo la rúbrica ya citada de "La personalidad internacional", tres capítulos: uno dedicado a los sujetos internacionales, otro a las asociaciones de Estados, y el tercero a la Iglesia en el orden internacional.

Ofrecen especial interés para esta REVISTA algunos de los temas tratados en la obra, como es, entre otros, el apartado dedicado al aforismo conocido: *The international law is a part of the law of the land*, y el dedicado a la valoración del Derecho internacional en el Derecho constitucional. Lo reciente de la obra permite recoger posiciones tan modernas como la del art. 48 de la Constitución de la República de Túnez, promulgada en 1 de junio de 1959, según el cual, "los tratados no entrarán en vigor hasta que los ratifique la Asamblea Nacional, y tendrán prioridad de aplicación sobre las leyes internas del país que puedan ser opuestas a los mismos", manifestación casi actual de una postura adoptada por otras Constituciones.

En otro orden, también son de destacar los apartados en los que se hace una exposición del régimen jurídico de Andorra (pág. 173) y del que existió en el Protectorado de España en Marruecos (tal que se dedican las páginas 179 a 190) y el que hace referencia a los Estados neutralizados.

Dentro del Capítulo dedicado a las Asociaciones de Estados, ofrecen para nosotros interés especial los apartados referentes a la Organización del Atlántico Norte (O. T. A. N.) y a la fracasada Comunidad Europea de Defensa.

Como textos, se transcriben en la última parte del volumen los siguientes: Pacto de la Sociedad de las Naciones, Carta de las Naciones Unidas, Liga Árabe, Unión Occidental o Pacto de Bruselas, Carta de la Organización de Estados americanos, Declaración americana de derechos humanos, Declaración universal de derechos humanos, Organización del Tratado del Atlántico Norte, Estatuto del Consejo de Europa, Declaración de derechos y deberes de los Estados y Organización de Estados centro-americanos.

Se trata, pues, de una obra concienzuda, documentada y moderna, cuyos siguientes volúmenes y en especial el que haya de hacer referencia al Derecho de la guerra, esperamos con interés.—E. DE N. L.

CHAVES (Raúl): *Crímenes de responsabilidad*. Bahía, S. A. Artes Gráficas: 1960. 165 págs.

Este trabajo es una tesis para concurrir a la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Bahía. Se divide en cinco capítulos dedicados, respectivamente, a las causas de *impeachment* en las fuentes inspiradoras del Derecho brasileño, orígenes de los "crímenes de responsabilidad"; los "crímenes de responsabilidad" en la República, en la legislación vigente y conclusiones finales. Sigue un apéndice con las leyes de 15 de octubre de 1827, 10 de abril de 1950, 3 de enero de 1959 y Decreto de 8 de enero de 1892 y termina con una nutrida bibliografía. La materia, un tanto extraña a nosotros, tiene una importancia muy grande en el Brasil, donde el Código penal de 1942 abandona a la legislación especial, los delitos contra el Estado y los cometidos por los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de sus cargos. Las disposiciones relativas a los "crímenes de responsabilidad" —denominación justamente tachada, entre otras cosas, de redundante— comprenden conductas muy dispares cometidas por el presidente de la República, ministros, gobernadores y secretarios de los Estados, y prefectos municipales. Así, por ejemplo, en la ley de 10 de abril de 1950 se consideran como "crímenes de responsabilidad" del presidente de la República los actos de éste contra la Constitución federal y especialmente contra la existencia de la Unión, el libre ejercicio de los poderes legislativo, judicial y poderes constitucionales de los Estados, el ejercicio de los derechos políticos, individuales y sociales, etc. La responsabilidad es de orden político y lleva consigo la destitución del cargo, sin perjuicio de las penas que correspondan. El sistema, cuando el hecho inculcado constituye, al mismo tiempo, un delito común, es, evidentemente defectuoso y digno de las acertadas críticas de que le hace objeto la tesis de Chaves.— J. M.® R. D.

CAMARGO HERNÁNDEZ (César): *La rehabilitación. Historia, Doctrina, Derecho extranjero y español y un Apéndice contenido las Leyes, Decretos y Ordenes dictadas sobre la materia.* Barcelona. Bosch, 1960: 174 págs.

La rehabilitación tiene en nuestra patria antecedentes que se remontan a las Partidas. No obstante, tal como hoy se concibe es un fruto de las modernas ideas sobre el delito y la pena. Con ella se trata de facilitar la recuperación del delincuente por la sociedad, Pese a su importancia, la monografía de Camargo es la primera que de un modo sistemático se ha ocupado de esta institución en el Derecho español. Para Camargo la rehabilitación "es el derecho que adquiere el condenado, después de haber observado buena conducta durante cierto tiempo, una vez extinguida su responsabilidad penal y satisfecho en lo posible las civiles, a que cesen todos los demás efectos de la condena mediante la oportuna decisión judicial" (pág. 22). Distingue entre rehabilitación propia (relativa a las condenas penales) e impropia (v. gr. del quebrantamiento fraudulento). Existen también rehabilitaciones especiales: de penados inocentes, de absueltos por falta de prueba, la concedida por méritos de guerra, de los que se encuentran en libertad condicional (pág. 23). Esta enumeración pone de manifiesto la riqueza temática de la rehabilitación que podría aumentarse con la cancelación de antecedentes policiales, introducida en España por nota de la Dirección General de Seguridad, publicada el 8 de diciembre de 1951. El autor se limita a estudiar la rehabilitación propia, la cual entiende que pertenece al Derecho penal material por ser "causa extintiva de la relación punitiva", criterio que, a su juicio es compatible con el de Quintano, que la califica como complemento de los sistemas penitenciarios (pág. 27). Es un derecho subjetivo público del penado que ha cumplido su condena (págs. 25 y sig.). Al analizar las condiciones advierte Camargo que ya no se exige en casi ningún país la de no ser reincidente ni reiterante (pág. 31). Entre la forma legal, judicial o mixta (que es la nuestra), se pronuncia por la judicial (página 41). Analiza detenidamente los efectos (págs. 41 y sigs.), consagrando un extenso capítulo a la legislación comparada (págs. 55-90) donde reproduce, clasificados con arreglo al procedimiento que adoptan, los preceptos por los que la rehabilitación se rige en la mayoría de los países europeos y americanos. El Derecho español, en parte no legislado, como sucede en el caso de aplicación del beneficio de la condena condicional, es objeto de una consideración detenida (págs. 101 y sigs.), en la que se sistematizan las veinte disposiciones por que se regula en España la rehabilitación, insertas después en el Apéndice, de extraordinario valor para el práctico, que figura en la obra. Merecen subrayarse las conclusiones de *lege ferenda* (pág. 124) en las que Camargo propone que la rehabilitación alcance a todas las consecuencias de la condena, como se declaró ya en el Código de 1928, que se introduzca la forma judicial, que en el

caso de la condena condicional se vuelva al sistema establecido por el artículo 3.º del D. 30 enero 1948 —con lo que se armonizaría la legislación con la práctica seguida por la Comisión de Rehabilitación— y, particularmente, propugna la necesidad de refundir las veinte disposiciones de distinto rango existentes en una sola que, regulando el procedimiento para aplicar la rehabilitación común, se ocupe, además, de las rehabilitaciones especiales.

En cuanto al art. 255 del Código de Justicia Militar, señala el autor cómo (págs. 117 y sig.), a pesar de que la reforma de 17 de julio de 1953 se hizo con el expreso propósito de concordar aquel cuerpo legal con el Código penal, resultan diferencias que dan lugar a que los condenados por la jurisdicción militar reciban un trato más beneficioso que los penados por la jurisdicción ordinaria.

La concepción de Camargo de que la rehabilitación es un derecho subjetivo dimanante de la buena conducta posterior a la comisión del delito está cargada de sugerencias para los cultivadores del Derecho penal militar, en donde de *lege lata* se niega la posibilidad de rehabilitación en los delitos militares y en algunas faltas, ni siquiera por méritos contraídos durante la guerra o en operaciones de policía análogas como se hace en otros países. Cabe preguntarse si esta dureza de nuestra legislación militar está todavía justificada después de penetrar en el Derecho positivo las nuevas concepciones sobre los fines de las penas militares que con la introducción de la redención de penas por el trabajo, se orientan ahora inequívocamente hacia la corrección y recuperación del condenado. El libro de Camargo, con la claridad y método que le es peculiar, constituye una incitación al estudio sobre este sector de problemas, tan importante quizá como el propio tratamiento penitenciario.—J. M.ª R. D.

GUALLART LÓPEZ DE GOICOECHEA (José): *Derecho natural y Derecho penal. (El contenido de la antijuridicidad)*. Zaragoza, 1960 (Separata de la "Temis", revista editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 7, págs. 247 a 253).

Dentro del tema, capital en el campo jurídico, de la existencia y contenido del Derecho natural y el de sus relaciones con el Derecho positivo, plantea el autor el problema de la correlación Derecho natural - Derecho positivo en el plano penal, de gran interés ya que la aceptación o repudio del Derecho natural en los estudios penales ha de gravitar fuertemente en la construcción y en las soluciones a los problemas que integran la ciencia penal y cuyo planteamiento, como se indica, "ha escindido en dos campos a los cultivadores". Se ponen de manifiesto las dificultades y mayor complejidad que este problema encierra en el campo penal ante el dogma legalista que le gobierna. Sin embargo, tal dogma o principio ha de ser rectamente entendido, pues "una cosa es que el Derecho

positivo haya o no de tener arranque y fundamento en normas de Derecho natural, y otra cosa, muy distinta, la de que, establecido el Derecho en la ley escrita, a ella haya de atenerse y ceñirse escuetamente el juzgador penal".

Analiza el autor la posición de Carrara, quien al definir el delito parece colocarse, a primera vista, en una posición de positivismo jurídico en las primeras ediciones de su "Programa", para pasar en las posteriores a una posición de índole filosófica, sin que con ello se llene el vacío real o aparente que quedaba entre ciencia jurídico penal y Derecho positivo. Ve en la doctrina de Carlos Binding, sobre las normas, amplísimo horizonte en tal empeño, siempre que sea adecuadamente entendido el significado y alcance de los términos norma y antijuridicidad. El recto camino es, para el autor del trabajo, superar el concepto de antijuridicidad meramente formal dotándola de un contenido material que salve el escollo del positivismo jurídico en cuya búsqueda las construcciones de von Liszt, Max Ernesto Mayer, el Conde Dohna y la del mismo Stammler "no satisfacen al logro de una formulación de principios eternos de valor absoluto y universal quedando en mero formulismo o confiando la tarea creadora a la sola Razón humana". Termina evocando aquella "Filosofía perenne" del escolasticismo con sus felices soluciones, considerando que el Derecho natural ha de ser el contenido material de todo derecho. En ese derecho ha de tener su basamento el contenido material de la antijuridicidad, lo cual colmará el indicado vacío existente entre ciencia penal y Derecho positivo.—AMADOR SÁNCHEZ GARCÍA.

LUZÓN DOMINGO (Mannel): *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal con especial referencia a los delitos de imprudencia.*

Prólogo de ALAMILLO SALGADO. Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1960 (Vol. I, 522 págs.; Vol. II, 538 págs.).

A pesar de la trascendencia que la culpabilidad tiene entre todos los temas de la teoría general del delito, y de la copiosa literatura que ha suscitado, sobre todo en lo que va de siglo, la aportación española sólo va poco más allá de las obligadas menciones en las obras generales. Luzón Domingo ha emprendido y llevado a término un trabajo difícil y ambicioso, a saber, el de elaborar con arreglo a puntos de vista rigurosamente congruentes una construcción de la teoría de la culpabilidad sobre la base voluntarista a la que aparentemente responde nuestro Código penal. La tarea que se ha propuesto merece ya por este solo hecho toda suerte de alientos, tanto más cuanto que, ello implica muchas y pacientes lecturas y una consideración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo tan detallada como no se había hecho hasta ahora. Cualquier discrepancia que pudiera apuntarse en esta breve nota queda desde este momento subordinada al reconocimiento de los méritos indudables del autor y a la esperanza de



que las polémicas que suscite han de contribuir a esclarecer conceptos que no por ser de uso frecuente tienen la precisión que sería de desear.

Luzón Domingo parte de la base de que la *imputabilidad* no es algo real, sino una mera posibilidad "abstracta y potencial" de atribuir al hombre hechos o conductas "como a su causa eficiente y libre" (pág. 49), es decir, que no establece diferencia alguna entre la llamada imputabilidad moral y la imputabilidad jurídico penal. La culpabilidad es "una actualización de la imputabilidad con referencia a una concreta conducta antijurídica" y cabe definirla como "la situación fáctica de una conducta, contraria a derecho, de un sujeto, que la hace producto moral de la voluntad consciente y libre del mismo" (pág. 101). Los elementos que integran la culpabilidad son, por consiguiente, el conocimiento "verdadero", la voluntad "libre" y la "relación moral de causalidad eficiente" (pág. 106). En este momento, el autor da un paso decisivo en su construcción. Así como la culpabilidad es la concreción de la imputabilidad, ésta se manifiesta siempre en una de estas dos formas: dolo o culpa. Lo importante, dice Luzón, es dejar sentado que cuando se habla de "dolo o culpa, nos estamos refiriendo a la culpabilidad, y que, fuera de tales, no cabe hablar de ella" (pág. 110). De esta manera se pronuncia terminantemente por una *concepción psicológica* cuyas ventajas son innegables en cuanto soslaya las espinosas cuestiones que se plantean a toda concepción normativa de la culpabilidad, pero al mismo tiempo acepta la nada fácil problemática que aquella concepción tiene que resolver para concordarse con el derecho positivo.

De acuerdo con estas premisas es evidente que el acento se ha de desplazar ahora de la culpabilidad a las denominadas formas o grados de la culpabilidad en y a través de las cuales la culpabilidad se manifiesta. Luzón da como caracteres comunes a ambas formas —dolo y culpa— el que "la voluntad actualizada que ha de darse en la situación fáctica ha de ser una decisión espiritual de realizar una conducta, consciente de las consecuencias y alcance de la misma conducta, pero en forma tal que se determinen y decidan estas consecuencias, o se prescinda de las mismas y se decida su no realización, por la conducta que se sabe puede acarrearlas" (pág. 125). Así arrancando siempre de una conducta voluntaria, se diversifica el dolo de la culpa en que la voluntad en aquél "comprende no sólo la conducta, sino también el evento" (pág. 144), mientras que en la culpa el evento dañoso efectivamente producido no ha sido querido (pág. 242). En el *dolo* el "nexo moral de causalidad sigue caminando y concluye hasta dejar agotado el evento", y en cambio, en la *culpa*, "el nexo moral muere en la conducta, y a partir de esta causalidad cambia de vehículo y para llegar a la meta del evento ha de caminar cabalgando sobre la mera materialidad, porque si bien la cadena causal aún sigue funcionando, ya el evento no será la consecuencia directa de una voluntad impulsora.... sino la simple consecuencia naturalística de una conducta que ha desencadenado una serie de fuerzas que necesariamente han originado su producción" (pág. 288). El dolo se define como "la situación fáctica de una voluntad, por cuya virtud es causa moral eficiente, inteligente y libre de la conducta de un sujeto y de sus consecuencias aceptadas, contra-

rias a derecho" (pág. 144). La culpa como la "situación fáctica de la voluntad consciente de una conducta racionalmente peligrosa, innecesaria y no permitida, que, a su vez, ha sido causa eficiente de un evento contrario a derecho y no querido" (pág. 230). El evento es un elemento esencial de la culpa (pág. 242) y ha de ser precisamente un "evento natural" (pág. 255). Aprueba el criterio de nuestro Código sobre la punibilidad en general de toda conducta culposa "salvo cuando se trate de conductas peligrosas de escasa intensidad o referentes a relaciones jurídicas puramente privadas, o reparables plenamente aun a efectos públicos, sin imposición de pena, o se hayan ocasionado eventos dañosos de mínima importancia" (pág. 341). Lo que se llama *preterintencionalidad* "implica la voluntad indirecta de un evento dañoso, causado por desviación de cualquier indole del golpe encaminado a producir otro evento de la misma naturaleza, pero menor, siempre que tal desviación guarde relación moral con la voluntad fáctica motora del sujeto, pero nunca cuando sea debida a una interferencia que rompa el nexo causal" (pág. 370).

En torno a estas ideas fundamentales claramente expuestas desgrana el autor el enorme número de cuestiones enlazadas con ellas. Las clases del dolo, las de la culpa, las fórmulas que suministra la legislación extranjera, la participación en los delitos culposos, la compatibilidad o no de la intención con la culpa, el grado de ejecución en los delitos culposos; critica el sistema actual de no distinguir en materia de reincidencia las infracciones dolosas y las culposas (pág. 472), y se extiende con el caso fortuito procurando superar el concepto puramente negativo reinante (págs. 501 y sigs.).

El volumen II, reservado a la segunda parte del libro, está dedicado a "los delitos de imprudencia en la práctica legal y jurisprudencial". Este título, al cual responde efectivamente el contenido, anuncia la riqueza de temas y materiales que en él se desarrollan. Un poco al modo de don Luis Silvela, después de haber expuesto los "principios" se desciende aquí al Derecho positivo que, conocidas las premisas ofrece para Luzón, especialmente en lo que concierne a la interpretación comúnmente aceptada por la jurisprudencia en los puntos más debatidos, ocasión para mostrar la aplicación de aquellas teorías desenvueltas en el volumen I intitulado "la culpa en la problemática de la culpabilidad". Los dos primeros capítulos están dedicados a la voluntariedad, respecto a la que propugna una interpretación "teleológica, objetiva y progresista", y al dolo; los dos siguientes a la culpa, continuando con el caso fortuito (págs. 121 a 150). El resto supone un análisis tan minucioso de la jurisprudencia como no se había hecho hasta ahora, no sólo en cuanto concepto, clases y elementos del delito culposo, como acudiendo a puntos de vista criminológicos auxiliares, respecto a determinadas actividades que suelen dar lugar a una incriminación de este género, cual el manejo de vehículos a motor, de tracción animal, tranvías, o bien armas de fuego, instalaciones eléctricas, gas del alumbrado, construcción de obras, ejercicio de la medicina, etc. Si se añade que el autor estudia también la jurisprudencia de los delitos culposos en relación con las diferentes figuras de la parte especial, se

comprenderá la dificultad de rendir cuenta aquí del inmenso número de problemas concretos que son objeto de desarrollo en el segundo volumen al que ahora nos referimos.

Con esta obra importante en la que un práctico defiende y justifica puntos de vista que operan en la realización del derecho punitivo arrastrando en su congruencia a veces una objetivización no por criticada superada siempre, con suficiente grado de practicabilidad, se inicia, esperamos así, un posible diálogo entre la concepción psicológica, vehementemente defendida por el autor, y la llamada concepción normativa que puede decirse hoy dominante desde el punto de vista doctrinal.—J. M.<sup>a</sup> R. D.

PARADA VÁZQUEZ (José Ramón): *La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos*. "Revista de Administración Pública", núm. 31. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1960; pág. 95.

En la *Revista de Administración Pública*, núm. 31, se publica un trabajo titulado "La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas", de José Ramón Parada Vázquez, del Cuerpo Jurídico Militar y profesor ayudante de la Universidad de Valladolid.

Se inicia el trabajo comentando la importancia de garantizar los derechos del administrado y su desenlace en la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956 y Ley de Procedimiento de 1958, cómo ha trabajado la doctrina sobre ambos textos y cómo se va fiscalizando la potestad reglamentaria y el acto administrativo, "en sus más recónditos secretos: el fin y la causa", aplaudiendo el sentido judicialista de la nueva Ley de lo Contencioso y el carácter técnico-administrativo que se exige a los encargados de la administración de aquella jurisdicción. Así el autor, junto con la fiscalización administrativa, también conveniente para garantizar aquellos derechos del administrado, entra de lleno en el complemento de aquellos medios de garantía, la responsabilidad de los funcionarios objeto de su apasionante trabajo.

Parte de un supuesto indudable, de que el acto administrativo y la norma reglamentaria emanan de una persona fija, el funcionario; y lo absurdo que sería ajusticiar acto y norma, olvidando de quién nacen. Descubriendo una relación cuantitativa inversa: a mayor número de procesos contra los actos, menor contra los funcionarios, y la inversa, y cómo este tema de la responsabilidad ha sido algo olvidado por la doctrina por haber sido examinado por separado por penalistas, administrativistas, civilistas y procesalistas. El autor logra, a nuestro juicio, el examen unitario de la cuestión de tanta trascendencia práctica.

Califica las cuestiones previas administrativas para exigir esta responsabilidad, como los parapetos de siglo y medio de irresponsabilidad. Cree que es escasa la fortuna en la regulación de este problema en los

artículos 44 al 49 de la Ley de Régimen jurídico, por considerarlos meras declaraciones de principios y porque entrevé que el legislador ha estado más preocupado por la defensa del funcionario que del administrado. Favorablemente se glosa el párrafo segundo del art. 44 de aquella Ley, que establece lo innecesario del consentimiento previo de la Administración para iniciar el procedimiento, aunque bien, dice, no es nuevo en nuestro Derecho.

El significado práctico de las vocaciones en el Derecho francés, se estudia por su influjo en el nuestro, y la influencia en aquéllas de la Administración, con las fluctuaciones derivadas, la mayor parte de cambios políticos. Tras una documentada exposición comparada del Derecho francés y el anglosajón, concluye, que si en el Derecho continental se suprime la protección directa, el funcionario, en su tendencia hacia la irresponsabilidad, encuentra su cobertura en la vía de conflicto de atribuciones. Ampliamente se analiza la prejudicialidad, vía de conflictos en Francia, y la plenitud de jurisdicción del juez penal. Recuerda que en el Estatuto de Bayona se asigna al Consejo de Estado la facultad de conocer "de la citación a juicio de los agentes o empleados de la Administración pública", cómo las Cortes de Cádiz repudian el sistema por creerlo amparador de irregularidades, afirmando un sentido judicialista que olvida la Constitución de 1837, recorriendo la legislación posterior, abordando el texto constitucional de 1876 "que abre de nuevo la posibilidad del renacimiento de la garantía derogada, al establecer que —una Ley especial determinará los casos en que haya de exigirse autorización previa para procesar ante los tribunales ordinarios, a las autoridades y agentes—".

Ley que no nace no tocando el tema la Constitución republicana de 1931, concluyendo en la actual Ley de Régimen jurídico en su art. 44, enlazando con el art. 119 del Código penal, definidor del funcionario público.

Certeramente se dice, que, en los textos constitucionales españoles, se procura defender el poder judicial, latido inverso al de otros textos fundamentales extranjeros, en que se procura defender a la Administración del poder judicial, apreciando la prejudicialidad en la Ley de Enjuiciamiento criminal y Ley de Conflictos.

El final es unas conclusiones que se inician así: "ante la realidad que este estudio creemos que pone de manifiesto sobre la languidez y debilidad, muy cercana a la inexistencia de la responsabilidad criminal de los funcionarios públicos": proponiendo como soluciones, complementar el artículo 44 de la Ley de Régimen jurídico, excluyendo formalmente la posibilidad de toda cuestión previa administrativa, derogación del artículo 15 de la Ley de 17 de julio de 1948 y la regulación de un procedimiento para la sustanciación de las cuestiones prejudiciales administrativas, abogando por cierta especialización del funcionario de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

De gran interés, con abundancia de datos, razones claras, es este trabajo en que Parada Vázquez nos descubre este aspecto de la responsa-

bilidad de los funcionarios, no para evitar problemas dejándolos al descubierto, sino para enfrentarse con ellos y ofrecer soluciones.—JULIO FRANZO DOMÍNGUEZ.

**LÓPEZ MEDEL (Jesús):** *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. Centro Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1959; 311 págs.

José López Medel, del Cuerpo Jurídico Militar del Ejército del Aire y registrador de la propiedad, ha publicado un trabajo titulado "Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público".

El autor, premio "Gascón y Marín" de 1957, nos tiene acostumbrados a trabajos brillantes al mismo tiempo que profundos. Su nuevo estudio, publicado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, ha sido publicado en la revista *Crítica de Derecho Inmobiliario*.

El trabajo consta de tres partes fundamentales, una preliminar, en la que se analiza la acción administrativa en general, y la particular de la realización del Derecho y del Registro de la Propiedad. Se examina con brillantez el Registro de la Propiedad y el servicio público, analizando los conceptos de acción política, de gobierno, social, teológica, técnica y jurídica. Se contempla la realización del Derecho por la Administración y se procura delimitar las fronteras entre las distintas funciones del Estado.

Interesantes son los comentarios que el autor hace del capítulo del *Corso*, de Zanobini, titulado, "Administración pública del Derecho privado", fundamentalmente en lo relativo a la función pública, criticando no el fondo, pero sí el título, con razones agudas. Terminándose la parte preliminar con la seguridad jurídica y social del Registro.

Se inicia la parte general definiendo el servicio público como "una modalidad de la acción administrativa, consistente en satisfacer las necesidades públicas de manera directa y por órganos de la propia Administración, creada al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares".

Se analizan distintos criterios doctrinales para precisar el concepto del servicio público. Es interesante la consideración que el autor hace al decir que "es posible que este criterio de incorporar el servicio público a una tarea de necesidad social no estrictamente de orden material, sino incluso jurídica o administrativa, roce con el sentido tradicional de aquél, tan desarrollado en el campo de las necesidades externas —ferrocarriles, aguas, telégrafos, teléfonos—, en las que el usuario es normalmente individual, específico. Si así ocurre en la generalidad de los casos, ello no resta para que con el mismo criterio de una evolución histórica del servicio, cubriendo necesidades nuevas o haciendo de las privadas otras públicas, constituyamos con detenimiento la doctrina del usuario social, pro-

fundizando en la separación meramente clasista del *uti singuli y uti universali*, posición que aplaudimos sin reservas.

Preguntase el autor, si puede recaer el objeto de un servicio público en la justicia, respondiendo con argumentos de un amplio contenido social, pasando a ver la autenticidad y constatación como objeto de un servicio público.

Se precisan los caracteres distintivos de cada una de las actividades administrativas, analizándose lo que es el Registro de la Propiedad desde los puntos de vista doctrinal, legal y como servicio público, afirmando cómo por falta de seguridad publicitaria se entorpece el tráfico.

Estudia la evolución histórica de la publicidad inmobiliaria, empezando por los pueblos primitivos, pasando luego por Egipto, Grecia, Roma, en sus tres fases fundamentales y terminando por los pueblos germánicos, examinando seguidamente el sistema de organización en distintos países.

Se inicia el estudio del Derecho español vigente, destacando la doble legislación hipotecaria del Código civil y la Ley Hipotecaria.

La parte especial se dedica al Registro de la Propiedad como servicio público, viendo en el Registro no una institución tendente a garantizar exclusivamente derechos privados, sino también para servir al interés general, para lo que se impone la concepción del Registro como servicio público. Se estudia el Registro y las modalidades administrativas de fomento, policía y servicio público, diciéndose cómo la actuación del Registro, en cuanto servicio público, es una de las claves del reencuentro del Registro consigo mismo y con la necesidad social que le "busca" y le "necesita"; determinando los caracteres de este servicio público. El objeto del Registro, la naturaleza de la función y del procedimiento registral y la organización del Registro, son el objeto de la última parte del libro.

El trabajo de López Medel, a nuestro juicio, parte de una premisa indudable: la creencia de que la sociedad es la destinataria del Registro de la Propiedad y que por ello constituye un servicio público, pues la función social que a la propiedad se le exige requiere contornos especiales del Registro, siendo partidario de la inscripción obligatoria, abogando por una obligatoriedad progresiva.—J. I. D.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid acordó, en Junta del día 20 de octubre de 1960, delegar en los Catedráticos de Derecho internacional y de Derecho penal la organización de unas *Jornadas de Derecho penal militar y Derecho de la guerra*. En cumplimiento de este acuerdo se han iniciado los trabajos preparatorios recabando las colaboraciones necesarias.

Las Jornadas se celebrarán los días 4, 5 y 6 del próximo mes de mayo.

La inscripción será gratuita. No se concederán ayudas económicas de ninguna clase. No obstante, se establecerá un servicio para los que deseen que se les gestione alojamiento. El plazo de inscripción terminará el día 1 de abril de 1961.

Las cuestiones que han de ser estudiadas y discutidas serán las siguientes:

Tema 1.º *Las causas de exención de la responsabilidad criminal en el Derecho penal militar.*

1. "Derecho penal militar y Derecho penal común." Ponente: don José María Rodríguez Devesa, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid.

2. "De las causas de exención de la responsabilidad criminal en general." Ponente: D. Victoriano Vázquez de Prada Lesmes, Coronel Auditor del Ejército de Tierra.

3. "Las causas de justificación en el Derecho penal militar." Po-

nente: D. Miguel Páramo Cánovas, Coronel Auditor de la Armada.

4. "Las causas de exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal militar." Ponente: D. Pedro Rubio Tardío, Teniente Coronel Auditor del Ejército del Aire.

5. "Las enfermedades mentales y el Derecho penal militar desde el punto de vista psiquiátrico." Ponente: don Emeterio Fernández Marcos, Capitán Médico del Ejército de Tierra.

Tema 2.º *El Derecho de la guerra y su evolución.*

1. "El Derecho clásico de la guerra." Ponente: D. Alejandro Herrero Rubio, Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Valladolid.

2. "El Derecho actual de la guerra y sus perspectivas." Ponente: D. Luis García Arias, Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Zaragoza.

3. "El Derecho actual de la guerra terrestre." Ponente: D. Eduardo de Nó Louis, Coronel Auditor, Jefe de la Sección de Derecho militar del Instituto Francisco de Vitoria.

4. "El Derecho actual de la guerra marítima." Ponente: D. José Luis de Azcárraga y Bustamante, Teniente Coronel Auditor de la Armada, Jefe de la Sección de Derecho marítimo del Instituto Francisco de Vitoria.

5. "El Derecho actual de la guerra aérea." Ponente: D. Luis Tapia Salinas, Teniente Coronel Auditor del Ejército del Aire, Jefe de la Sección de Derecho aeronáutico del Instituto Francisco de Victoria.

Las comunicaciones sobre los temas indicados, sobre alguno de los aspectos en que se descomponen, o puntos concretos relacionados con ellos, se recibirán hasta el día 15 de febrero de 1961. Cualquier comunicación que llegue con posterioridad a la fecha señalada, en que se entregarán a los ponentes, no podrá ser tomada en consideración.

En el Programa de las Jornadas se dedicará un día a cada uno de los temas. Estará prevista una Sesión destinada a la apertura y aprobación del Reglamento por el que han de regirse los trabajos, y otra Sesión para la clausura. Los trabajos, en principio, se realizarán por Secciones, a base de Coloquios que tendrán por objeto la síntesis llevada a cabo por los Ponentes respectivos.

La documentación que se publique se remitirá tan sólo a los que se hayan inscrito para participar en las Jornadas. Su envío será gratuito. Las Actas podrán adquirirse en su día al precio que se fije.

Toda la correspondencia relacionada con las Jornadas puede dirigirse, indistintamente, a los doctores don Alejandro Herrero Rubio y don José María Rodríguez Devesa, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid.

• • •

La Cátedra "General Palafox", de Cultura Militar de la Universidad de Zaragoza, celebró su IX Curso de Conferencias, VI de los de verano,

en Pamplona, del 17 al 23 de julio último. Las fechas, comunicaciones y conferencias fueron las siguientes:

#### Conferencias públicas

— 17 de julio (Sesión de Apertura): D. Carlos Marín de Bernardo Lasheras, Capitán General de la 6.ª Región Militar, Jefe del Cuerpo de Ejército de Navarra: *Estructuración funcional de las Fuerzas armadas*.

— 18 de julio: D. Gregorio López Muñiz, General Gobernador Militar de Navarra: *La Defensa nacional terrestre en la guerra atómica*.

— 19 de julio: D. José López-Sanz y de Alamán, Teniente Coronel Profesor de la Escuela de Aplicación de Intendencia: *Defensa nacional y Economía: guerra económica y gastos de Defensa*.

— 22 de julio: D. Miguel Javier Urmeneta Ajarnaute, Teniente Coronel de Estado Mayor, Alcalde de Pamplona: *Valoración militar de las ciudades en la Defensa nacional*

— 23 de julio (Sesión de Clausura): D. Manuel Fraga Iribarne, Catedrático de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid: *Defensa nacional y Diplomacia*.

#### Comunicaciones en Seminario

— 20 de julio: D. Enrique Manera Regueira, Capitán de Fragata, Subdirector de la Escuela de Guerra Naval: *La situación geoestratégica nacional en la estrategia global*.

D. Claude Goyard, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier: *La acción psico-*



*lógica como arma de la Defensa nacional.*

D. Aurelio Guaita Martorell, Catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Zaragoza: *Administración y Defensa nacional.*

D. Martín Montoya Garnica, Teniente Coronel de Aviación: *La Defensa aérea.*

— 21 de julio: D. Joaquín Rodríguez Cabezas, Teniente Coronel de Estado Mayor: *La Defensa pasiva.*

D. Eduardo Blanco Rodríguez, Teniente Coronel de Estado Mayor: *La movilización moral para la Defensa nacional.*

D. Carlos Alvarez Zalba, Teniente Coronel Profesor de la Escuela de Estado Mayor del Ejército: *Tendencias orgánicas en materia de Defensa nacional.*

D. Luis García Arias, Catedrático de Derecho internacional y Director de la Cátedra "General Palafox" de la Universidad de Zaragoza: *Defensa nacional y Educación nacional.*

\*\*\*

En 7 de julio del presente año 1960, España ha depositado el instrumento de ratificación del *Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*, firmado en La Haya el 14 de mayo de 1954. El texto puede encontrarse en el "Boletín Oficial del Estado", número 272 de 1960.

\*\*\*

Por Orden de la Presidencia del Gobierno de 14 de septiembre de 1960 ("B. O. del E." núm. 228), ha sido nombrada una Comisión Interministerial para estudiar la creación

del *Servicio de Policía Militar de las Fuerzas Armadas*. Componen esta Comisión: como Presidente, el General Jefe de la Primera Sección del Alto Estado Mayor; un Jefe del Alto Estado Mayor como Secretario, y como Vocales, un Jefe de cada uno de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire.

\*\*\*

Se ha constituido la sección española de la *Association Internationale de Droit Pénal*, con domicilio en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Sección de Derecho penal), Duque de Medinaceli, 6, Madrid-14. La inscripción es gratuita, sin más obligación que la de suscribirse al "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales".

\*\*\*

Por Decreto de 17 de noviembre de 1960 ("B. O. del E." núm. 278) se da nueva estructuración a los servicios de la Policía Territorial de la Provincia de Sahara. Se encomienda a dicha Policía Territorial los servicios siguientes: a) Los relacionados con la seguridad y orden público en general. b) Los servicios de información e investigación en sus diversos aspectos. c) La persecución de toda clase de delitos y aprehensión de los responsables para ponerlos a disposición de la Autoridad competente. d) La vigilancia y seguridad de los núcleos urbanos y rurales. e) La protección de las personas y propiedades. f) El ejercicio de las funciones inherentes a la Policía judicial, urbana, forestal y resguardo fiscal. g) Velar por el exacto cumplimiento de las leyes y demás disposiciones de obligado cumplimien-

## INFORMACION

to, imponiendo el respeto a las mismas; y h) Cumplir los cometidos especiales que les asigne el Gobernador General, sus delegados y las autoridades competentes de la provincia.

### Argentina

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires convocó unas jornadas que se celebraron los días 22 a 28 de agosto de 1960, sobre el tema: *Orientaciones contemporáneas sobre la reforma de los Códigos penales*. Concurrió por España el Sr. Quintano Ripollés.

### Austria

En Viena, en los días 22 al 27 de mayo de 1961, tendrá lugar el V Congreso de la *Academia Internacional de Medicina legal y Medicina social*. El cuestionario del Congreso es muy extenso y comprende los temas más importantes de la Medicina legal. Información: *Secrétariat du 5eme. Congrès de l'Académie Internationale de Médecine légale et de Médecine sociale*. Viena IX, Sensengasse, 2.

\*\*\*

Ha tenido lugar en Viena, del 20 de junio al 4 de julio de 1960, un Seminario de la O. N. U. para la protección penal de los derechos humanos. El principal objetivo ha sido el intercambio de información.

### Cruz Roja

El C. I. C. R. ha editado recientemente, en lengua inglesa, el *Comen-*

*tario al III Convenio de Ginebra de 1949 (Prisioneros de guerra)*, obra publicada en francés en 1958 bajo la dirección de J. Pictet, Director de Asuntos generales.

\*\*\*

La *Agencia Central de Prisioneros*, creada por el C. I. C. R. en 1939 y cuyas facultades y misiones fueron ampliadas por el III y IV Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, extendiendo su radio de acción a personas civiles, como ya venía haciéndolo en la práctica, ha variado su denominación por otra más en consonancia con su función actual. A partir de 1.º de julio de 1960 se denomina: *Agencia Central de Informaciones (Agence Centrale de Recherches)*.

### Estados Unidos

La *Judge Advocates Association* celebró en Washington, en 30 de agosto pasado, en los locales del Tribunal Militar de Apelación de los Estados Unidos, su reunión anual.

### Francia

De acuerdo con el *Protocolo franco-polaco, de 11 de diciembre de 1959*, se han celebrado del 28 de marzo al 2 de abril de 1960 las primeras *Jornadas jurídicas franco-polacas*. Tema: "La influencia de los nuevos descubrimientos científicos sobre el Derecho civil, el Derecho penal y el Derecho administrativo." Las dos primeras sesiones (en París) se dedicaron a "La influencia de los descubrimientos científicos sobre el derecho de personas y de familia, y sobre el

procedimiento civil", y "Problemas planteados por la aplicación de las técnicas nuevas al Derecho penal y al procedimiento penal". La tercera sesión (en Grenoble) se dedicó a "La responsabilidad por la actividad administrativa con ocasión de daños causados por ella". En la *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1960, número 3, se publica una amplia relación de los debates.

• • •

Se ha celebrado el *I Congreso francés de Criminología* (Lyon, 21 al 24 de octubre de 1960), bajo la presidencia de Garraud. Tema: *Estudio de los problemas planteados por el examen de la personalidad tal como está previsto en el nuevo Código de procedimiento penal*. Se ha estudiado en los aspectos jurídico, médico-psicológico y deontológico.

#### H o l a n d a

La *Société Internationale de Droit Pénal et de Droit de la Guerre* celebró reunión de su Consejo directivo en La Haya, a fines del pasado mes de octubre. El Consejo de dirección se amplió con otros miembros de la Sociedad, llamados en calidad de ponentes o expertos para el estudio de dos temas que vienen siendo objeto de atención preferente por parte de la Sociedad; el relativo a la protección de los secretos militares de los aliados y el de la subordinación militar en el marco de los ejércitos internacionales.

Sobre el primero de estos temas —que constituye en realidad una puesta al día y un complemento de trabajos anteriormente realizados, y

que cristalizaron en la edición del volumen, titulado *Secret militaire et liberté de la presse*, publicado por Jacques Leauté, Secretario general de la Sociedad, como consecuencia de la Reunión de Estrasburgo de 1957— fueron presentados informes y comunicaciones elaborados por los señores Grunewald (Alemania), Gerard (Bélgica), Gomes Carneiro (Brasil), Nyholm (Dinamarca), Rodríguez Devesa (España), Mercier (Francia), Goerens (Luxemburgo) y La Gordt Dille (Países Bajos). En el curso del intercambio de opiniones y a la vista de los datos aportados, se comprobó que el mayor número de las legislaciones nacionales no incluyen en sus textos penales una definición del secreto militar, sino que consideran que se ha de reputar secreto aquello que lo es por su propia naturaleza, y que habrá de determinarse en cada caso. En este aspecto, se puso de manifiesto cómo la Ordenanza francesa de 4 de junio último, modificativa del Código penal, abandona la primera de estas posturas, renunciando a definir el secreto militar. También se señaló cómo algunas de las cuestiones planteadas en anteriores reuniones, tales como las del espionaje abierto, habían sido abordadas y resueltas en dicho texto legislativo, al incluirlo en el nuevo artículo 74 del Código penal francés.

Respecto a la protección del secreto militar de los aliados, se dibujaron, del estudio de las legislaciones, tres posturas: la primera, en la que figura Bélgica, en la que textos legales lo protegen especialmente, normas dictadas en cumplimiento de las disposiciones del Pacto de la NATO, y en el que figuran algunas otras naciones partes de dicho tratado; una segunda, en la que se integran Bra-

sil y España, que lo protegen sólo en tiempo de guerra o en campaña contra un enemigo común, y una tercera, en la que figuran Holanda, Canadá y otras legislaciones, en las que no existe disposición legal específica, aunque por el juego de otras, de carácter general, pudieran llegar a tutelarse.

En cuanto al tema relativo a la subordinación militar, realizado un cambio de impresiones, fueron confeccionados cuestionarios que permitirán, en su momento, un estudio comparativo de legislaciones, base para las ponencias del segundo tema del Congreso de Florencia, aportándose también algunos ejemplos de la práctica actual en unidades o ejércitos internacionales.

Respecto al Congreso que la Sociedad celebrará en Florencia, se fijaron, en principio, los días 17 al 20 de mayo de 1961, para su celebración, con arreglo al siguiente programa:

Tema 1.º *La aeronave militar en el Derecho de gentes*. Ponente, General, R. Mónaco, Director de lo Contencioso del Ministerio de Asuntos Exteriores de Italia.

Subtemas:

- a) *El estatuto jurídico de la aeronave militar*. Ponente, G. Missoff, Teniente Coronel del Cuerpo autónomo de Justicia Militar (Francia).
- b) *La aeronave militar y la protección de la vida humana*. Ponente, H. Bosly, sustituto del Auditor general (Bélgica).
- c) *La protección de los bienes culturales en la guerra moderna*. Ponente, G. Vedovato, profesor de la Universidad de Perusa (Italia).

- d) *La aeronave y los países no beligerantes*. Ponente, E. de Nô Louis, Coronel Auditor, en colaboración con P. Rubio Tardío, Teniente Coronel Auditor del Aire (España).
- e) *Primeras nociones de un Derecho especial*. Ponente, Gallagher, Capitán "Judge-advocate" (Estados Unidos).

Tema 2. *La subordinación militar en el marco de la cooperación internacional*. Ponente, General J. Gilissen, primer sustituto del Auditor general (Bélgica).

Subtemas:

- a) *La subordinación militar en Derecho comparado*. Ponente, S. B. Nyholm, primer sustituto del Auditor general (Dinamarca), y Follstad, Abogado general (Noruega).
- b) *El mando militar internacional*. Ponente, aún no designado en firme.
- c) *La represión de la subordinación en casos de cooperación internacional*. Ponente, P. J. La Gortt Dille, Coronel Inspector del Servicio Jurídico Militar (Holanda).

Entre las comunicaciones e intervenciones previstas, figuran las siguientes a cargo de españoles: Primer tema: subtemas b) y c), Felipe Alfin Delgado, Teniente Coronel Auditor de la Armada. Subtema e), Pedro Rubio Tardío, Teniente Coronel Auditor del Aire. Segundo tema: subtema a), José María Rodríguez Devesa, Teniente Coronel Auditor y Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid. Subtema c), Francisco Jiménez Jiménez, Teniente Coronel Auditor.

Los subtemas b) y c) del primer tema serán discutidos conjuntamente. Las comunicaciones pueden ser enviadas hasta 1.º de enero de 1961.

El Consejo se ocupó de otras varias cuestiones, y, entre ellas, de la próxima publicación de las ponencias del Congreso que se celebró en Bruselas en mayo de 1958, volumen que aparecerá a fines del presente año; así como de la construcción del edificio perteneciente a la Universidad de Estrasburgo, donde quedará definitivamente instalada su sede social, y se formará la biblioteca especializada, ya iniciada. Se prevé que dichos locales queden en condiciones de ser ocupados en 1963, en cuyo caso se celebraría en Estrasburgo, con ocasión de su inauguración, el tercer Congreso de la Sociedad.

Fueron admitidos algunos nuevos asociados pertenecientes, entre otros países, a varios de habla hispana, tales como Argentina, Chile, Perú, México, Paraguay, Uruguay, Venezuela, así como el Brasil.

Dos nuevos asociados españoles fueron admitidos: D. Teodoro Fernández Díaz y D. Enrique Amado del Campo, Teniente Coronel Auditor y Comandante Auditor, respectivamente.

Las reuniones fueron celebradas en locales del Ministerio de Defensa neerlandés, siendo acogidos y atendidos los concurrentes por los miembros holandeses de la Sociedad, profesor Belinfante y Coroneles La Gordt Dillie y Barendrech y sus colaboradores. Unas recepciones de autoridades militares y de la Universidad de Amsterdam completaron el programa. Como miembro español del Consejo, concurrió el Coronel Auditor D. Eduardo de Nó Louis, director de la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.

### Inglaterra

El *II Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*, cuyo temario se publicó en esta REVISTA, núm. 8, página 160, tuvo lugar en Londres en las fechas previstas, aunque la celebridad con que se condujeron los debates permitió acortar el calendario en un día (8-19 agosto 1960). El trabajo se repartió en tres secciones: 1.ª Delincuencia y policía de menores; 2.ª Tipos de delincuencia consecutivos al desarrollo económico de los países subdesarrollados y penas cortas; 3.ª Tratamiento penitenciario en la economía nacional. Merecen destacarse los *rappports* generales de Middendorff (menores), la *Interpol* (policía de menores), Pfander (penas cortas) y García Basalo (tratamiento penitenciario). La representación oficial de España estuvo a cargo de los señores Castejón, Ortoso y Barreda. Además concurren: Díaz Villasanté, Bau Carpi, Jiménez Jiménez y Rodríguez Devesa. Participaron 84 países y territorios y cerca de mil congresistas. Los idiomas oficiales fueron: inglés, francés, español y ruso (este último por haber decidido los Estados comunistas, en vísperas de la fecha señalada, acudir al Congreso, lo que hicieron con nutridas delegaciones). Las conclusiones han sido, en general, más que una aportación efectiva a la solución de los problemas discutidos la expresión del resultado de un intercambio de informaciones y del deseo manifiesto de poner remedio al delito, intensificando el estudio de los fenómenos criminales y acentuando la importancia de los medios preventivos. En cuanto a la delincuencia de menores hubo acuer-

do en que no debe exagerarse su importancia como se viene haciendo en muchos sectores.

#### Irán

Se celebró en Teherán, del 25 de abril al 1 de mayo del presente año 1960, el XVI Congreso de Medicina y Farmacia Militares.

#### Italia

El Tribunal de Casación penal, por sentencia de 30 de enero de 1959, declaró que en virtud de la jurisdicción denominada "de la bandera", establecida por el *Convenio de Londres de 19 de julio de 1951*, el juez italiano no es competente para conocer de los hechos delictivos cometidos por persona perteneciente a un cuerpo de fuerzas armadas estacionadas en Italia, aun en el supuesto de que fueran cometidos en fecha anterior a aquella (30 de noviembre de 1955) en que dicho Convenio fué declarado ejecutivo en Italia.

• • •

En la *Gaceta Oficial*, de 17 de febrero de 1960, se publica el depósito del instrumento de ratificación por parte de Italia del *Convenio Europeo para el arreglo pacífico de las controversias*, firmado en Estrasburgo en 29 de abril de 1957.

• • •

El 24 de febrero de 1960, y a iniciativa del Ministro de Gracia y Justicia, Gonella, se ha comunicado a la Presidencia del Senado un proyecto de ley conteniendo importantes y numerosas modificaciones del Código

penal vigente. De ellas merece señalarse la propuesta de que se aplique el principio de retroactividad de la ley penal más favorable en el caso de sucesión de leyes penales excepcionales o temporales entre sí (art. 2.º, C. p. italiano). El texto íntegro del proyecto, precedido de extenso preámbulo, puede consultarse en la *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, julio-septiembre 1960, págs. 796 y sigs.

#### Mónaco

Del 9 al 11 de junio se celebró en Mónaco la *IV Reunión de la Comisión Médico-jurídica*. Figuraban en el orden del día de la reunión, entre otros temas, el de la formación y estatuto del personal encargado de contribuir al control de la aplicación de los Convenios de Ginebra.

#### Nueva Zelanda

El Gobierno de Nueva Zelanda ha invitado al Secretario general de las Naciones Unidas para organizar un ciclo regional de estudios en Wellington, del 6 al 20 de febrero de 1961, sobre el tema: "La protección de los derechos del hombre y el funcionamiento de la justicia penal". El orden del día comprende diez puntos, y en ellos destaca la preocupación por la independencia de los organismos jurisdiccionales y las garantías de los inculcados.

#### Suiza

Con arreglo a una tradición muy antigua, el soldado suizo conserva en su domicilio, al finalizar su servicio activo en filas, el equipo personal y

el arma personal correspondiente, es decir, la pistola para los Oficiales y Suboficiales de rango superior, y el fusil para los Suboficiales y soldados. A partir de la última guerra, los soldados conservan, además, en su domicilio, una dotación de municiones.

Hace aproximadamente dos años, un arma nueva ha sido adoptada para reemplazar el fusil modelo 31, el fusil de asalto; es decir, un fusil ametrallador. En 1959 ya fueron instruídos los reclutas con esta arma nueva y en virtud de un acuerdo del Consejo Federal sobre la utilización de este fusil de asalto, de fecha 5 de febrero de 1960, se ha dispuesto que en lo sucesivo la Infantería y las tropas ligeras serán equipadas con tal arma. En su consecuencia, será este fusil de asalto el que los soldados guardarán en sus domicilios.

\* \* \*

Todas las cuestiones relativas a los *cursos premilitares* han sido reguladas por una Ordenanza, de 29 de marzo de 1960, que reemplaza y deroga la de junio de 1947. Al igual que la anterior, se basa en el principio de la voluntariedad, aunque precisa que los *cursos premilitares* no pueden ser efectuados más que por aquellos jóvenes que hayan terminado su período de escolaridad obligatorio. Trata de la formación de los jefes de los cursos, de los cursos voluntarios para jóvenes tiradores, de los seguros necesarios y de la licencia de uso de armas concedida a los participantes de estos cursos.

\* \* \*

La cuestión relativa a la *construcción de carreteras* correspondía, hasta el presente, en Suiza, a la esfera

de competencia de Cantones. El artículo 23 de la Constitución Federal preveía únicamente que la Confederación podía ordenar a su costa la construcción de carreteras (especialmente de aquéllas que resultaban necesarias para el Ejército) o conceder subsidios para las proyectadas o en construcción por los Estados confederados.

Una revisión constitucional que entró en vigor el 3 de octubre de 1958 tras el voto favorable de la población y de los Cantones, ha introducido en la Constitución los arts. 36-bis y 36-ter, según los cuales la Confederación puede prever una red de carreteras nacionales siendo los Cantones los encargados de su construcción, aunque siguiendo instrucciones federales, y sujetos, en este ámbito, a la vigilancia de la Confederación. Los gastos de construcción se reparten entre la Confederación y los Cantones. El art. 36-ter prevé, además, subsidios federales y el reparto de los derechos sobre los carburantes entre la Confederación y los Cantones.

La Ley federal de 8 de marzo de 1960, sobre carreteras nacionales, que ha entrado en vigor el 16 de junio de 1960, prevé las normas de aplicación de las nuevas disposiciones constitucionales, distinguiendo tres clases de carreteras nacionales: 1.ª clase, carreteras abiertas únicamente a los vehículos de motor, solamente accesibles en lugares determinados y comprendiendo zonas de rodaje diferente en ambos sentidos, y para las cuales no existen cruces del mismo nivel (autopistas). 2.ª clase, carreteras abiertas solamente a vehículos de motor, accesibles sólo en puntos determinados y sin cruces al mismo nivel (semiautopistas). 3.ª clase, carreteras abiertas a vehículos de motor y otros

## INFORMACION

usuarios, pero en las que los cruces a nivel deben ser evitados.

Se trata, por consiguiente, de carreteras principales que interesan al conjunto del país y que tienen, a su vez un indudable interés militar.

\* \* \*

En 1.º de julio de 1960 ha entrado en vigor la *Ley federal sobre utilización pacífica de energía atómica* y la protección contra las radiaciones, dic-

tada con fecha de 23 de diciembre de 1959. Tres ordenanzas para su aplicación han entrado en vigor con la misma fecha. Son las siguientes: Ordenanza sobre las definiciones y permisos en el campo de la energía atómica. Ordenanza sobre la comisión federal para seguridad de las instalaciones atómicas. Ordenanza sobre los fondos para daños atómicos diferidos. Estas tres ordenanzas fueron promulgadas con fecha 13 de junio de 1960.



# Legislación y Jurisprudencia

## I. LEGISLACION

### LOS ATENTADOS A LOS AGENTES DE LAS AUTORIDADES MILITARES

El Código penal común regula en el capítulo VI de su título II los atentados contra la Autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos. En este capítulo, el Código ordinario, después de penar en los arts. 231 y 235 los atentados contra la Autoridad, en sus diversas formas, se ocupa expresamente de iguales delitos cuando se cometan no contra Autoridad alguna, sino contra sus agentes, castigándolos, como es lógico, con menos pena.

Pues bien, con aparente paralelismo, el Código de Justicia Militar se ocupa en el capítulo IV del título IX de los atentados, amenazas, desacatos, injurias y calumnias a las Autoridades Militares. Sin embargo, el paralelismo, como decimos, es sólo muy aparente, porque, ni en la rúbrica del capítulo, ni en el articulado del mismo se menciona para nada la palabra "agente". Tal omisión parece, en principio, consciente y justificada, porque en el capítulo anterior del mismo título, el legislador define y castiga como delitos el insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada.

El razonamiento justificador parece claro y evidente: el Código ordinario pena conjuntamente —en un solo capítulo— los ataques contra la Autoridad civil y sus agentes, mientras el Código Militar lo hace en capítulos separados, por la especial importancia y naturaleza —que los convierten en delitos distintos— de esos ataques cuando van dirigidos a los agentes de la Autoridad Militar; porque tales agentes no son otros que los centinelas, salvaguardias y fuerzas armadas.

Pero sucede que este razonamiento es falso o, por lo menos, incompleto. Efectivamente, los enumerados en el capítulo III del título IX son agentes militares. Pero ocurre que no agotan las enumeraciones posibles. Y así, se quedan fuera del Código Militar aquellos agentes que no revistan el carácter con que aparecen recogidos y definidos en el mismo.

Pongamos un ejemplo: El marinero "X" recibe la orden, emanada del señor Comandante de Marina, de prestar servicio de vigilancia para

evitar que sean infringidas las normas de la Comandancia sobre la veda de determinados mariscos. Presta su servicio sin armas, y la rectitud y celo con que lo hace provocan las iras de "Z", mujer que vive de la pesca de los mariscos en veda, la cual —en tierra firme, pero estando "X" de servicio— le insulta con palabras soeces. Bien; conviene antes que nada, deslindar las posibles consecuencias jurídico-penales de este hecho. Puede suceder:

a) Que "Z" haya vertido insultos alusivos a la Autoridad representada por el marinero "X". En este caso no hay problema. "Z" será procesada por insultos a la Autoridad. Estamos en el capítulo IV del título IX del Código de Justicia Militar. Competente, la Jurisdicción Militar de Marina.

b) Que las frases injuriosas se hayan dirigido exclusivamente al marinero, pero no sean constitutivas de delito, por ser de naturaleza leve. Es decir, que sean constitutivas de falta. Podrán incluirse, sin gran dificultad —y así se hace frecuentemente—, en el art. 443, dada la enorme y, en este caso, salvadora amplitud de dicho artículo. Seguimos dentro de la competencia castrense.

c) Que los insultos, exclusivamente ofensivos para el marinero "X", sean graves y constituyan delito. En este caso, la Jurisdicción Militar habrá de inhibirse en favor de la ordinaria, porque no existiendo competencia local ni personal, tampoco se encuentran definidos los hechos en el Código de Justicia Militar, ni atribuidos a la Jurisdicción Militar por el art. 6.º, ya que dicho artículo tampoco habla de agentes, sino sólo de Autoridades. Sólo sería competente la Jurisdicción de Marina, si el tantas veces aludido marinero, además de hallarse en acto de servicio, pudiera ser incluido en los conceptos de centinela, salvaguardia o fuerza armada. Pero tal inclusión no apareció como posible en la mente del legislador. Repasemos los conceptos legales para evidenciarlo:

1) Nuestro Código no define propiamente al centinela. Se limita a ampliar, en el art. 313, el concepto, a efectos de aplicación de los artículos precedentes, incluyendo a los encargados del servicio de transmisiones y a los imaginarias. Este artículo no nos reporta utilidad ninguna para el caso que estudiamos. Pero no importa. La figura del centinela aparece claramente dibujada en las Ordenanzas Militares e incluso en la doctrina. DÁVILA y GARICANO nos dicen que "centinela es el soldado con armas que, en un puesto determinado, tiene que cumplir una consigna" (1). El mismo concepto, explicado más extensamente, hallamos en FERNANDO QUEROL (2). En sustancia podemos señalar como características definitorias del centinela:

- a') Tener como misión la vigilancia o custodia de un lugar militar.
- b') Llevar armas.
- c') Estar "colocado" en su puesto mediante un rito militar concre-

(1) DÁVILA y GARICANO: *Legislación penal militar*. Madrid, 1946; página 328.

(2) F. DE QUEROL: *Principios de Derecho Militar español*. Tomo II; página 247.

to. Especialmente destaca la nota de no poder ser relevado más que por su cabo. Así, el art. 361 castiga al centinela que se dejare relevar por otro que no sea su cabo o quien, autorizadamente, haga sus veces.

Casi no hace falta decir que el marinero "X" de nuestro ejemplo no es un centinela.

II) "El concepto de salvaguardia —explican DÁVILA Y GARICANO— término anacrónico y servicio inexistente en la práctica, no está bien precisado: unas veces se refiere a la protección especial que se concede a determinadas personas o cosas en campaña, y otras, al portador de documentos a quien se otorga este carácter." (3). Tampoco es nuestro caso.

III) En cuanto a la fuerza armada, sí que aparece precisada en el Código de Justicia Militar. El art. 312 establece que "se reputará fuerza armada a los individuos de los Ejércitos en actos de servicio de armas o con ocasión de él y a los de la Guardia Civil, siempre que vistan sus uniformes reglamentarios y presten servicio propio de su Instituto, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la Autoridad Civil, administrativa o judicial". Definición curiosa y sorprendente, que exige llevar armas a soldados en actos de servicio, para considerarlos fuerza armada, mientras otorga este carácter a los miembros de la Guardia Civil que actúen en servicio propio de su Instituto, sin exigirles expresamente el mismo requisito.

De todo lo expuesto resulta la confirmación de lo antes dicho: Que los atentados e injurias a los agentes de la Autoridad Militar "que no lleven arma" deben someterse a la Jurisdicción ordinaria. Lo cual resulta absurdo por las razones siguientes:

1.ª Es una falta evidente de lógica jurídica someter a fueros distintos a la Autoridad Militar —amparada por un fuero especial precisamente por su carácter castrense— y a sus agentes, cuando éstos obran en cumplimiento de las órdenes de aquéllas.

2.ª Más absurdo resulta aún que la Autoridad Militar pueda cambiar de fuero a sus agentes por el simple hecho, pongamos por ejemplo, de hacerles llevar un machete.

3.ª Tampoco es laudable, ni de sentido común jurídico, atribuir a la Jurisdicción Militar los atentados contra guardias civiles que operen por mandato de la Autoridad civil, aunque sea sin armas, por muy uniformados que aparezcan, mientras se envía a la Jurisdicción ordinaria a soldados o marineros que actúan en cumplimiento de órdenes superiores militares, sólo porque van sin armas.

4.ª Y tampoco deja de ser una incongruencia que, tratándose de hechos de la misma naturaleza, exista un mecanismo (el del 443) para atraerlos al fuero castrense cuando son faltas, escapándosele, en cambio, si son delitos.

Se impone, por lo tanto, dar a este problema una solución adecuada, arbitrando la fórmula para atribuir a la Jurisdicción Militar el conocimiento y castigo de los hechos a que nos venimos refiriendo. A ello pue-

---

(3) DÁVILA Y GARICANO: *Legislación penal militar*. Madrid, 1946; página 247.

de llegarse por diversos caminos. Caminos que no son de elección indiferente, porque entre ellos habrá que buscar el más rápido y práctico, siendo a la vez el más correcto, jurídicamente hablando.

A) La primera solución podría venirnos por vía jurisprudencial, forzando el concepto de centinela o el de fuerza armada, para incluir en uno de ellos a todos los agentes militares. Por ejemplo, considerando que el marinero de nuestro caso "deberá llevar armas" o que "podría haberlas llevado", y considerarlo, en consecuencia, como fuerza armada, aunque prestase su servicio sin ellas. Sin embargo, nos parece poco aconsejable recurrir a esta ficción. En primer lugar, porque la ficción es un remedio que debe usarse con prudencia, máxime existiendo otros. En segundo, porque probablemente daría lugar esta interpretación a frecuentes conflictos de competencia. Y en tercero, porque los conceptos de centinela y fuerza armada, más que jurídicos, son militares, y no sería recomendable en un Código "militar" empezar a crear conceptos —todo lo jurídicos que se quieran— desligados de la real naturaleza de las cosas, de la realidad que debe sustentarlos.

B) La segunda —a nuestro entender, perfectamente aceptable— sería la de añadir al capítulo IV la frase "y a sus agentes", después de las palabras "autoridades militares", incluyendo en él, además, un nuevo artículo (317 bis) relativo a aquéllos. Claro está que, por razones de economía penal, acaso fuese preferible evitar la creación de un delito nuevo. Al fin y al cabo, el delito en sí se halla definido y castigado en el Código penal ordinario, y lo único que hace falta es atraer su castigo al fuero castrense, como sucede con tantos otros: por ejemplo, los delitos del art. 194 que, siendo comunes, están expresamente atribuidos a los Tribunales Militares.

C) Ello se conseguiría, sencillamente, intercalando en el número dos del art. 6.º la frase siguiente: "(Por los de atentado y desacato a las Autoridades Militares) y a sus agentes, siempre que éstos operen en acto de servicio y aun cuando no lleven armas."

JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ AREAL.

## LA CLASIFICACION PROFESIONAL EN LA REGLAMENTACION DE TRABAJO DEL PERSONAL CIVIL NO FUNCIONARIO DEPENDIENTE DE LOS ESTABLECIMIENTOS MILITARES

### I. INTRODUCCIÓN

En la exposición de motivos del Decreto de 20 de febrero de 1958, que aprobó la Reglamentación de Trabajo del personal civil no funcionario, dependiente de los Establecimientos militares, se hace constar que la Reglamentación fué elaborada procurando armonizarla dentro de los principios de la nueva legislación social, con lo que se afirma, de una

parte, la especialidad del Derecho laboral Militar frente al general y el carácter subsidiario de éste respecto de aquél.

No es nuestro propósito referirnos a las modalidades específicas del Derecho laboral Militar. Gráficamente expresa VIZCAÍNO MÁRQUEZ, que es fin perseguido por la Reglamentación de Trabajo en los Establecimientos militares es el de coordinar los intereses económicos y humanos de quienes prestan su trabajo en los centros militares, con el fin de defensa a que éstos responden, de forma, que ni unos, ni otros queden perjudicados. Finalidad que justifica la necesidad de la existencia de un Derecho especial aplicable a los trabajadores no funcionarios de los Establecimientos militares, sin que ello signifique sustraerse, con carácter absoluto a los principios generales inspiradores de la vigente legislación social.

Del estudio de esta reglamentación se deduce que son muy numerosos los conceptos comunes, recogidos de la rama general del Derecho laboral. Uno de ellos es el de la clasificación profesional, aun cuando su aspecto formal esté enmarcado dentro del fuero militar.

De todas las materias reguladas por el Derecho del Trabajo la más importante es la de la clasificación profesional, en cuanto de ella se derivan todos los demás efectos causados por el contrato de trabajo. El salario, las vacaciones, los ascensos, la función a realizar, etc., son prestaciones y contraprestaciones determinadas por la categoría que ostenta el trabajador. Desde otro punto de vista, la categoría profesional es la esencia de la vida del trabajador al responder a la pregunta qué es cada individuo.

PÉREZ LEÑERO, en sus *Instituciones del Derecho español del Trabajo*, justifica la importancia concedida a la clasificación profesional en cuanto en la técnica jurídico-laboral de las reglamentaciones, los salarios se fijan en relación con las categorías. A nuestro juicio, esto no es más que una visión parcial del planteamiento de la cuestión. Cuando cada día se acentúa más la formación de una conciencia profesional en las masas de los trabajadores, referirnos a la clasificación profesional es ir al último término de la relación laboral, es hablar de la dignidad profesional de los trabajadores. La valoración del propio trabajo es el motor que primariamente impulsa las reclamaciones de una categoría superior.

Se une a esto el hecho de que no se ha llegado a arbitrar la fórmula matemáticamente exacta que determine en dónde acaba una categoría y en dónde comienza la siguiente. Reiteradamente manifiestan las reglamentaciones, que las funciones comprendidas en cada definición de categoría son meramente enunciativas, y sin que quieran significar que el trabajador debe realizar todas ellas, ni que no deba realizar ninguna otra. La imposibilidad de fijar todas las funciones inherentes a cada una de ellas, máxime dado el rápido desenvolvimiento de la técnica, impone el que sean criterios subjetivos los que imperen en esta materia y, por ello, sujetos a discusión.

Nuestra experiencia en la vida industrial nos ha hecho constatar una

general visión defectuosa del planteamiento de la cuestión de la clasificación profesional. Normalmente, cuando se estudia la categoría que debe atribuirse a cada trabajador, se piensa de un modo automático en lo que cada trabajador debe ganar, sin apercibirse de que son dos cuestiones distintas, la de la clasificación profesional y la de la valoración de tareas. Una cosa es la categoría que debe ostentar una persona en relación con las funciones que desempeña y otra el salario a abonar en atención a las circunstancias concurrentes en su puesto de trabajo.

La Reglamentación de Trabajo de los Establecimientos militares no constituye una excepción a este propósito. Lo cierto es que en el mundo laboral español no se ha planteado decididamente el problema de la valoración de tareas. En las ordenanzas laborales, en la de los Establecimientos militares, en su art. 40, hay una tímida y encubierta referencia cuando se dice "que los sistemas de racionalización, mecanización o división del trabajo que los adelantos técnicos impongan, no perjudique la formación profesional de los trabajadores y que su mejoramiento es de la mayor trascendencia para el buen rendimiento y eficacia de los Establecimientos que tengan encomendados". Es posible que esta afirmación ambigua sea la única que puede formularse cuando nos encontramos en los albores de la organización científica del trabajo, al menos en nuestra Patria. Pensemos en que ni tan siquiera se ha llegado a un acuerdo en cuanto a la fijación de la unidad trabajo hombre.

De lo que llevamos dicho se deduce nuestra posición. Al hablar de la clasificación profesional debemos fijarnos única y exclusivamente en las funciones que realiza cada individuo. El tener en cuenta otros aspectos puede, fácilmente, llevar a soluciones no exactas e injustas.

De la importancia de una adecuada clasificación del trabajador nos habla la producción cuantitativa y cualitativa de las empresas. Quizá el lema de nuestro tiempo sea producir más, más barato y de mejor calidad. Para ello es fundamental conseguir que cada trabajador dedique a su función todo el interés y atención. El trabajador siempre tendrá algo que pedir al empresario, aunque éste sea el Ramo de Guerra, pero una cosa es esto y otra que no se le conceda lo que por Ley tiene reconocido.

## II. CONCEPTO

Desde un punto de vista objetivo, la clasificación profesional es la ordenación, con arreglo a criterios de organización, de las distintas clases de trabajos que se realizan en una empresa.

Considerada en su aspecto subjetivo, la clasificación profesional es la expresión de la relación existente entre un puesto de trabajo y el que realiza las funciones inherentes a él. Supuesto contemplado por la Orden de 29 de diciembre de 1945 y el art. 8.º de la Reglamentación del Trabajo de los Establecimientos militares, que se refieren a la armonía que debe existir entre la categoría que se ostenta y la función que efectivamente se realiza.

La categoría no la determina el individuo, sino la función. A la hora de regular la situación de los trabajadores en un centro de trabajo, el primer paso a dar es el de clasificar los puestos de trabajo, determinando su número y calidad. Calificados los puestos de trabajo, únicamente queda por realizar una labor de ordenación dando a cada individuo la categoría propia del puesto que ocupa.

A estos efectos, el documento esencial es la plantilla, el equivalente de los planos, respecto de las instalaciones industriales, son los cuadros de clasificación a que se refiere el art. 20 de la Reglamentación.

En la confección de los cuadros de clasificación es fundamental fijar, previamente, qué funciones van a ser esenciales para definir cada categoría. Las categorías del personal técnico, administrativo y subalterno no suelen ofrecer duda. Tampoco la ofrecen aquellas otras del personal obrero determinadas bien en función del ejercicio de mando sobre determinada clase de personal, bien con arreglo a trabajos concretos y determinados. El problema se plantea concretamente entre las categorías comunes a casi todas las reglamentaciones de oficial, especialista y peón.

Normalmente se define al oficial diciendo que es el que ejecuta trabajos propios de un oficio clásico. Especialistas son los que desempeñan funciones que, no constituyendo propiamente un oficio, exigen, sin embargo, cierta práctica o especialidad. Por último, son peones los que ejecutan trabajos manuales para los cuales no se requiere preparación especial. Estas definiciones están transcritas de la "Reglamentación Nacional de Trabajo de la Empresa Nacional Calvo Sotelo", art. 16. subgrupo 2.º, apartados A), C) y D).

Vamos a detenernos, aunque sea unos instantes, en la definición de estas categorías, que afectan a una gran masa de trabajadores.

Se dice que oficial es quien practica un oficio. La incógnita sigue en pie, perfectamente podemos seguir preguntándonos a qué actividad humana la denominamos oficio. Para aclarar el término ambiguo de oficio se adiciona un adjetivo calificativo, se refiere a los oficios clásicos. Pero esta determinación, mejor dicho, esta calificación nada aclara, porque si el término clásico ha de referirse a lo que tradicionalmente se viene denominando oficio, tenemos que conocer que no nos sirve. La industria no está bajo el lema de la tradición, sino de la renovación. La tradición tuvo su valor hasta la revolución industrial, a partir de ella han ido surgiendo nuevas formas de energía; con éstas, nuevas máquinas, y con las máquinas, nuevas actividades, nuevos oficios.

La falta de claridad en el concepto de oficial lleva la oscuridad a la de especialista. Su indeterminación se hace patente con el empleo de un adjetivo, precisamente indefinido, pues lo es el que realiza funciones que exigen cierta práctica o especialidad, que no constituyan un oficio propiamente.

Réstanos hacer una breve referencia a la definición del peón. Esta categoría viene determinada por dos circunstancias: la de ejecutar trabajos manuales y la de que éstos no requieran preparación especial; con

lo cual se da una definición negativa refiriéndola a aquellas actividades que no sean propias de especialista, categoría que tampoco ha sido definida con la claridad que sería de desear.

Entendemos que las categorías, concretamente las tres que hemos examinado, han de ser definidas en función de los conocimientos que se exijan, la experiencia que se requiera y los demás factores que, en cada caso concreto, se estimen han de ser inherentes a la categoría que se pretenda definir.

### III. NATURALEZA JURÍDICA

El derecho a la adecuada clasificación profesional es un derecho subjetivo otorgado por el ordenamiento jurídico al trabajador, que, en la esfera de los centros de trabajo comunes, puede ser impuesto coactivamente por las Delegaciones de Trabajo, y, en el ámbito de los Establecimientos militares, encomendada su tutela a los propios Jefes de los mismos, según el art. 58 de la Reglamentación.

Una vez más se pone de manifiesto el carácter tuitivo del Derecho laboral al regular esta materia. El art. 36 de la Ley de Contrato de Trabajo establece la nulidad de la renuncia hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato de trabajo, de cualesquiera beneficios establecidos por la Ley a su favor. Indudablemente, entre ellos se encuentra el derecho a la adecuada clasificación profesional. Derecho que tampoco puede ser objeto de transacción, pues se trata de un derecho personalísimo del trabajador, del que siempre estará investido, cualquiera que sea la circunstancia en que, incluso voluntariamente, se encuentre.

Este derecho no se pierde por la prescripción; pero sí es objeto de caducidad. Al no regularse expresamente esta materia en la Reglamentación del personal civil no funcionario, dependiente de los Establecimientos militares, debemos entender que está vigente la Orden de 29 de diciembre de 1945, modificada por la de 8 de mayo de 1957, que contiene los preceptos sustantivos y formales de aplicación, y, aun cuando su parte adjetiva no sea de aplicación, creemos que no hay ningún inconveniente en admitir su plena vigencia, en cuanto a su aspecto sustantivo, ya que no se opone a la Reglamentación, y de que ésta, por su parte, en el art. 8.º se remite a las reglamentaciones comunes.

El art. 1.º de la Orden de 29 de diciembre de 1945 establece el derecho del trabajador a ser clasificado de acuerdo con la función que efectivamente realiza. Si consideramos que el modo gramatical empleado es el de indicativo, realidad, en su tiempo de presente, actualidad, y lo relacionamos con el art. 7.º de la misma Orden, habremos de llegar a la conclusión de que este derecho únicamente es viable a partir de la fecha en que se reclama su cumplimiento ante la Autoridad u Organismo competente, con anterioridad a esa fecha el derecho ha caducado.

Debe tenerse en cuenta, que el Derecho laboral no escapa al prin-



cipio de seguridad del tráfico jurídico. Cierto es que el trabajador tiene derecho a ostentar la categoría que le corresponda; pero no lo es menos que el patrono, aunque sea éste el Ramo de Guerra, no puede estar a merced de que el trabajador en el momento que quiera presente su reclamación, y que ésta, al resolverse favorablemente al mismo, haya de surtir sus efectos desde el momento en que inició la prestación de funciones base de la reclamación. El admitirlo así supondría dar al traste con toda la organización y estudios económicos, especialmente en las pequeñas empresas. La Ley protege al trabajador, le garantiza la continuidad en el trabajo y le proporciona medios para hacer valer sus derechos, pero lo que no puede hacer es ponerle a salvo de los defectos de su propia dejadez y negligencia. Razón por la cual, los efectos de la reclamación de categoría únicamente cabe retrotraerlos a la fecha en que formalmente presentó por escrito su reclamación ante el Jefe del Establecimiento del que dependa, para su curso a la Dirección General o Jefatura correspondiente.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de octubre de 1953, en la que expresamente afirma, que "únicamente a partir de la fecha en que el trabajador solicite su adecuada clasificación comenzará a surtir sus efectos, incluso los económicos; de donde se deduce, que cuando el productor no reclame y no haya, por consiguiente, acuerdo firme sobre su clasificación, recae sobre él la sanción establecida justamente en este artículo —art. 7.º de la Orden de 29 de diciembre de 1945—, puesto que sólo a su negligencia puede atribuirse que no quede fehacientemente probado extremo de tanta importancia".

Sin embargo, esta circunstancia no concurre cuando se ha extinguido la relación laboral o cuando han dejado de prestarse las funciones distintas a las propias de la categoría ostentada, pues entonces el problema es netamente económico, de diferencia de salarios, según confirma el mismo Tribunal Supremo en las sentencias de 24 de febrero de 1951 y 26 de abril de 1954, por lo que entra en juego el plazo general de prescripción de tres años.

#### IV. CLASES DE CATEGORÍAS PROFESIONALES

No encontramos en la Ley de Contrato de Trabajo precepto alguno que regule esta materia. La única referencia que puede hacerse es la del artículo 6.º, en donde se formula una enumeración de las personas, que, por la función que realizan, están enmarcadas en el concepto legal de trabajador; pero sin que, a estos efectos, se establezca sistemática ni orientación alguna. Más adelante, en el art. 22, se menciona expresamente la "clasificación profesional", para indicar qué debe ser materia a regular por los reglamentos de régimen interior de las empresas.

En definitiva, es necesario acudir a cada Reglamentación para saber las categorías profesionales que en la misma existan.

El trabajador puede ser clasificado desde dos puntos de vista: según su permanencia en la empresa y según las funciones que realiza. A ellos se refieren, respectivamente, las dos secciones del capítulo III de la Reglamentación.

a) *Clasificación del personal según su permanencia*

El art. 5.º de la Reglamentación clasifica al trabajador, teniendo en cuenta su permanencia, en fijo, eventual e interino.

Es fijo el trabajador que figura adscrito permanentemente a un Establecimiento militar para la realización del trabajo normal de éste, aun cuando su intensidad dependa de la mayor o menor amplitud de los planes de labores que lo determinen o de las correspondientes consignaciones presupuestarias.

Dos son, pues, las notas que caracterizan al trabajador fijo: su adscripción permanente a un Establecimiento militar y la realización del trabajo normal de éste.

Es eventual el que se contrata para atenciones esporádicas, así como para obra o trabajo determinados, cualquiera que sea la duración de los mismos, la cual podrá preverse o no en el contrato.

La diferencia que se observa frente al trabajador fijo consiste en que el trabajador eventual no está adscrito permanentemente al Establecimiento militar, aunque puede realizar funciones de naturaleza idéntica a las normales del Establecimiento, siempre que lo sean por un tiempo determinado y concreto. El trabajador, que en las demás reglamentaciones viene siendo definido como de temporada, tiene su perfecto encaje en este concepto de eventual.

Es interino, el que sustituye a un trabajador fijo durante su ausencia por enfermedad, accidente laboral, servicio militar, excedencia forzosa o por cualquier otra causa que lleve consigo la reserva de plaza, o bien los que cubran vacante de los cuadros de clasificación en tanto se proveen reglamentariamente, pero esta última interinidad no podrá exceder de tres meses.

He aquí la nota esencial de la interinidad, la sustitución de un trabajador fijo. Si bien la figura del interino de la Reglamentación de trabajo de los Establecimientos militares se refiere también al que ocupa una plaza en tanto se provee reglamentariamente, respondiendo a la denominación con que, tradicionalmente, se designan tales situaciones en el Derecho administrativo. Creemos que posiblemente hubiera sido más acertado configurar a este último como trabajador eventual, ya que no sustituye a ningún trabajador fijo, concreto y determinado. A mayor abundamiento la fijación del límite de los tres meses que señala como tope máximo, configura a este contrato, como contrato por tiempo determinado en razón a la circunstancia excepcional de no estar cubierta la plaza reglamentariamente. Condición que lo acerca más al trabajador eventual, que al interino.

b) *Clasificación según las funciones*

A ella se refiere el art. 8.º de la Reglamentación, norma de reenvío, que remite a las demás ordenanzas laborales y, concretamente, a la que resulte aplicable en atención a las funciones que realmente ejerza el trabajador.

Las reglamentaciones, en general, vienen distinguiendo cuatro grupos: personal técnico, administrativo, subalterno y obrero; pero sin que respecto a ellos se formule una definición genérica, aplicable a todas y cada una de las categorías que enmarcan.

Personal técnico, según el Diccionario de la Real Academia Española, es el que posee y aplica los conocimientos especiales de una ciencia o arte. Si siguiendo el mismo Diccionario definiéramos al personal administrativo, como el que realiza la acción de gobernar, regir o cuidar, no daríamos su visión exacta; pues, en este sentido, tanto podemos referirnos al personal técnico, como al administrativo propiamente dicho. Nosotros diríamos que personal administrativo es el que atiende a la actividad burocrática de la empresa. Tampoco podemos atender al Diccionario de la Real Academia al tratar de definir al personal subalterno, como el inferior o el que está por debajo de una persona, pues iguales notas de subordinación y jerarquía encontramos en las restantes clases. Quizá fuera más exacto decir, que personal subalterno es el que realiza aquellas tareas, consideradas como auxiliares de la actividad principal. Por último, personal obrero es el trabajador manual.

Dentro de cada uno de estos grupos habrá que considerar qué categorías son aplicables a las funciones realizadas por el personal civil, sin que nos sea permitido entrar en el examen de cada una de ellas, dado el carácter innumerable de su serie. A este respecto nos interesa subrayar la conveniencia de llegar a una unificación, al menos en aquellas categorías que responden a funciones idénticas, cualquiera que sea la actividad regulada por las distintas reglamentaciones. Por otra parte, parece evidente, que las condiciones de trabajo, a igualdad de funciones, debieran ser exactamente las mismas de todas ellas.

Es interesante destacar las reglas contenidas en el citado art. 8.º para determinar la Reglamentación aplicable y, dentro de ésta, las categorías que deben tenerse en cuenta en cada centro de trabajo.

La primera regla que se nos da consiste en señalar que se aplicará la Reglamentación específica de la actividad peculiar del Establecimiento. Correspondiendo, en caso de duda, su determinación a la Dirección General o Jefatura de Servicio de que dependa el Establecimiento en cuestión, previo informe de la Sección de Trabajo y Acción Social del Ministerio castrense correspondiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 84. A estos efectos, entendemos que debe distinguirse entre actividad principal y actividades auxiliares del Establecimiento, siendo la primera la determinante de la Reglamentación aplicable, sin perjuicio

de que en las categorías no previstas en ella se aplique la Reglamentación propia de las mismas, ya que el apartado c) del art. 8.º prevé y permite la pluralidad de reglamentaciones aplicables a un mismo Establecimiento.

En cuanto a las categorías que deben tenerse en cuenta habrá que estar a las funciones que se realicen en cada puesto de trabajo, independientemente de las encomendadas al personal técnico militar y que, por tanto, no puedan ser confiadas al personal civil no funcionario, según establece el apartado d) del referido art. 8.º

## V. CONTENIDO

### a) *Generalidades*

En definitiva, todos los derechos que adquiere el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, se derivan del hecho de realizar una determinada función. Prestación del trabajador causa de las contraprestaciones a las que viene obligado el empresario. Pero no vamos a ocuparnos del estudio del salario, vacaciones, jornada, etc., que tienen merecidamente justificado un trato independiente. Vamos a detenernos en el análisis del trabajo que viene obligado a realizar.

Es el trabajo, fundamentalmente, la prestación que corresponde al trabajador. La Ley de Contrato de Trabajo, en su art. 1.º, y de forma similar el Fuero del Trabajo, en su punto I, define al trabajo como la participación en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio.

El primer requisito que debe hacerse constar en el contrato, según el núm. 1.º del art. 16 de la Ley de Contrato de Trabajo es "la clase o clases de trabajo objeto del contrato". Más adelante, en el art. 37, la misma Ley, define el salario como contraprestación del patrono por los servicios u obras del trabajador, a la que viene obligado por el núm. 1.º del artículo 75.

Cuando el art. 60 define y consigna la primera obligación del trabajador, lo hace sin aludir a la categoría profesional. El deber primordial del trabajador, dice la Ley, es la diligencia en el trabajo, la colaboración en la buena marcha de la producción, del comercio, o en la prosperidad de la empresa a la que pertenece. La medida de esta diligencia, sigue diciendo, estará determinada por la especialidad habitual del trabajo y por las facultades y peculiaridades del trabajador, que debe conocer el empresario. Más adelante, art. 64, determina que el trabajador prestará la clase y extensión de trabajo que marquen las leyes, la Reglamentación del Trabajo, el contrato y, en su defecto, los usos y costumbres.

De modo concreto, podríamos decir que el trabajador está obligado a desempeñar las funciones propias del puesto de trabajo que ocupa,

del puesto de trabajo objeto del contrato. Y si advertimos que la clasificación profesional está en razón de las funciones realizadas, tal obligación se expresaría diciendo simplemente que el trabajador está obligado a realizar el cometido propio de su categoría.

Las definiciones que dan las Reglamentaciones de Trabajo de las categorías profesionales son meramente enunciativas, sin que estén contenidas en ellas todas las funciones correspondientes a cada categoría, ni supongan que el trabajador, ineludiblemente, ha de efectuar todas y cada una de las funciones enumeradas.

Frente a la figura abstracta del buen padre de familia del Código civil, surge la del buen trabajador en la Ley del Contrato de Trabajo. Resulta imposible delimitar con carácter general hasta dónde alcanza la obligación del trabajador, a partir de qué momento la orden del patrono ha de ser calificada como abusiva. Será necesario examinar las circunstancias de cada caso concreto y formularse la pregunta de si efectivamente la función encomendada hubiera sido realizada por un trabajador diligente.

Creemos que, durante su jornada, el trabajador ha de estar permanentemente ocupado y mientras que los trabajos que se le ordenen no sean indignos, inmorales o ilícitos, está obligado a realizarlos. Es que al trabajador no se le paga por estar ocho horas de presencia, sino por estar ocho horas efectivamente ocupado. Y resulta curioso observar cómo la ocupación se llega a consagrar como un derecho del obrero, núm. 2.º del artículo 75 de la Ley, que consigna la obligación del patrono de darle ocupación, cuando el no hacerlo suponga perjuicio para la formación profesional del trabajador.

En este mismo sentido el art. 69 de la misma Ley establece la obligación del trabajador de cumplir los Reglamentos de Trabajo, así como las órdenes e instrucciones del Jefe de la empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal que le asisten. El incumplimiento por parte del trabajador de esta obligación constituye el supuesto del núm. 2.º del art. 77 de la Ley, que lo estima como causa justa de despido.

#### b) *Trabajos de distinta categoría*

El número 3.º del punto VIII del Fuero del Trabajo, proclama, como principio básico del ordenamiento laboral, que el Jefe de la empresa asumirá por sí la dirección de la misma, siendo responsable de aquélla ante el Estado. Principio recogido en el art. 69 de la Ley de Contrato de Trabajo al consignar como deber del trabajador el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del Jefe de la empresa. Una vez más, el Reglamento de los Jurados de Empresa, en su art. 2.º, prevé que en ningún caso los Jurados podrán actuar en menoscabo de las funciones de dirección que corresponden al Jefe de la misma, reiterándolo en el siguiente artículo al definir la empresa.

De forma más específica, el art. 4.º de la Reglamentación Nacional de

Trabajo en los Establecimientos militares, proclama que "la organización práctica del trabajo en los Establecimientos militares, dentro de las disposiciones legales aplicables y de las contenidas en el presente Reglamento, es facultad de los Jefes o Directores, que responderán de su uso ante el Ministerio correspondiente."

De todo lo cual se deduce la facultad que tienen los Directores de los Establecimientos para cambiar de puesto de trabajo al personal, si bien debemos subrayar que tal facultad no lo es soberana, sino que estará condicionada al hecho de que tales cambios estén justificados por una racional organización del trabajo o impuesta por las necesidades.

Con carácter general se refiere a este supuesto el segundo párrafo del art. 64 de la Ley de Contrato de Trabajo al preceptuar que pasajeramente y por necesidad urgente de prevenir males inminentes o de remediar accidentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo u otro del acordado, a condición de indemnizarle de acuerdo con las disposiciones legales. Artículo que encuentra su correspondiente el art. 9.º de la Ordenanza laboral sobre los trabajos en Establecimientos castrenses, que dispone que el personal efectuará los trabajos propios de la categoría que tenga asignada, o para la cual se le hubiera contratado, salvo los casos en que las necesidades del servicio obliguen a atribuirle otros de categoría superior o inferior y sin que tal atribución pueda exceder de tres meses en el primer caso y de doce en el segundo.

Interesa llamar la atención sobre los extremos esenciales que estructuran el supuesto de hecho a que se refieren ambos artículos. En primer lugar destaca la nota de temporalidad, pasajeramente dice la Ley, la Reglamentación que examinamos va más allá y establece plazos máximos: en el supuesto de que, una vez transcurridos los plazos señalados, la necesidad continuará existiendo, tal personal deberá ser sustituido. La segunda nota que debemos subrayar es la de que tal cambio no ha de obedecer al capricho de la Dirección del Establecimiento, sino impuesta por las necesidades del servicio, entre las que debemos contar, no solamente la prevención de males inminentes o remedio de accidentes sufridos, sino simplemente el aumento transitorio de las exigencias de mano de obra en un determinado sector del Establecimiento.

En la Reglamentación no encontramos una referencia expresa a la contraprestación debida al trabajador por la realización de funciones de categoría distinta a la que ostenta, aunque genéricamente el art. 26 establece que, salvo lo que expresamente se dispone en la Reglamentación, el personal percibirá las retribuciones que fijen las Reglamentaciones que les sean aplicables. En todas las Reglamentaciones, desarrollando la obligación impuesta al patrono en el núm. 1.º del art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, de remunerar la prestación de servicios y de obras que se le hicieran por el contrato de trabajo, se consagra el derecho del personal a percibir el salario correspondiente a las funciones que, efectivamente, preste, cuando éstas correspondan a categoría igual o superior a la que tiene reconocida, distinguiendo en cuanto a los casos de realización de trabajos de categoría inferior, según que el interesado lo haya solici-

tado voluntariamente o deba ejecutarlos por orden de la empresa, pues en este segundo caso se le respeta el que venía disfrutando, siendo potestativo para la empresa el concederle el pase a categoría inferior, ya que, en definitiva a estos términos debemos reducir el planteamiento de la primera cuestión.

En la hipótesis de que se realicen trabajos de categoría superior, aparte del derecho que le asiste para reclamar la diferencia de salario, debemos considerar el derecho que pueda tener el trabajador a ser clasificado de acuerdo con las funciones superiores que, efectivamente, viene prestando.

La Orden de 29 de diciembre de 1945 establece que en estos supuestos, el trabajador tendrá derecho a que se le reconozca la categoría, cuando está le correspondiera con arreglo a los preceptos que regulan esta materia. Concretamente, se refiere a cuando la vacante debe ser cubierta por el turno de libre designación por la empresa o es de ingreso, pero cuando existen preceptos reglamentarios que se oponen a su concesión solamente se le reconoce el derecho a percibir la retribución que realmente le corresponda, pero sin que pueda clasificársele en tal categoría superior.

El art. 14 de la Reglamentación de Trabajo en los Establecimientos militares establece que las categorías de ascenso se cubrirán, dentro de cada Establecimiento, con personal del mismo que reúna las debidas condiciones, mediante los sistemas de antigüedad o concurso-oposición; según se determine en el Reglamento de Régimen Interior, atendidas las características de dichas categorías; las vacantes que no se provean de esta forma se reservarán al turno de traslado, si procediere. En todo caso, conforme a lo dispuesto en su art. 10, la determinación de las condiciones y categorías de ingreso y ascenso debe efectuarse para cada Establecimiento por la Dirección General o Jefatura de Servicio de que dependa a propuesta del Jefe del mismo, oída la Junta Facultativa o Económica o el Organismo rector. En consecuencia, habrá que estar a lo dispuesto en el Reglamento de Régimen Interior de cada Establecimiento para decidir si existen o no preceptos reglamentarios a la concesión de la categoría y, por ello, si procede o no reconocerla.

Entendemos que la clasificación en categoría superior procede únicamente en los casos en que la realización de los trabajos propios de ella no haya sido asignada expresamente con carácter eventual por necesidades del servicio o, cuando habiéndolo sido, el trabajador hubiera continuado en la prestación de sus servicios por tiempo superior al plazo de los tres meses señalado en el art. 9.º Derecho que corresponde al trabajador, cualquiera que sea la responsabilidad exigible al Jefe del Establecimiento por no haber impedido la creación de tal situación.

## VI. PROCEDIMIENTO

La Reglamentación Nacional de Trabajo para el personal civil no funcionario dependiente de los Establecimientos militares no contiene ninguna norma especial respecto al procedimiento a seguir en los casos de

## LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

reclamación de adecuada clasificación profesional, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto con carácter general en los arts. 90 y sigs. de dicha Reglamentación.

En síntesis, formulada la reclamación por el interesado debe instruirse expediente por el Jefe del Establecimiento, con audiencia del interesado a fin de que a la vista de lo actuado pueda ampliar su reclamación, correspondiendo su resolución a la Dirección General o Jefatura de Servicio de la que dependa el Establecimiento, con informe previo y preceptivo de la Sección de Trabajo y Acción Social del Ministerio correspondiente, pudiendo recurrir en alzada el reclamante ante el Ministro del que dependa la Dirección General o Jefatura de Servicio.

CARLOS RODRÍGUEZ DEVESA



## II. JURISPRUDENCIA (\*)

### A) JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR (1)

**18. Malversación. Art. 399/394, 2.º CP. Estafa. Art. 529, 1.º CP. Error sobre clase de pena. Separación del servicio. Art. 231 CJM. Artículo 221 CJM. Subsanación de errores. Art. 800 CJM.**

*Sent. 3 julio 1959* (Departamento Marítimo de Cartagena).—Se inició la causa a consecuencia de información llevada a cabo por el agente del Sector Naval de Cataluña, en que se exponían las impresiones recogidas en el servicio del Puerto de Rosas, haciendo constar el descontento general que se observaba como consecuencia de irregularidades en el funcionamiento del Pósito de Pescadores, y en la actuación del Oficial 3.º de la R. N. M., graduado de Alférez de Fragata, don J. G. M., por entonces ayudante militar de Marina del expresado Cuerpo (RESULT.º I). De las actuaciones practicadas se desprende, que al liberarse el puerto y ciudad de Rosas, los marxistas abandonaron en su huída unos almacenes de efectos y materiales para la pesca, por lo que las primeras Autoridades de la localidad —Jefe de la Flotilla de Dragaminas, como Jefe más caracterizado de la Armada, el Alcalde y el Jefe de Local de FET y de la JONS— acordaron el nombramiento de una Comisión para que, con las garantías y requisitos oportunos, procediera a la administración de tales efectos facilitando dichos materiales a la clase pescadora, a fin de que ésta pu-

---

(\*) Correspondiente a los meses de julio a diciembre de 1959.

(1) Las resoluciones que a continuación se recogen han sido dictadas en su mayor parte, por la Sala de Justicia. Sin embargo, para completar la doctrina penal del Consejo Supremo ha parecido conveniente añadir algunos acuerdos del Consejo Reunido o del Pleno. A cada sentencia antecede una sucinta enumeración de los temas más importantes que en ella se discuten. Las resoluciones de cada año van numeradas correlativamente, con objeto de facilitar referencias ulteriores, que se harán indicando el año de la resolución y el número de orden de la misma.

A continuación de la fecha se indica la procedencia de la causa. Para evitar innecesarias repeticiones se utilizan varias abreviaturas. Así, *Consejo Supremo de Justicia Militar* = CSJM., *Consejo de Guerra* = CG., *Código de Justicia Militar* = CJM., *Código penal* = CP., *Resultando* = RESULT.º, *Considerando* = CONSID.º Se ha prescindido, por la misma razón, de todas aquellas cláusulas de estilo que no son necesarias para la inteligencia del texto. El relato de hechos concuerda esencialmente con el que da el Consejo Supremo en los hechos probados, mientras no se advierta lo contrario.

diera reanudar sus actividades una vez finalizada la guerra (RESULT.º II). Dicha Comisión quedó integrada por los procesados P. F. G., D. C. E. y J. E. T., este último fallecido, quienes empezaron a actuar como Presidente, Secretario y Administrador del Pósito de Pescadores, formando más tarde parte de dicha Comisión los también procesados J. B. C., que aunque nombrado sólo Conserje, realizaba las funciones propias del Secretario, y J. S. D., que a finales del año 1939 fué nombrado Administrador. La totalidad de los efectos y pertrechos de que esta Comisión se hizo cargo para su administración, fueron valorados en 65.000 pesetas, y con el fin de que al ser vendidos a los pescadores lo fueron con las necesarias garantías de control, se acordó la exigencia de vales que debieran llevar la firma de un Gestor de Pesca y el V.º B.º del Ayudante de Marina. Sin embargo, este requisito rara vez se cumplimentó, y la referida Comisión y de manera principal el procesado Jaime B. C., realizaron por su cuenta toda clase de operaciones ilegales, disponiendo de los objetos confiados a su custodia, para sus fines particulares, obteniendo por este procedimiento ingresos ilícitos para cuyas operaciones actuaban de acuerdo o al menos con el consentimiento del Ayudante de Marina, Alférez de Fragata don J. G. M., quien de esta forma, y sobre todo en connivencia con el referido procesado J. B. C., se lucró en buena parte de las operaciones que se realizaron. La cuantía de estas sustracciones, que a través de las actuaciones judiciales no ha podido ser fijada por razón del mucho tiempo transcurrido desde que los hechos ocurrieron, es cifra aproximada de 15.000 pesetas (RESULT.º III). Asimismo consta que habiendo sido entregada a la Junta del Pósito integrada por los procesados que se citan, durante algún tiempo, y con antelación al también procesado don Jacobo G. M., la administración de las embarcaciones "Asturias", "Calvo Sotelo" y "Año de la Victoria", abandonadas por los rojos en su huida, los referidos procesados dispusieron de los beneficios obtenidos con dichas embarcaciones, ya que solamente aparecen justificadas como cantidades entregadas por los mismos con cargo a dicho beneficio, las de 11.620,85 pesetas según recibos obrantes en la presente causa, siendo así que del conjunto de las diligencias practicadas hay base más que suficiente para estimar que los rendimientos de las embarcaciones fueron muy superiores a la anterior cantidad, constando igualmente que en esta actuación delictiva tuvo mayor destaque la actividad de los procesados don J. G. M. y J. B. C., estimando el Consejo que el total de la cantidad del que por este procedimiento dispusieron ilícitamente los procesados debe ser cifrado en 30.000 pesetas (RESULT.º IV). Por la Junta del Pósito de la que formaban parte los procesados citados se distribuían entre los pescadores de Rosas los correspondientes cupos de carburante para las embarcaciones, tanto de gasolina como de fuel-oil, correspondiendo aprobar dicha distribución al Ayudante Militar de Marina, Alférez de Fragata don J. G. M., y en este orden de cosas las irregularidades cometidas por los encartados fueron múltiples y continuadas, si bien centradas en las personas de los procesados J. G. M. y J. B. C., ya que no sólo hicieron caso omiso de las instrucciones que en este sentido se tenían recibidas de la Di-

rección General de Pesca relativas a la vigilancia y fiscalización de la distribución que se hiciese, sino que, además omitieron toda formalidad en las entregas, no manifestando a los interesados la realidad de los cupos que les correspondía, prescindiendo de tickets, que fueron sustituidos por vales expedidos de manera anormal y sin garantía de clase alguna, por lo que, de esta forma ambos procesados podían disponer a su libre arbitrio, y para sus fines particulares, del sobrante del combustible, calculando que esto se vino haciendo durante bastante tiempo, por lo que, ante la imposibilidad de precisar con exactitud el importe de la cantidad de esta forma defraudada, ya que no se precisa en las actuaciones de una manera concreta el importe de la misma, se estima el valor aproximado de ella en 15.000 pesetas (RESULT.º V). J. E. T. falleció en Rosas el 25 de septiembre último, por lo que, por Decreto Auditoriado de 24 de octubre siguiente, se acordó, en relación con dicho procesado, el sobreseimiento definitivo (art. 719, 4.º CJM.) sin perjuicio de lo que pueda resultar en orden a las responsabilidades civiles (RESULT.º VI).—*CG. Oficiales Generales: Malversación y estafa, ambos continuados* (arts. 399/394, 2.º y 529, 1.º/528, 2.º CP.), autores del primero, todos, y del segundo, don J. G. M. y J. B. C., *Penas: un año de prisión menor por malversación a J. G. M. y J. B. C., con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y asimismo a J. G. M. la militar de suspensión de empleo: seis meses y un día prisión menor por igual delito a los restantes procesados D. C. E., P. F. G. y J. E. T., con iguales accesorias comunes, y un año y ocho meses prisión menor por estafa a J. G. M. y J. B. C. con las propias accesorias comunes más la militar citada para el primero de ellos; exigiéndoles en concepto de responsabilidad civil la cantidad total de 60.000 pesetas a pagar en partes iguales por cada uno de los procesados, según el delito de que dimana aquella y su participación en el mismo, obligación que es solidaria y en favor de quienes resulten perjudicados; absolviendo a J. S. T., D. C. E. y P. F. G. del delito de estafa, así como al Alférez de Fragata J. G. M. del delito contra el honor militar del que fueron acusados.*—*Autoridad judicial: Acepta la apreciación de la prueba y su calificación jurídica, advirtiendo, sin embargo, en la sentencia errores en cuanto a la naturaleza de las penas de prisión impuestas y, consiguientemente, de las accesorias, puesto que a los tipos penales calificados corresponden penas de presidio y conforme al art. 231 CJM., por lo que, en consecuencia, la accesoria militar que debió imponerse al procesado, fué la separación del servicio y no suspensión de empleo como se hizo, máxime cuando según el art. 221, la accesoria del delito de estafa es siempre la de separación, y si bien el art. 800 CJM. permite subsanar estos errores en atención a que la aprobación del fallo correspondería por la accesoria al CSJM., se remite la causa al mismo.*—*Fiscal Togado: Aprobación rectificándose las penas de prisión menor por las de presidio menor, y señalando la pena de inhabilitación absoluta que es preceptiva por el delito de malversación a todos los procesados que, sin duda por olvido, se omitió, la que debería fijarse en ocho años para J. G. M. y J. B. C., y*

seis años y un día para los restantes procesados y, finalmente, imponer a don J. G. M. la pena accesoria de separación del servicio como derivada de las dos de presidio a que se le condena. *Defensa:* Estima que no se acreditan los hechos que se imputan a sus patrocinados, así como no darse cuantos requisitos se requieren para que exista el delito de malversación, ni tampoco el de estafa, ya que en todo caso en relación con este último se trataría de unas simples faltas prescrites dado el tiempo transcurrido, libre absolución.—*CSJM.:* *Que el motivo de la elevación de los presentes autos a este CSJM. ha sido como consecuencia de la pena accesoria que en realidad correspondía imponer al Oficial sentenciado, y con este fundamento la Autoridad Judicial y su Auditor, apoyándose en el contenido de los incisos del art. 52. 9.º, 11.º CJM. se ajusta a lo en tal precepto dispuesto, manifestando su conformidad en lo que se refiere a apreciación de prueba, calificación, participación de las personas responsables, así como en lo relativo a la penalidad impuesta, si bien en relación con ésta señala que corresponde la pena de presidio en lugar de la de prisión que figura en el fallo (CONSID.º I). En atención a lo anterior, "la Sala, de conformidad con la tesis mantenida por el Capitán General con su Auditor, e informe emitido por el Excmo. Señor Fiscal Togudo, entiende que, en efecto los hechos perseguidos en autos aparecen realizados en la forma que en la sentencia del Consejo de Guerra se recogen, sin advertir, por otra parte, error notorio, y que asimismo las calificaciones jurídicas adoptadas deben estimarse como aceptadas, al igual que las participaciones que a los procesados se asignan en los delitos calificados; por lo que, la Sala, de acuerdo con el reiterado criterio sostenido por este Alto Tribunal respecta los respectivos pronunciamientos del Tribunal sentenciador (CONSID.º II). Por lo que se refiere a las penas citadas en la sentencia e impuestas en vía principal con el nombre de prisión, las que corresponden por imperativo legal a los delitos de la clase que en estos autos se persiguen, son de naturaleza de presidio, aunque su extensión sea la adecuada, y en orden a las accesorias, con referencia a las que corresponden al Oficial, tanto por la índole de la principal como del art. 221 CJM. es obligado aplicar la separación del servicio; procediendo, asimismo, imponer la pena de inhabilitación absoluta que se omitió señalar por el Tribunal sentenciador respecto al delito de malversación (CONSID.º III).—*Condena a cada uno de los procesados don J. G. M. y J. B. C., como autores de un delito de malversación de caudales públicos, a la pena de un año de presidio menor y ocho años de inhabilitación absoluta, con las accesorias comunes de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y con la específica militar al Alférez de Fragata don J. G. M. de separación del servicio; a los procesados J. E. T. D. C. E. y P. F. G. como autores del aludido delito de malversación a la pena, cada uno de ellos, de seis meses y un día de presidio menor y seis años y un día de inhabilitación absoluta con análogas accesorias comunes a las anteriormente indicadas; y asimismo a los procesados don J. G. M. y J. B. C., como autores de un delito de estafa, a la pena, cada

uno de ellos, de un año y ocho meses de presidio menor, con las accesorias comunes de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y la especial militar a don J. G. M. de separación del servicio; absolviendo, finalmente, a J. S. D., D. C. E. y P. F. G. del delito de estafa que se les imputaba, y al Alférez de Fragata don J. G. M. del delito contra el honor militar, por el que asimismo fué procesado. En concepto de responsabilidad civil deberán abonar todos los condenados la cantidad de 45.000 pesetas a que asciende lo malversado, conjunta y solidariamente, y asimismo don J. G. M. y J. B. C. la cantidad de 15.000 pesetas a que asciende la estafa por los mismos realizada.

**19. Responsabilidad civil subsidiaria. Art. 206 CJM. Vehículo no asegurado. Desamparo económico. Propiedades del Estado.**

*Auto de 25 de agosto de 1959 (V Región Militar).*—Un CG Ordinario reunido en Zaragoza el 14 febrero 1959, dictó sentencia en que se declaró probado: "Que sobre las ocho horas de la mañana del 7 diciembre 1957, el soldado F. S. P., conducía en acto de servicio reglamentariamente ordenado el ómnibus militar E. T. 55043, por la carretera de Huesca a Zaragoza, procedente de la Academia General Militar, y en el que viajaban diversos familiares de Jefes y Oficiales de la expresada Academia, y al llegar al kilómetro tres quinientos e intentar efectuar la maniobra de adelantamiento de una camioneta que circulaba en su misma dirección, sin asegurarse de que no existía ningún obstáculo ni otro vehículo de dirección contraria, colisionó con el camión SS. 11834 que, procedente de Zaragoza venía por su derecha, resultando el vehículo conducido por el procesado materialmente aprisionado entre la camioneta y el camión. A consecuencia del accidente se causaron lesiones a la señorita M. L. R. G., quien viajaba en el ómnibus, que fueron calificadas de pronóstico muy grave, por padecer fractura de base de cráneo, de clavícula derecha y antebrazo derecho, con intensa contusión torácica y conmoción cerebral, de cuyas lesiones tardó en curar treinta y nueve días, habiendo quedado curada apta para el trabajo, si bien pudieran presentarse, dada la intensidad del traumatismo sufrido, alguno de los síndromes llamados tardíos de traumatismos cerebrales. Los gastos de curación alcanzaron la suma de 22.752,50 pesetas. Los daños causados en el camión SS. 11834 han sido pericialmente valorados en 6.895 pesetas, y en el ómnibus militar en 16.944,20 pesetas. El procesado se hallaba habilitado legalmente para conducir vehículos de la clase del expresado". Fué condenado a pagar, en concepto de responsabilidad civil, a la señorita M. L. R. G., la cantidad de 26.756,50 pesetas; al propietario del camión, 6.895 pesetas, y a la Hacienda Militar, la cantidad de 16.994,20 pesetas.—*Ministerio Ejército:* Propuso la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra por el importe de los gastos de curación de la lesionada señorita M. L. R. G., que ascienden a 22.752,50 pesetas, y los daños materiales del camión.—*Fiscal Togado:* Que por haber acaecido

los hechos imputados al soldado insolvente en acto de servicio reglamentariamente ordenado, procedía la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra, si bien circunscrita a las 22.752,50 pesetas a abonar a la señorita M. L. R. G., no habiendo lugar a la indicada responsabilidad a favor del propietario del camión, por cuanto en repetidas ocasiones se ha establecido por este CSJM., el vehículo debía estar asegurado, o en otro caso el propietario se convierte en asegurador, sin que existan, además, circunstancias de desamparo económico que justifiquen la indemnización, y sin haber lugar a indemnizar, por los gastos sufridos en el vehículo militar, ya que equivaldría a que el Estado se indemnizara a si mismo.—CSJM.: Por los propios fundamentos en que se apoya el informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado de este CSJM., que la Sala hace suyo en todas sus partes, y acreditado que el soldado F. S. P. carece de bienes de fortuna para responder de la responsabilidad civil declarada y visto lo dispuesto en el art. 206 CJM. es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra únicamente en la cuantía de 22.752,50 pesetas para indemnizar a la señorita M. L. R. G. (CONSID.º ÚNICO).—Acuerda declarar la responsabilidad subsidiaria del Ejército de Tierra en 22.752,50 pesetas a favor de M. L. R. G.

**20. Polizonaje. Art. 70 LPD de la MM 22 diciembre 1955. Reiteración.—Art. 10, 14.º CP. Error apreciación prueba. Art. 799 CJM. Renuncia a la responsabilidad civil.**

*Sent. 23 septiembre 1959* (Departamento Marítimo de Cádiz).—El procesado, J. M. G. M., en la madrugada del 10 mayo 1958, se introdujo clandestinamente a bordo del buque de nacionalidad americana "Harry Culbreath", surto en el puerto de Sevilla, con intención de trasladarse al extranjero, siendo descubierto a bordo por el Primer Oficial cuando ya el buque se hallaba navegando, repatriándose al encartado por las Autoridades Consulares españolas en Casablanca, por ser el primer puerto de escala, y renunciando la Casa armadora a los gastos que ocasionó el mismo a bordo (RESULT.º I). El procesado, con anterioridad a los hechos de autos fué condenado a las siguientes penas: En 19 septiembre 1953, dos meses y un día arresto mayor; en 9 marzo 1949, a ocho días de arresto menor y costas; en 18 noviembre 1950, quince días de arresto menor; en 6 noviembre 1953, tres meses de arresto mayor; en 4 noviembre 1949, a treinta días arresto menor y costas, todas por delitos de hurto; en 18 agosto 1950, cinco días arresto menor y 1.000 pesetas multa por robo; en 11 mayo 1953, a cuatro meses de arresto mayor; en 23 febrero 1955, cuatro meses de arresto mayor; en 24 marzo 1956, dos años y cinco meses presidio menor; en 2 febrero 1955, cinco meses arresto mayor, todos por delitos de hurto, y en 17 mayo 1957, a cuatro años, dos meses y un día presidio menor por robo (RESULT.º II).—CG. Ordinario: Estimó como probado que encontrándose el procesado en las faenas de carga y descarga del buque norteamericano "Harry Culbreath" se quedó dormido en una de las bodegas del mismo, haciéndose al poco tiempo el buque a la mar,

por lo que al despertarse el encartado decidió presentarse al Capitán, si bien al pasar por la cocina para tomar algo de comida fué detenido por un oficial. Absolvió. No polizonaje, ya que para la existencia de tal figura delictiva se requiere la expresa intención de trasladarse al extranjero, la que no se dió en el procesado, no pudiendo, a juicio de dicho tribunal, admitirse como prueba la carta expedida por el Capitán del buque al no reunir los requisitos exigidos en el art. 571 CJM.—*Autoridad judicial*: Disintió por notorio error en apreciación prueba, ya que, tanto del escrito de la Policía de Fronteras, como por el expedido por el Consulado español en Casablanca y carta del propio Capitán del buque, se desprende que el procesado se embarcó clandestinamente, siendo detenido cuando salía del lugar en que estaba oculto, careciendo de lógica lo expuesto por el encartado de quedarse a dormir en las bodegas del barco en vez de marcharse a su casa, así como permanecer en el mismo durmiendo diecisiete horas hasta encontrarse en alta mar, resultando asimismo merecer más crédito lo manifestado por el Capitán, el que no podía tener animadversión alguna, que lo declarado por el inculpado el que anteriormente fué condenado once veces por delitos contra la propiedad, proponiendo, en consecuencia se condene a J. M. G. M. como autor de un delito de polizonaje (art. 70 Ley penal y disciplinaria Marina Mercante) concurriendo la agravante de reiteración (14.ª, art. 10 CP.), cuatro meses y un día de arresto mayor y 1.000 pesetas de multa, sustituible por quince días de arresto en caso de impago, con accesorias.—*Fiscal Togado*: Se suma en todas sus partes al disentimiento.—*Defensor*: Absolución.—*CSJM.*: Revoca porque una ponderada apreciación de la prueba practicada acredita que los hechos ocurrieron tal y como se recogen en el RESULT.º I de esta sentencia, y se excluye la interpretación dada por el C. de G., el que se fundó tan sólo en las declaraciones del procesado, de marcado y natural matiz exculpatorio, por lo que, en consecuencia, y no obstante el criterio sostenido por reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal de respetar la declaración de los hechos probados que se formulan por los aludidos CG, dentro del arbitrio que la Ley les confiere, en el presente caso de conformidad con la tesis mantenida por el Auditor y Capitán General en el disentimiento e informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado de este C. S. J. M. resulta obligada la revocación de la referida sentencia al existir el error que en cuanto a la estimación de la prueba preceptúa el art. 799 CJM. (CONSID.º I). En virtud de lo expuesto, así como a efectos de calificación, los hechos realizados por el procesado J. M. G. M. son integrantes de un delito de polizonaje, previsto y penado en el art. 70 de la vigente Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante de 22 diciembre 1955, toda vez que embarcó subrepticamente en un puerto español y con la completa intención de trasladarse al extranjero, lo que incluso logró realizar, si bien fué repatriado por las Autoridades Consulares españolas, por lo que es visto que se dan cuantas condiciones se requieren para la existencia de tal figura delictiva (CONSID.º II). Del calificado delito de polizonaje aparece responsable en concepto de autor el procesado J. M. G. M., en el que concurre y es de apreciar la agravante de reiteración, señalada en el inciso 14 del art. 10 CP., ya que se acredita en autos, como se recoge en el RE-

SULTANDO II de esta sentencia, que al realizar los hechos de autos había sido ejecutoriamente condenado por diversos delitos de hurto y robo (CONSID.º III), aunque en el presente caso no ha lugar a exigir responsabilidad civil por haber hecho, la Compañía Armadora del buque donde se trasladó el procesado, expresa renuncia de los gastos que ocasionó el inculpado a bordo. (CONSID.º IV).—Condena a cuatro meses y un día arresto mayor y 1.000 pesetas de multa, sustituible ésta, en caso de impago, por 15 días de arresto, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, no siendo de exigir responsabilidades civiles por renuncia expresa de la parte perjudicada.

**21. Robo con violencia. Art. 501, 5.º CP. Reincidencia. Art. 10, 15.ª CP. Nocturnidad. Despoblado. Art. 10, 13.ª CP. Medida de la pena. Art. 257 CJM. Art. 61 regla 2.ª CP. Hurto. Art. 514, 1.º Provocación inmediata. Art. 186, 3.ª CJM. Lectura leyes penales. Artículo 186, 6.ª CJM. Art. 587, 1.º CP.**

*Sent. 25 septiembre 1959* (Departamento Marítimo de Cádiz).—El 3 noviembre 1957 los procesados soldados de Infantería de Marina, hoy licenciados, J. A. S. y R. G. R., ambos de mala conducta, se encontraban francos de paseo, entrando en conocimiento con un paisano llamado D. M. M., de oficio fotógrafo y del que se afirma es afeminado, con el que tomaron copas en diversos lugares, y ya anochecido entraron, por último en una tienda de bebidas existente en la carretera del Arsenal de la Carraca, de la cual salieron sobre las 23 horas, dirigiéndose por dicha carretera hacia los Mixtos, penetrando en una hondonada en cuyo momento el paisano les hizo proposiciones deshonestas, intentando darles dinero, para lo cual sacó la cartera, en cuyo momento los procesados le golpearon, arrancándole violentamente y contra su voluntad la cantidad de 600 pesetas en metálico y un reloj de pulsera valorado en 175 pesetas, dejándole únicamente al perjudicado sobre la muñeca la correa que lo sujetaba repartiéndose los procesados, una vez cometidos tales hechos, el dinero, si bien posteriormente fué recuperada la totalidad de lo sustraído (RESULT.º I). El procesado R. G. R. fué condenado en 12 junio 1954 por la Audiencia de Sevilla a dos años, cuatro meses y un día presidio menor por delito de robo (RESULT.º II).—*CG. Ordinario*: Robo (art. 500/501, 5.º CP.), autores J. A. S. y R. G. R., apreciando en este último reincidencia (art. 10, 15.ª CP.) y en los dos las agravantes de nocturnidad y despoblado (art. 10, 13.ª CP.) pues si bien éstas no fueron buscadas por los procesados, se aprovecharon ambos de las aludidas circunstancias para su impunidad; a J. A. S. a dos años y un día presidio menor y a R. G. R. a tres años de la misma pena, con las accesorias y efectos legales correspondientes; no exigiendo responsabilidades civiles por haberse recuperado lo sustraído.—*Autoridad judicial*: Conforme con la apreciación de la prueba y calificación, disintió respecto las penas impuestas, al estimar que no lo fueron en el grado y extensión legal, ya que, según lo



preceptuado en el art. 257 CJM, y con excepción de lo dispuesto en su artículo 194, tratándose de delitos comunes en los que haya de conocer la jurisdicción militar, se aplicarán las normas del CP, y según éste —artículo 61, regla 2.ª— cuando en el hecho concurriere sólo alguna circunstancia agravante, deberá imponerse la pena señalada al delito en su grado máximo, por lo que tratándose de un delito que tiene señalada la pena de presidio menor —art. 501, 3.º— y apreciándose las expresadas agravantes sin la concurrencia de atenuante alguna, es evidente que la pena que corresponde imponer es la de presidio menor en su grado máximo; cuatro años, dos meses y un día de presidio menor y seis años de la misma pena, con las accesorias correspondientes y efectos legales oportunos, y sin que haya lugar a exigir responsabilidades civiles.—*Fiscal Tagado*: Discrepa en cuanto a la apreciación de la nocturnidad y despoblado, ya que el mero hecho de que concurrieran algunas de las circunstancias a que se refiere el art. 10, 13.ª CP. no puede ser motivo suficiente para tal apreciación, solicitando para R. G. R. una pena de cuatro años, dos meses y un día de presidio menor, y para J. A. S. otra pena de dos años, cuatro meses y un día también de presidio menor, con sus accesorias legales.—*Defensa*: Por entender que los hechos no eran integrantes de robo, ya que la violencia con que ambos reaccionaron fué sólo consecuencia de la ofensa que les hicieron al proponerles actos de homosexualidad, solicitó que únicamente fuera condenado R. G. R. por hurto (514/515, 4.º CP.) concurriendo los atenuantes de los apartados del artículo 186, 3.º, 6.º CJM., a la pena de dos meses y un día de arresto mayor, imponiéndosele a su igualmente defendido J. A. S., que carece de antecedentes penales, el correctivo correspondiente por una simple falta de hurto del art. 587, 1.º CP.—*CSJM*: Revoca, porque si bien *el CG. hizo un buen uso de sus facultades en cuanto a la apreciación de la prueba, ya que los hechos que por el mismo se declaran probados y que coinciden con los recogidos en los dos primeros resultandos de esta sentencia, reflejan fielmente el contenido de los autos, siendo igualmente acertada la calificación jurídica efectuada por dicho tribunal sentenciador al estimar que tales hechos son integrantes de un delito de robo (500/501, 5.º CP) toda vez que se dan cuantas condiciones se requieren para la existencia de dicha figura delictiva, como son el ánimo de lucro y apoderamiento de cosas muebles ajenas, con violencia en la persona perjudicada (CONSID.º I) y respecto a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, si bien el CG. obró correctamente al aplicar la de reincidencia recogida en el art. 10, 15.ª CP., en cuanto al procesado R. G. R., pues al haber sido ejecutoriamente condenado por un delito de robo con anterioridad a la comisión del de autos, se impone su estimación; no estuvo igualmente acertado dicho Tribunal al aplicar el número 13 del propio artículo que hace referencia a las agravantes de nocturnidad y despoblado, dado que la prueba aportada sobre la forma en que se desarrollaron los hechos, pone de manifiesto que tales circunstancias de tiempo y lugar en la ejecución del delito perseguido resultaron indiferentes para los autores, ya que no fueron por ellos elegidos, sino buscadas por el propio perjudicado que, en un principio se valió de ellas*

*para exponer sin luz ni testigos sus torpes propósitos, como así se deduce de la resultancia de los autos y consta en la sentencia del CG. que el paisano hizo a los soldados proposiciones deshonestas contra el sero, intentando darles dinero, para lo cual sacó la cartera, en cuyo momento los procesados lo despojaron del reloj y le arrebataron la cantidad de 600 pesetas por lo que no resulta apropiado estimar la concurrencia de las referidas circunstancias de nocturnidad y despoblado que, en consecuencia deben ser desestimadas (CONSID.º II). A los efectos de aplicación de pena, que fué el motivo del disentimiento, que se plantea razonadamente, el cambiar los supuestos legales por no apreciar la Sala la concurrencia de las agravantes de nocturnidad y despoblado, diferente ha de ser la penalidad a imponer y en los términos del art. 61 CP. aplicable al caso como acertadamente expresa la Autoridad Judicial del Departamento, corresponde al procesado R. G. R., en el que concurre la agravante de reincidencia, la de presidio menor en su grado máximo por imperativo de lo dispuesto en el inciso 2.º del referido precepto, y por lo que se refiere al procesado J. A. S., dentro del arbitrio del punto 4.º del propio artículo. la Sala, atendiendo a la no excesiva gravedad del hecho y personalidad del culpable, estima como más adecuada la imposición de la misma pena en su grado medio (CONSID.º III).—Condena a J. A. S. a la pena de dos años, cuatro meses y un día de presidio menor, y a R. G. R. a la pena de cuatro años, dos meses y un día de igual pena, con las accesorias para ambos condenados de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, durante el tiempo de la condena y el efecto de pérdida para el servicio y antigüedad de un período de tiempo igual al de las condenas y cumplir en cuerpo de disciplina el tiempo que le resta de su empeño; siéndoles de abono la totalidad de la prisión preventiva que hubieran sufrido a resultas de esta Causa, y no exigiéndose responsabilidades civiles por haberse recuperado lo sustraído.*

**22. Lesiones graves. Art. 420, 3.º CP. Incumplimiento obligaciones reglamentarias. Art. 443 CJM. Resentimiento previo. Personalidad del delincuente. Trascendencia del hecho. Medida de la pena. Fines de la pena. Legítima defensa incompleta. Art. 9, 1.º/8, 4.º CP.**

*Sent. 2 octubre 1959 (VII Región Militar).—Sobre las 20 horas del 2 agosto 1957, encontrándose el procesado, Capitán de Infantería en reserva, en el lugar denominado La Rasa, del término municipal de Campomanes, a la altura del kilómetro 406 de la carretera de Adanero-Gijón y en dicha carretera, pasó por allí, de vuelta de trabajos agrícolas y acompañado de algunos familiares, el vecino de Campomanes-La Rasa, A. G. S.; y como entre éste y el encartado existieran antiguos motivos de resentimiento, dicho encartado le requirió para pedirle explicaciones sobre algunas frases que el mencionado paisano había proferido en alguna ocasión y que aquél reputaba injuriosas; reaccionando rápidamente A. G. S. con un gesto como de agredir a don J. G. G.; dándole éste con una fusta y, seguidamente, haciendo uso de la pistola que llevaba y para la que no*

tenía guía, hizo tres disparos sobre el paisano, al que alcanzó uno de ellos, que le produjo fractura múltiple conminuta del tercio medio del codo derecho, lesiones que originaron asistencia facultativa hasta el 31 marzo 1958, durante cuyo tiempo no pudo dedicarse a sus trabajos habituales, quedándole como consecuencia de la herida una ligera limitación de movimiento del brazo derecho, que si bien no constituye incapacidad para el trabajo, sí supone merma física.—*CG. Oficiales Generales*: Lesiones (art. 420, 3.º CP.) y una falta leve de incumplimiento de obligaciones reglamentarias (art. 443 CJM.), tres años y un día de prisión menor, con las accesorias legales comunes de suspensión de todo cargo público, profesión y oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y la militar de separación del servicio, por el delito, y un mes de arresto militar por la falta leve; decomiso del arma utilizada, indemnizar al lesionado en 8.037,30 pesetas, representativas de los gastos de asistencia, así como en la de 10.000 pesetas por el tiempo que no pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales y por la merma física que le ha quedado a consecuencia de las lesiones.—*Defensa*: Recurso (797 CJM.) por no apreclarse exitamente legítima defensa o atenuantes art. 9.º, 5.ª y 8.ª CP., procediendo pena en grado mínimo, o sea de seis meses y un día a dos años y cuatro meses de prisión menor.—*Auditor*: Aun siendo procedentes los restantes pronunciamientos del fallo, no lo fué el relativo a extensión de la pena del delito de lesiones, ya que la misma debe ser la de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, al tenerse en cuenta la verdadera trascendencia del hecho, la personalidad del delincuente, el resentimiento mutuo previo entre agresor y agredido, que éste último alentó, la tacha de pendenciero que sobre dicho agredido pesa y el cumplirse los fines represivos y preventivo de toda sanción al ponerse pena menor de la señalada por el CG.—*Capitán General*: Disintió de su Auditor, por entender que el Consejo usó prudentemente del arbitrio otorgado por la Ley para la imposición de pena, habiendo enjuiciado adecuadamente los hechos de autos y valorado el daño producido y el que se pudo producir al lesionado, factible de haber llegado a ser irreparable, así como la considerable trascendencia del hecho en varios aspectos, estimando debe confirmarse el fallo. *Fiscal Togado*: Aprobación.—*Defensor*: Lesiones pero con imputabilidad disminuida, seis meses y un día prisión menor; corrigiéndosele como autor de falta leve con un mes de arresto; debiendo indemnizar al lesionado mediante el abono de 4.957,80 ptas., por los gastos de asistencia médica, así como de 3.000 ptas. por el tiempo que dicho lesionado no pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales.—*CSJM.*: Confirma, porque en lo que se refiere a extremos sobre los que no ha versado el disenso, apareciendo en cuanto a ellos criterio unánime del Capitán General, Auditor de Guerra y Fiscal Togado, estima la Sala que el CG. que vió y falló la presente causa, efectuó acertada calificación jurídica de los hechos de autos, al apreciar que el procesado no fué impulsado por ánimo homicida al ejecutar agresión contra el paisano A. G. S., y ponderar debidamente para ello las circunstancias de lo sucedido y las radicantes en el referido encartado en aquella ocasión, entendiéndolo, en consecuencia, como existente el delito que calificó de lesiones, en grado de consumación, previsto y penado en el

420. 3.º CP., infracción, la citada, que surgió cuando como efecto de la acción que desarrolló don J. G. G. resultaron lesiones para la víctima, que tardaron en curar más de noventa días; siendo también adecuado el pronunciamiento del Tribunal referente a responsabilidad del encartado como autor, al haber tenido intervención directa en la ejecución del mencionado delito, siendo aplicable el art. 14. 1.º CP.; como igualmente fué pertinente la declaración de existencia de una falta castrense leve, de tipo incidental, consistente en utilización por el procesado de una pistola, respecto a la cual no se había preocupado de que se pasare la obligada revista anual por la Autoridad militar competente, encontrándose encuadrada la aludida falta, consistente en inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias, en el art. 443 CJM.; apareciendo asimismo como indicado el pronunciamiento del fallo del CG sobre inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que en forma alguna se puede estimar concurrente la eximente de legítima defensa en lo que afecta a unos hechos en los que hubo iniciación, precedente a una posterior acción agresiva, por parte del encartado; sin que tampoco pueda hablarse de circunstancias atenuantes de provocación por el ofendido o de obrar el delincuente bajo el impulso de arrebato u obcecación cuando, como en el presente caso, se generó una situación de reyerta, que, como queda dicho, fué iniciada por dicho encartado (CONSID.º I), y en lo que concierne al punto sobre el que se ha concretado el disenso, o sea, extensión de la pena aplicable al procesado por el delito cometido, la Sala estima que el CG, valoró en forma debida y justa, dentro del arbitrio concedido por la Ley, el conjunto de circunstancias a tener en cuenta respecto a dicho problema de individualización de sanción: entre ellas las afectantes a la trascendencia del hecho, del que se produjeron lesiones que tardaron en curar cerca de ocho meses; así como las relativas al aspecto subjetivo que en dicho hecho ejerció el encartado, que hizo rápido uso de arma de fuego, sin que luego se cuidare de prestar auxilio al lesionado, huyendo del lugar del suceso; por lo que procede mantenimiento de lo pronunciado por el indicado Tribunal en cuanto a la también aludida extensión de pena por el delito (CONSIDERANDO II).

- 23. Imprudencia temeraria. Lesiones culposas. Pena menos grave. Artículo 565, párrafo cuarto CP. Falta de autorización para conducir. Art. 3.º Ley 9 mayo 1950. Omisión de auxilio. Art. 5.º Ley 9 mayo 1950. Responsabilidad civil subsidiaria del padre. Art. 22 CP. Apreciación prueba. Art. 787 CJM. Reserva de acciones civiles. Artículo 711 CJM.**

*Sent. 7 octubre 1959* (VII Región Militar).—El procesado J. I. M., mayor de edad, soldado de la Escuela Automovilista del Ejército, en ocasión de hallarse con permiso temporal en Aldehuela de la Bóveda conducía un camión de cinco toneladas, de su padre, en la tarde del 20 julio 1957, para realizar un transporte de muebles de Fresno Alhóndiga a Siete Iglesias de Tormes (Salamanca). Al llegar, sobre las 13.30 horas, a un paso a nivel

del ferrocarril de Plasencia a Astorga, en el kilómetro 15 hectómetro 13, advirtió que la guardabarrera, llamada P. P. G. echaba la corredera izquierda de hierro que era la más próxima al camión, no obstante lo cual, quiso pasar con éste por el espacio que aún quedaba sin cerrar, mas al verificarlo como no tenía ya sitio libre para el tránsito, dió un fuerte encontronazo a la mentada corredera, lanzándola al lugar en que se hallaba la nombrada guardesa, que alcanzada por aquélla sufrió graves lesiones (RESULT.º I). El procesado no se detuvo para auxiliar a la referida mujer, sino que continuó su marcha a Siete Iglesias, de donde regresó a Fresno y, mientras tanto, un tren llegado a poco del suceso, que iba a Salamanca, paró, y su personal, ayudado por otro que trabajaba en las inmediaciones, colocó en el furgón a la P. P. G., llevándola a dicha capital, donde ingresó en una clínica quirúrgica en la que fué seguidamente intervenida con la amputación de la pierna derecha, habiendo quedado incapacitada para el trabajo después de su curación. Los gastos de ésta suman 3.870 pesetas, e importan otras 4.700 pesetas los jornales que la lesionada dejó de percibir y los dispendios derivados del tratamiento (RESULT.º II). J. I. M. tenía autorización expedida por el Servicio de Automovilismo del Ejército en 19 junio 1957 para conducir coches ligeros y camiones con peso total, en carga, inferior a 3.500 kilos (RESULT.º III).—*CG. Ordinario*: Imprudencia punible (art. 565/420, 2.º /563 CP.), conducir vehículos de motor sin estar legalmente habilitado para ello, (art. 3.º Ley 9 mayo 1950) y no auxiliar a la víctima (art. 5.º Ley 9 mayo 1950). Y, en consecuencia, impuso a J. I. M., las penas siguientes: seis meses y un día de prisión menor y multa de 5.000 pesetas, sustituible, caso de impago, por un mes de arresto, con privación de permiso de conducir por tiempo de un año, por el delito de imprudencia punible del que resultaron lesiones y daños; un mes y un día de arresto mayor, por el de conducción de vehículos sin estar legalmente autorizado, y seis meses y un día de prisión menor, multa de 1.000 pesetas, sustituible, de no ser satisfecha, por quince días de arresto, y privación de permiso de conducir, por un año, por el delito de omisión de auxilio a la víctima; todas con las accesorias legales correspondientes; y responsable civilmente por 8.560 pesetas, importe de los gastos de curación y jornales no percibidos por la interesada, así como por 5.760,25 pesetas a abonar a la R. E. N. F. E., y 40.000 pesetas a hacer efectivas a doña P. P. G. en concepto de indemnización por la incapacidad permanente sobrevenida. *Autoridad judicial*: Disintió por entender que el procesado debe ser condenado por el delito de imprudencia apreciado en dicho fallo, al ser de aplicación el 565, párrafo 4.º CP., a la pena de tres meses de arresto mayor, multa de 1.000 pesetas, sustituible, caso de impago, por quince días de arresto, y privación del permiso para conducir vehículos de motor durante un año, debiendo declararse responsable civil subsidiario a don S. I., padre del encartado y propietario del vehículo con que se causó el accidente.—*Fiscal Togado*: Conforme con el disenso en cuanto a aplicación en lo que respecta al delito de imprudencia del 565, párrafo 4.º CP., tres meses de arresto mayor, multa de 4.000 pesetas, sustituible de no ser satisfecha, por quince días de arresto y privación de permiso de conducir

durante un año; no resulta procedente declaración respecto a responsabilidad civil subsidiaria.—*Defensor*: Atenuante del 9.º CP., un mes y un día de arresto mayor y multa de 2.500 pesetas por el delito de imprudencia; un mes y un día de arresto mayor, por el de conducir vehículo de motor sin estar habilitado para ello; y seis meses y un día de prisión menor y multa de 1.000 pesetas por la supuesta omisión de auxilio a la víctima.—*CSJM.*: Revoca, porque si bien dentro de las amplias facultades que para la apreciación de pruebas otorga el 787 CJM. al CG., no aparece que el sentenciador de esta causa se haya salido de un racional criterio en la declaración de probanza que formula, ya que en el conjunto de testimonios y demás elementos demostrativos aportados a las actuaciones, cuya valoración reserva la Ley a los juzgadores, existe base para establecer aquellos hechos sin manifiesto error, por lo que es procedente respetarlos, siquiera su exposición se haga ahora en más adecuada forma, respetuosa totalmente con el fondo (CONSID.º I). La entrada por el procesado con el camión que conducía, al paso nivel ferroviario con propósito de cruzarlo cuando se producía su cierre y estaba ya corrido parte del mismo, constituye una acción de notoria temeridad, carente de la más ordinaria cautela, que al haber lesionado en la medida efectiva explicada a la guardabarrera y al material de la vía, a riesgo, además, de encuentro con el tren cercano, configura claramente el delito de imprudencia temeraria comprendido en el 565 CP., originario de lesiones y daños, que, de haber mediado malicia, determinaría sendas transgresiones dolosas de estas modalidades incuridas en los arts. 420, 2.º y 563 CP., según acertadamente entendió el Consejo de Guerra (CONSID.º II). El rehusar el encartado en auxiliar a su víctima desentendiéndose de ella para seguir la marcha fuera de toda atención a los daños personales y materiales ocasionados, incide en el delito penado por el art. 5.º de la Ley de 9 mayo 1950; en tanto que la conducción del camión dañador, de mayor tonelaje y peso que los vehículos para que pudiera hallarse habilitado a conducir el procesado en virtud de la autorización restringida del Servicio de Automovilismo de que se hizo mérito, entraña el delito del art. 3.º de la misma Ley, como igualmente estimó el Consejo (CONSID.º III). En orden a la penalidad, sobre cuyo extremo ha surgido el disenso de la Autoridad judicial con su Auditor, con la argumentación de que por ser igual la pena de las lesiones del 420, 2.º del citado Código que la del delito de imprudencia temeraria debió imponer el Consejo la inferior en grado, con arreglo al 565, párrafo 4.º, hay que observar no se da, ciertamente, el supuesto de la paridad punitiva en que se basa el disentimiento, ya que el delito de imprudencia tiene asignada la sola pena de prisión menor, mientras que el de lesiones indicado lleva la conjunta de prisión menor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas, con lo que su doble alcance, corporal y punitivo, es mayor que la otra y, por tanto, no se está en el caso invocado del 565, párrafo 4.º, que se refiere estrictamente a la hipótesis de que la pena del delito doloso sea igual o inferior a la del imprudente, cuyo criterio, de la no igualdad, sustenta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 16 mayo 1952 y especialmente en las más recientes y reitera-

*tuvas del criterio de 30 septiembre 1955, de 30 octubre 1956 y 31 octubre 1957, dictadas con ocasión, idénticamente, de la comisión de delitos de imprudencia temeraria generadora de lesiones encuadradas en el 420. 2.º, y en virtud de todo ello la penalidad ahora aplicable es la de prisión menor que con carácter general fija el 565, párrafo 1.º, pero únicamente ella, sin el aditamento de la multa que, con error palmario, contiene la sentencia disentida (CONSID.º VI), y, finalmente, la responsabilidad criminal lleva aneja la civil por el alcance que la regula los arts. 101 y 102 o 105 del Código, mas no cabe imponer ésta aquí, subsidiariamente, al padre del procesado como propugna el disentimiento, porque el art. 792 CJM, impide pronunciamiento alguno respecto de quien no estuviere procesado e implicaría la condena civil subsidiaria de aquella otra persona: sin perjuicio, claro es, de las reclamaciones particulares o ante los tribunales ordinarios que conforme al 711 CJM, puedan plantear los interesados en las reparaciones o indemnizaciones, si no las hiciere efectivas el encausado; notificándoles a tal fin este particular (CONSID.º VII).—*Condena al procesado, soldado J. I. M., como autor de un delito de imprudencia temeraria del que resultaron lesiones, con pérdida de miembro principal, y daños, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, y a la privación del permiso de conducir vehículos de motor por un año; como autor de otro delito de no auxiliar a la víctima por él causada, incurso en el artículo 5.º de la Ley de 9 mayo 1950, a las penas de seis meses y un día de prisión menor y de 1.000 pesetas de multa, que de no hacerse efectiva se sustituirá por un mes de arresto, con privación por un año de permiso de conducir, y como autor de un tercer delito, de conducir vehículos de motor sin estar legalmente autorizado para ello, comprendido en el art. 3.º de la misma Ley, a las penas de un mes y un día de arresto mayor y de 1.000 pesetas de multa sustituible, caso de impago, por quince días de arresto, y a la privación, también por otro año, del permiso de conducir. Tanto la prisión menor como el arresto mayor llevará como accesorias la suspensión de todo cargo público, profesión y oficio y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto militar de pérdida de tiempo para el servicio. En concepto de responsabilidad civil le condena a que indemnice a P. P. G. en la cantidad de 8.570 pesetas por los jornales que perdió y los gastos que se le derivaron durante la asistencia facultativa, y en otras 45.000 pesetas por la incapacidad sufrida, y a la empresa ferroviaria perjudicada en las 5.076,25 pesetas que importan los daños de su material.

**24. Recurso de revisión. Bandidaje y terrorismo. Duplicidad de sentencias. Art. 954, 5.º CJM. Responsabilidad civil.**

*Sent. 8 octubre 1959 (Consejo Reunido en Sala de justicia).—*Un CG. Ordinario, reunido en Oviedo el 24 febrero 1949, para fallar la causa número 382/1947 de la VII Región Militar, instruida contra el procesado A. N. G., dictó sentencia en la que le condenó, como autor de un delito compren-

dido en el art. 5.º, 2.º Decreto-ley de 18 abril 1947, a la pena de veinte años y un día reclusión mayor y accesorias legales correspondientes. Se declararon como hechos probados: Que el procesado A. N. G., en el año 1944, abandonó su domicilio al tener noticias de que por la fuerza pública se le trataba de detener, por haber abandonado el Bn. de Trabajadores en que se encontraba, huyendo al monte, donde estableció contacto con el bandolero C. R., quien le entregó un fusil, pistola y bomba de mano, así como la munición necesaria. El procesado parece ser que vivía solo en el monte y fueron reclamados sus servicios o ayuda por la partida del tal C. R., con motivo de un atraco dado en Poblaciones (Santander) el 15 octubre 1944, en el domicilio de F. T. G., de donde se llevaron los bandoleros 10.000 pesetas, hiriendo uno de éstos al dueño de la casa, el procesado se quedó fuera, de vigilancia. Igualmente fué reclamado el 7 octubre 1945 para tomar parte en el secuestro de O. R., a cuyo padre le exigieron 25.000 pesetas por su libertad, y al no poder entregar más que 15.000 pesetas se llevaron al hijo, a quien devolverían cuando entregasen el resto, si bien posteriormente le dejaron en libertad al citado O. R., a pesar de no haber entregado la familia de éste las 10.000 pesetas que faltaban; en estos hechos igualmente estuvo el procesado de guardia, para avisar, caso de que se presentase la fuerza pública. En los plazos intermedios entre los atracos referidos, el procesado vivía solo en el monte, cuya vida de soledad continuó, según manifestaciones del mismo y sin que haya sido posible aclarar si intervino o no en más atracos, hasta el 16 julio 1947, en que se presentó voluntariamente con las armas al Capitán de la Guardia Civil en Panes. Dicha sentencia adquirió firmeza y ejecutoriedad por Decreto de la Autoridad judicial (RESULT.º D), Otro CG. reunido en Santander el 22 junio 1950, para conocer de la causa núm. 604/1944 de la VI Región Militar, instruida contra el procesado A. N. G., dictó sentencia en la que condenó al que se acaba de nombrar a la pena de treinta años de reclusión mayor, como autor de un delito de bandidaje (art. 5.º, párrafo 1.º y apartado 2.º/3.º, párrafo 2.º, apartados A) y B) Decreto-ley de Bandidaje y Terrorismo 18 abril 1947) concurriendo en dicho delito la agravante del art. 16, 16.ª CP., así como la atenuante del 9.º, 9.ª CP. Hechos probados: "Que el procesado A. N. G., por haber sido condenado por auxilio a la rebelión se encontraba en un Bn. de Trabajadores, abandonó el mismo permaneciendo oculto hasta el año 1943 en que entró a formar parte de la partida de bandoleros capitaneada por C. R. alias "Machado", con la que convivió un período de tiempo no bien determinado, constando de manera concreta que formaba parte de dicha partida, se presentó sobre la 9,30 de la noche del 14 octubre 1944 en el establecimiento propiedad del Alcalde de Puente Pomar (Santander), F. T. G., yendo armado con pistola y bombas de mano, y como quiera que la víctima trató de apoderarse de una escopeta para defenderse, uno del grupo de los atacadores, que no era el procesado, disparó contra F. T. G., produciéndole heridas de las que tardó veintidós días en curar, entregándose a continuación el procesado y los demás componentes de la partida al saqueo del establecimiento, apoderándose de



dinero, comestibles, ropas y otros objetos muebles por valor de 73.228 pesetas, no habiéndose recuperado ni dinero ni objetos sustraídos, y sin que se acredite exactamente los gastos de curación del herido don F. T. G. Posteriormente el procesado ha desarrollado actividad delictiva en la provincia de Asturias, por la que se le sigue otro procedimiento, constando que en el año 1947 se presentó voluntariamente a las autoridades en Asturias, presentación que hizo a impulsos de arrepentimiento espontáneo confesando los delitos en los que había intervenido sin que le constara que el presente procedimiento se dirigía contra el mismo". Dicha sentencia fué firme y ejecutoria por decreto de la Autoridad judicial de fecha 5 julio 1950 (RESULT.º II). El condenado A. N. G., por escrito de 2 de abril del presente año, promovió ante este CSJM. recurso de revisión, al amparo del 954, 5.º CJM., en relación a las dos sentencias firmes recaídas en las causas, ya mencionadas, números 382/1957 y 604/1944. (RESULTANDO III).—*Fiscal Togado*: Procedente por ser aplicable el 954, 5.º CJM.; resultando pertinente la anulación de la sentencia dictada en la causa número 604/1944 y dejando subsistente y válida la recaída en la causa número 382/1947, al recoger esta última la totalidad de los actos delictivos realizados por A. N. G.—*Defensor*: Se resuelva con anulación de la causa núm. 604/1944.—*CSJM.*: Declara haber lugar al recurso, porque *resulta evidente que se da en cuanto al presente recurso de revisión la circunstancia de que respecto a unos mismos hechos han recaído dos sentencias, por lo que ha lugar a dicho recurso conforme al 954, 5.º CJM.; teniéndose en cuenta que dichas sentencias fueron firmes y ejecutorias, así como que la aludida identidad de hechos se desprende de las declaraciones sobre probanza contenidas en ambas resoluciones, cuyas declaraciones se refieren a una única actuación delictiva de A. N. G., si bien en el fallo dictado en la causa núm. 382/1947 de la VII Región Militar, y sin duda por haberse agotado más la investigación, se recoge en forma más concreta y acabada la referida actuación delictiva, detallándose dos hechos concretos de bandidaje ejecutados por el condenado; siendo de notar que en la sentencia pronunciada en la causa número 604/1944 de la VI Región Militar, menos expresa que la otra al concretar hechos determinados, ya se hizo mención de que en lo que concierne al procesado en dicha causa existía constancia de "actividades delictivas en la provincia de Asturias, por las que se sigue otro procedimiento..." (CONSID.º I). De las dos soluciones que en lo que atañe al recurso de revisión cuya procedencia se declara quedan señaladas en el 972, párrafo 4.º CJM., o sea, anular la sentencia que se considere injusta o dictar otra nueva, el Consejo Reunido en Sala de Justicia estima procedente la primera de ellas, debiéndose anular el fallo cuya declaración de hechos probados fué menos completa y precisa al reflejar la actividad ilegal de A. N. G., o sea el recaído en la causa núm. 604/1944 de la VI Región Militar; sin que a ello sea obstáculo el que en el fallo recaído en el otro procedimiento, y que habrá de quedar subsistente, no se recogiera el dato de que la víctima del atraco que tuvo efectividad en Poblaciones ostentare el cargo de Alcalde; extremo éste que no adquiere suficiente relevan-*

cia para que genere la necesidad de que se anule también dicho último citado fallo, máxime si se tiene en cuenta que al lado de la circunstancia agravante del art. 10, 16 CP., determinada por la citada ostentación de cargo por el perjudicado por el delito y cuya circunstancia fué apreciada en la sentencia de la causa núm. 604/1944, siempre concurre aquella otra consistente en la presentación voluntaria del culpable a la Autoridad competente, que fué ya recogida en la causa y fallo de la VII Región Militar, si bien dicho fallo no se valoró en forma concreta con el carácter de atenuante (CONSID.º II). Al no haberse hecho declaración sobre responsabilidad civil en la causa núm. 382/1947, y haberse precisado ésta, en cambio, en el fallo dictado en el procedimiento núm. 604/1944 por lo que se refiere al atraco del que fué víctima don F. T. G., la anulación de este último fallo no habrá de impedir que A. N. G., declarado insolvente en dicho último procedimiento, haga efectiva la responsabilidad civil correspondiente en el caso de que llegare a mejor fortuna (CONSID.º III). Anula (sin perjuicio de lo que luego se concretará en cuanto a responsabilidad civil) la sentencia dictada en la causa núm. 604/1944 de la 6.ª Región Militar, instruída contra el referido penado; declarándose subsistente el fallo recaído en el procedimiento núm. 380/1947; debiéndose entender que caso de que A. N. G. llegare a situación de mejor fortuna deberá hacer efectiva la responsabilidad civil a la que fué condenado en la sentencia que se anula, concretada en abono al perjudicado F. T. G. de la cantidad de 73.225 pesetas, representativa del importe de lo sustraído a dicho perjudicado, y en satisfacción a la misma víctima de la suma de 10.000 pesetas por los gastos de curación de la herida recibida.

**25. Hurto. Art. 514, 1.º CP. Causas personales de agravación de la pena. Art. 194, 2.º CJM. Apreciación de la prueba. Art. 787 CJM.**

*Sent. 9 octubre 1959* (Zona aérea Canarias).—El procesado, Teniente del Arma de Aviación (Servicio de Vuelo), don J. A. de L. T., perteneciente a la sazón al ... Escuadrón de Caza Bombardeo destacado en la Base Aérea de ..., entró en las primeras horas de la madrugada (no buscada de propósito) del 1 octubre 1958, en la habitación que en el Pabellón de Oficiales de la Base ocupaba, compartida con el entonces también Teniente y hoy Capitán de Aviación don A. G. R., y durante el sueño de éste le sustrajo con ánimo de lucro la cartera, en la que tenía 905 pesetas, guardada en su armario, cuya puerta hallábase abierta, dentro de la propia habitación; la cartera, con ligeros desperfectos no valorados, fué recuperada del mismo procesado, que también reintegró a don A. G. R. la cantidad total del dinero que con aquélla le había cogido y gastado después en parte.—*CG. Oficiales generales*: Hurto (514, 1.º/515, 3.º CP.) con la especial agravación de penalidad del 194, 2.º CJM.; seis meses arresto mayor, agravatorias comunes inherentes y la especial militar de separación del servicio, sin hacer declaración de responsabilidades civiles.—*Autoridad judicial*: Aprobación.—*Fiscal Togado*: Aprobación, sin

más modificación que adicionar los hechos probados sobre determinados extremos.—*Defensor*: El procesado no era responsable de delito alguno, absolución.—*CSJM.*: Aprueba la sentencia porque los hechos que el CG. declara probados se ajustan a la resultancia que en conjunto arroja lo actuado, sin que se hayan salido los juzgadores del racional arbitrio que para apreciarlas les confiere el art. 787 CJM., por lo que se está en el caso de respetar el criterio así reflejado al no adolecer de notorio error (CONSID.º I) y la calificación razonada de los expresados hechos como delito de hurto, comprendido en el 515/514. 1.º CP., es la que legalmente corresponde y también se conforman por completo a la ley, el grado de responsabilidad del procesado y la circunstancia especial de agravación del 194 CJM. estimados en el fallo, así como la penalidad impuesta con sus accesorias comunes y militar y el abono de prisión preventiva, por lo que procede la aprobación de la sentencia consultada (CONSID.º II).

**26. Asesinato. Art. 406, 1.º Desprecio al sexo. Art. 10, 16.ª CP. Oligofrenia congénita. Discernimiento. Art. 9, 1.ª/8, 1.ª CP. Eximentes incompletas. Imputabilidad disminuída. Homicidio. Art. 407 CP. Compatibilidad de alevosía y enajenación mental incompleta. Abuso superioridad. Art. 10, 8.ª CP.**

*Sent. 14 octubre 1959* (Departamento marítimo de Cádiz).—En la tarde del 2 febrero 1957 fué hallado flotando en el agua, y en el lugar conocido por el Cachón de Zahara, y en las proximidades del Peñón, en Zahara de los Atunes (Cádiz), el cadáver de una mujer, que, una vez identificado, resultó ser M. M. O., y practicada la autopsia le apreciaron una pequeña herida en el ángulo externo del ojo derecho e Inyección conjuntival del referido ojo, así como en la región interparietal un ligero hematoma, encontrando al ser diseccionada la piel del cuero cabelludo una mediana hemorragia, golpes que seguramente le produjeron una ligera conmoción cerebral, siendo no obstante, la causa de su muerte la asfixia por sumersión (RESULT.º I). Detenido el procesado J. A. F., que se dedicaba a la mendicidad, y vivía amancebado con la víctima desde hacía unos veinte años, residiendo últimamente en un nido de ametralladoras próximo al lugar del suceso, confesó que en la noche del 30 enero 1957, después de sostener una disputa con M. M. que le propinó varios arañazos, golpeó a ésta produciéndole unas ligeras lesiones que le ocasionaron la pérdida momentánea del conocimiento, en cuya situación la arrastró unos metros hasta el agua, donde la introdujo manteniéndola sumergida y sosteniéndola únicamente por los cabellos, durante unos diez minutos, dejándola abandonada una vez que comprobó que ya no hacía ningún movimiento (RESULT.º II). Sometido el procesado a reconocimiento psiquiátrico, según se acredita en autos, resulta padecer una oligofrenia de carácter congénito, lo que, si bien no le priva distinguir sobre la licitud o ilicitud de los actos, le disminuye en gran parte sus facultades volitivas (RESULT.º III).—*CG. Ordinario*: Declaró probados hechos en lo esencial coincidentes con

los recogidos en ésta, con la única salvedad de omitirse la disputa previa que existió entre el procesado y la víctima, así como la autopsia practicada a ésta, e informe médico sobre el estado mental del encartado, si bien estos dos últimos extremos se recogen entre los Resultandos posteriores a los declarados probados. Asesinato calificado por alevosía (406, 1.º párrafo 1.º CP.), agravante de desprecio al sexo (10, 16.º, CP.) y atenuante calificada del art. 9, 1.º/8.º, 1.ª CP.: veinte años de reclusión menor, accesorias legales y, en concepto de responsabilidad civil, 50.000 pesetas, a abonar a los herederos de la víctima.—*Defensor*: Recurrió por entender que los hechos que se declaran probados en la aludida sentencia adolecen de notorio error, ya que basan únicamente en las contradictorias declaraciones del procesado, el que, según se acredita en autos, tiene perturbadas sus facultades mentales, no reconociéndose, en cambio, sus manifestaciones sobre la reyerta previa habida entre éste y la víctima, y que dió origen a los hechos de autos, los que serían, a lo más, constitutivos de un delito de homicidio (407 CP.) sin agravación y con la concurrencia, por el contrario, de la eximente de enajenación mental del art. 8.º, 1.º CP., la que, a su juicio, ha de apreciarse tanto por los antecedentes del procesado como por el dictamen pericial practicado: absolución.—*Autoridad judicial*: Disconforme con la sentencia por estimar que hubo error en cuanto a la calificación por ser la alevosía incongruente con los hechos que se declaran probados e inconciliable con la eximente incompleta: homicidio (407 CP.) con agravante de desprecio al sexo 10, 16.ª CP.), enajenación incompleta (9.º, 1.º/8.º, 1.º CP.) a la pena de doce años prisión mayor, con accesorias y efectos legales correspondientes, exigiéndole en concepto de responsabilidad civil 50.000 pesetas.—*Fiscal Togado*: Revocación de la sentencia y su sustitución por otra en la que, recogiendo como hechos probados, además de los señalados por el Tribunal, la disputa y reyerta entre el procesado y la víctima, que precedió a la muerte de ésta, así como incluyendo los informes médicos en relación con la autopsia y de reconocimiento del encartado, sean calificados como homicidio en el que sólo concurre la atenuante muy calificada del art. 9.º, 1.º/8.º, 1.º CP.: diez años prisión mayor, accesorias legales, responsabilidad civil en la cuantía y a favor de las personas que señaló el CG.—*Defensa*: Absolución por falta, a su juicio, de prueba, o en su defecto, y en el caso de que sea considerado autor del delito de homicidio que se le acusa, se aprecie la eximente del 8.º, 1.º CP.—*CSJM*: Revoca, porque los hechos que se declaran probados en los primeros resultandos de esta sentencia, dada la forma en que los mismos se realizaron, son integrantes de un delito consumado de homicidio simple, previsto y penado en el 407 CP., y excluye de conformidad con la tesis mantenida en el disenso y dictamen del Fiscal Togado de este Alto Tribunal, la existencia del delito de asesinato, calificado por alevosía que estimó el CG., ya que, si bien se produjo la muerte de una persona, las circunstancias personales que concurren en el procesado, y que habrán de tenerse en cuenta en la determinación de la responsabilidad, hacen que no pueda presumirse en el mismo que al ejecutar los hechos de autos empleara los medios, modos o forma con la

*Finalidad que determina el 1.º, 1.º, párrafo 1.º CP. (CONSID.º I). Del delito de homicidio simple, aparece responsable en concepto de autor el procesado J. A. F., en el que concurre y es de apreciar la circunstancia atenuante cualificada de enajenación mental incompleta, señalada en el 9.º 1.º/8.º, 1.º CP., toda vez que, según se recoge en el tercer Resultando de esta sentencia, el procesado padece de obigofrenia congénita, es decir, debilidad mental, que si bien no le priva de distinguir entre la licitud o ilicitud de sus actos, le disminuye en gran parte sus facultades volitivas (CONSID.º II), aunque si bien no concurren en el procesado, de acuerdo con la tesis mantenida por el Fiscal Togado, la agravante de obrar con desprecio que, por respeto al sexo, merecía la ofendida, ya que ésta con la disputa y actuación previa pudo provocar la reacción de aquél, procede y es de apreciar la asimismo agravante de abusar de superioridad en relación con la víctima, señalada en el 10.º 8.º CP., puesto que, prevaleciendo de esta situación, realizó los últimos actos que ocasionaron la muerte (CONSID.º III). A efectos de fijación de pena y teniendo en cuenta que por aplicación del art. 66 CP., corresponde imponer la inferior en uno o dos grados a la de reclusión menor, señalada por la Ley, por cuanto se ha apreciado una atenuante comprendida en el 9.º 1.º/8.º 1.º CP., la Sala, en uso de las facultades que le confiere el precepto primeramente citado, estima debe ser la inferior en un solo grado, es decir, la de presidio mayor, que por concurrir la agravante de abuso de superioridad habrá de imponerse en su grado máximo, según dispone el 16.º 2.º CP. y, atendidas la agravante del hecho y personalidad del culpable, en su mayor extensión (CONSID.º IV).—Condena a la pena de doce años prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; exigiéndole en concepto de responsabilidad civil 50.000 pesetas, que abonará a los herederos de la víctima.*

**27. Delitos contra el honor militar. Abusos deshonestos con individuos mismo sexo. Art. 352 CJM. Proposición para delinquir. Art. 184 párrafo quinto CJM. Determinación pena inferior. Art. 239 CJM. Embriaguez. Art. 444 CJM. Falta leve incidental.**

*Sent. 16 octubre 1959 (E. de España N. Africa).—El 3 mayo 1958 y sobre las dieciocho horas, en ocasión de encontrarse el Brigada legionario con P. M. O. bebiendo con un grupo de soldados de la Legión, en un bar del barrio obrero de Villa Sanjurjo, entabló conversación con el también legionario J. H. L., a quien ofreció tabaco, que rechazó en un primer momento este último, que desconocía al Suboficial —que vestía de paisano—, por ser de nuevo ingreso, aunque al final aceptó el ofrecimiento, percatándose se trataba de un Suboficial. Este manifestó su contento al enterarse eran ambos de la misma provincia, invitando a beber al legionario, quien después solicitó permiso para retirarse y asistir a la lista de retreta, a lo que el Brigada P. M. O. le objetó que no era necesario,*

que él se iba al pueblo y que le acompañase por estar "mareado" a consecuencia del alcohol ingerido; aunque el legionario insistió en acudir al toque de ordenanza le repitió el Brigada procesado, que se hallaba en estado de embriaguez ligera, que no se preocupara, puesto que él hablaba con el Brigada del cuerpo de guardia al pasar por el cuartel, lo que hizo, obteniendo permiso por ser hora de paseo de la tropa, "sín que ello supusiera faltar el legionario a la lista", según advertencia del Suboficial de la guardia. Por último, el procesado consiguió que J. H. L. le acompañase pese a su resistencia, que se volvió a manifestar al llegar a la puerta del Hotel Oriente, donde le pidió el Brigada subiera a su habitación, accediendo el inferior jerárquico ante la situación de embriaguez del Brigada P. M. O. y para ayudar a éste, quien no acertó a abrir la puerta de su cuarto, que se encontraba a oscuras, y pidió le encendiera la luz, solicitando una vez más el legionario permiso para ausentarse; cuando se hallaron en el dormitorio, el Brigada cerró la puerta por dentro, guardándose la llave en el bolsillo, y pidió al legionario se sentara en la cama, al tiempo que él se echaba en la misma y le decía: "Venga, acuéstate que vamos a *follar*. si no saco la navaja", a lo que no consintió J. H. L. Seguidamente se adormiló el procesado, momento que aprovechó el legionario para intentar abrir la puerta, espabilándose aquél con los ruidos y preguntándole qué iba a hacer, mientras le ponía la mano en el cuello, echándose de nuevo en la cama, ante lo cual el legionario dió voces de auxilio a las que acudió el de igual clase F. G. G., que se hallaba accidentalmente en el hotel, y entre los dos consiguieron franquear la puerta, saliendo el ofendido.—*CG. Ordinario*: Proposición para realizar actos deshonestos con individuos del mismo sexo (184, 5.º/352/236, párrafo 4.º y 239 CJM.), correctivo de seis meses de arresto militar con efectos de pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad, sin hacer declaración de responsabilidades civiles; se aprecia también la comisión de una falta leve militar de primera embriaguez fuera de acto de servicio (446 CJM.), sobre la que no se hace pronunciamiento alguno.—*Defensor*: Notorio error en la apreciación de la prueba, infracción del 181, párrafo 1.º del CJM., así como de doctrina legal al no hacerse aplicación por el Tribunal sentenciador de los principios *in dubio pro reo* y *asserentis est probare*.—*Autoridad Judicial*: Disintió por estimar errónea la calificación jurídica, condenando al Brigada procesado como reo de proposición a la comisión de actos deshonestos con individuos del mismo sexo, cuando solamente cabía condenarle como autor de un delito del 352 CJM. en grado de proposición, conforme al 184 CJM.; y tras analizar las pruebas sumariales para llegar a la conclusión de que las frases pronunciadas por el referido Brigada no fueron otra cosa que una manifestación grosera debida a su estado de embriaguez, como lo revela el hecho de quedar profundamente dormido una vez pronunciadas, sin ir acompañadas de actos de persuasión que revelaran intención de dar a aquéllas realidad, estima que la conducta del tantas veces repetido Suboficial no es constitutiva del delito por el que fué procesado, y sí únicamente de una falta leve de primera embriaguez fuera de acto de servicio del 444 CJM.

y otra de inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias (del 443 CJM., proponiendo se le absuelva de dicho delito y se le sancione por la primera falta con el correctivo que taxativamente señala la ley de un mes de arresto militar y por la segunda con el que se determine en trámite de aprobación de sentencia.—*Fiscal Militar*: Absolución y una falta leve de primera embriaguez fuera de acto de servicio (444 CJM.) con el correctivo de un mes de arresto militar.—*Defensor*: Absolución, adhiriéndose a la petición Fiscal.—*CSJM.*: Revoca, porque *si bien la conducta del procesado Brigada P. M. O., insistiendo en hacerse acompañar por el legionario J. H. L., así como sus frases y actitud cuando se hallaba con éste en la habitación del hotel, pudieran estimarse formalmente como una proposición a la comisión del delito contra el honor militar en la modalidad prevista en el art. 352 CJM., al requerir el 184 CJM. para la existencia de aquel acto preparatorio del hecho punible no sólo la manifestación externa de invitar a otras personas a ejecutarlo, sino la resolución de llevarlo a efecto, no es posible, en el estado de embriaguez en que se hallaba el inculcado, con la consiguiente perturbación de sus facultades de discernimiento, precisar si existió por su parte la firmeza de propósito que implica la resolución exigida en el texto legal, debiendo, en la duda, desestimarse la apreciación que de aquel acto preparatorio hizo el CG. (CONSID.º I). En cambio, es patente que la conducta del procesado alternando en un local público con un grupo de legionarios cuando se hallaba embriagado, haciéndose después acompañar por uno de ellos; al que incluso intentó disuadir que pasara la lista de retreta, llevándolo más tarde a la habitación donde se alojaba, dando ocasión a se produjeran los hechos enjuiciados, con cuya conducta ha menoscabado ante los inferiores su autoridad y prestigio, tal proceder constituye las faltas leves militares de cometer actos contrarios a la dignidad militar y de embriagarse por primera vez no estando de servicio, previstas, respectivamente, en los arts. 443 y 444 CJM., de las que responde en concepto de autor, conforme a lo dispuesto en el 196, 1.º, el Brigada P. M. O. (CONSID.º II).—Absuelve del delito contra el honor militar en su modalidad de cometer actos deshonestos con individuos del mismo sexo y le impone como autor de la falta leve apreciada de cometer actos contrarios a la dignidad militar, el correctivo de dos meses de arresto militar y como autor de la falta leve, igualmente apreciada de embriagarse por primera vez no estando de servicio, al correctivo de un mes de arresto militar, para cumplimiento de cuyos correctivos le servirá de abono al procesado la totalidad de la prisión o arresto preventivo que hubiere sufrido a resultas de esta causa.*

**28. Recurso de revisión. Rebelión militar. Duplicidad de causas. Artículo 954, 5.º CJM.**

*Sent. 22 octubre 1959 (IX Región militar).—A. P. M., de ideología izquierdista, directivo de partidos políticos afectos al Frente Popular, colaborando con este carácter en las elecciones de febrero de 1936, desem-*

peñó con los marxistas la presidencia del Comité de Alhama (Granada), en cuyo tiempo se cometieron robos, detenciones y otros desmanes, mas sin que se pruebe que interviniere personal y directamente en estos hechos, y tampoco en un asesinato del que se le acusaba, solicitó y obtuvo en abril de 1937 el cargo de Fiscal de la Audiencia de Guadalajara, puesto que desempeñó durante todo el dominio rojo, actuando en unas 58 causas contra los desafectos al régimen marxista, solicitando en una ocasión la pena de muerte que fué concedida y no ejecutada por causas ajenas al mismo, acreditándose que la petición de las penas lo hacía con plena conciencia, así como que en otras ocasiones retiró algunas acusaciones contra elementos de Falange Española (RESULT.º I). Un CG. *Ordinario* (en 11 mayo 1939 en Madrid) en causa 10.785/39) rebelión militar (238. 2.º CJM. de 1890 Bando Declarativo de Estado de Guerra), muerte y accesorias caso de Indulto declarando hechos probados "que el procesado A. P. M. perteneció a Unión Republicana con anterioridad al 18 julio 1936, desempeñó el cargo de Fiscal de la Audiencia de Guadalajara durante el dominio rojo, puesto que solicitó y se le concedió en abril 1937, y que desempeñó hasta el final de la guerra, actuó en unas 58 causas contra desafectos al régimen rojo, solicitando en una ocasión la pena de muerte, que fué concedida y no ejecutada por causas ajenas a él, solicitando las penas con plena conciencia de lo que hacía. En otras ocasiones retiró algunas acusaciones contra elementos de Falange Española".—*Autoridad judicial*: Aprobación con fecha 15 mayo 1939, siendo conmutada por S. E. el Jefe del Estado la pena impuesta por la inferior en grado con fecha 6 julio 1939, y posteriormente reducida a la veinte años por resolución del Sr. Ministro de fecha 4 enero 1944, a propuesta de la Comisión Central de Examen de Penas (RESULT.º II). Un CG., reunido en Granada el 15 abril 1944, dictó sentencia en causa núm. 46.665/1939, por adhesión a la rebelión militar (arts. 237 y 238 CJM. de 1890), reclusión perpetua y accesorias legales correspondientes, sirviendo de base para tal fallo condenatorio los siguientes hechos probados: "Que el procesado A. P. M., de ideología izquierdista, directivo de partidos políticos, afectos al Frente Popular, colaborando con este carácter a las elecciones de febrero de 1936, habiendo sido condenado por otra causa a la pena de muerte, después conmutada por la inferior en grado, por su actuación como Fiscal voluntario en los tribunales rojos de Guadalajara, desempeñó la presidencia del Comité de Alhama, en cuyo tiempo se cometieron robos, detenciones y otros desmanes, mas sin que se pruebe que interviniere personal y directamente en estos hechos, y tampoco en un asesinato que se le acusaba", cuya sentencia fué aprobada por la Autoridad judicial de la 9.ª Región Militar el 28 abril 1944, y de cuya pena fué indultado el 11 febrero 1946 por aplicación de los beneficios concedidos por el Decreto de 9 octubre 1945 (RESULT.º III). Como consecuencia del escrito dirigido por la Subdirección General de Libertad Vigilada del Ministerio de Justicia con fecha 4 febrero 1959 a la Autoridad Judicial de la 9.ª Región Militar, dando cuenta de existir en los ficheros de aquella dependencia dos testimonios de condenas, impuestas ambas por delitos de rebelión



al penado A. P. M., deducidos de las causas núms. 10.785 y 46.665, ambas de 1939, e instruidas, respectivamente, por la 1.ª y 9.ª Regiones Militares, el Capitán General de esta última, previo dictamen de su Auditor, acordó elevar la causa tramitada en su jurisdicción, con la comunicación de referencia, al CSJM, a los efectos prevenidos en el art. 959 CJM., por si hubiera lugar a recurso de revisión como comprendido en el 954, 5.º CJM., siendo cursada la aludida causa y antecedentes por conducto de la Asesoría Jurídica del Ministerio del Ejército y de Orden de Ministro a este Alto Tribunal, a efectos de la resolución que se estimase pertinente (RESULT.º IV). Recibidas las actuaciones en este CSJM., se formó el rollo correspondiente, dándose cuenta en Sala de Justicia, la cual, una vez recibida la causa núm. 10.785/1939, que solicitó de la 1.ª Región Militar, acordó, de conformidad con el dictamen emitido por el Fiscal Togado, admitir a trámite el presente recurso de revisión al amparo del art. 954, 5.º CJM.—*Fiscal Togado*: Estimó que existe una duplicidad de condena, ya que la misma conducta del encartado ha sido castigada en dos procedimientos y el delito de rebelión militar constituye una sola infracción, según reiteradamente ha declarado este Alto Tribunal, por lo que esta comprendido el presente caso en el art. 954, 5.º CJM. el existir una duplicidad de condena y ser una la conducta del encartado, su adhesión a la rebelión; dos soluciones se pueden adoptar: anular la sentencia que considera injusta o dictar otra nueva, si bien a su juicio no es conveniente declarar firme ninguno de los dos aludidos fallos, ya que los hechos declarados probados ofrecen alguna variación en las dos sentencias, siendo por ello preciso dictar una nueva conforme a los arts. 971 y 972, 4.º CJM., en la que se recogen los hechos probados que se desprenden de ambos procedimientos, manteniéndose la calificación jurídica del delito de adhesión a la rebelión, si bien aplicándole los arts. 286 y 288 CJM. 1945 por ser más favorable al reo, sin que concurran ni sean de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y debiendo imponerse la pena de treinta años de reclusión con la accesoria de inhabilitación absoluta que señala el art. 222 CJM., no habiendo lugar a declarar responsabilidades civiles ni abono de prisión preventiva, ya que las condenas anteriores se han extinguido, una por el transcurso del tiempo, según liquidación de condena, y otra por indulto, por lo que ha de estimarse cumplida la pena que se acuerde, toda vez que el recurso de revisión no se hará en perjuicio del reo.—*Defensa*: Conforme con el Fiscal Togado en relación con la existencia de duplicidad de procedimientos por un mismo hecho delictivo, solicita que se dicte nueva resolución por la que se declare nula la sentencia recaída en el procedimiento sumarisimo de urgencia núm. 46.665/1939, seguido en la 9.ª Región Militar, ya que a su juicio la duplicidad de sanción por unos hechos idénticos produjo la excepción de cosa juzgada, excepción que impone declarar nula la segunda de las sentencias, discrepando, por otra parte, de la tesis mantenida por el Ministerio público en cuanto a que se dicte nueva sentencia con la imposición de treinta años de reclusión, ya que con ello se agravaría la situación de su patrocinado, el que extinguió las anteriores

condenas, y por ello si se le condenara nuevamente sin expresa declaración de dejarla extinguida íntegramente, tanto la principal como las accesorias, resultarían ilusorios los beneficios que la ley otorga a los condenados por un delito como el de autos y no se aplicaría la norma jurídica de que el recurso de revisión nunca se dará en perjuicio del reo.—*CSJM*: Declara haber lugar al recurso, ya que según preceptúa el apartado del art. 954. 5.º *CJM.*, habrá lugar al recurso de revisión cuando sobre los propios hechos hayan recaído dos sentencias firmes y dispares, dictadas por la misma o distinta Jurisdicción, circunstancias que se dan en el presente caso, ya que en cuanto a los hechos, por ser una la conducta rebelde de A. P. M. durante toda su permanencia en zona roja, no es susceptible de un enjuiciamiento fraccionado, dado el carácter típicamente continuado que tiene el delito de rebelión militar, el que no puede sancionarse por partes a través del tiempo en que aquella situación se mantiene según reiteradamente tiene reconocido este Alto Tribunal, dándose asimismo los demás requisitos de haberse dictado dos sentencias firmes y dispares, ya que varían entre sí en cuanto a la apreciación o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad, así como en las penas impuestas (CONSID.º I) y a tenor de lo dispuesto en el artículo 972. párrafo último *CJM.*, el Consejo Reunido anulará la sentencia que considere injusta o dictará otra, por lo que en el presente caso procede dictar una nueva resolución que recoja las distintas facetas de una misma actuación rebelde, la que debe ser enjuiciada asimismo con unidad, dado el carácter continuado del delito de rebelión conforme se expresa en el Considerando que antecede, y al propio tiempo porque de mantener la primera sentencia recaída en la causa núm. 10.785/1939 de la 1.ª Región Militar, la declaración de hechos probados resultaría incompleta, y de subsistir la de la causa núm. 46.685/1939 de la 9.ª Región Militar, como en ella se hace referencia a la anterior condena, quedaría siempre noticia del doble enjuiciamiento que se trata de subsanar (CONSID.º II). Los hechos declarados probados en el RESULT.º I de la presente sentencia son constitutivos de un delito consumado de adhesión a la rebelión militar, previsto y penado en el art. 288. párrafo 2.º/286 *CJM.*, de aplicación en el presente caso por ser más favorable al reo que los preceptos del *CJM.*, derogado de 1890, dada la identificación de A. P. M. con los móviles que perseguía la rebelión marxista, poniendo a su servicio su voluntad y medios de acción (CONSID.º III). Del calificado delito de adhesión a la rebelión aparece responsable en concepto de autor, por su participación personal, directa y voluntaria, el encausado A. P. M., de conformidad con lo propuesto en el art. 196. 1.º *CJM.*, y en el que no concurre ni son de apreciar circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal (CONSID.º IV). A efectos de la pena a imponer, dadas las señaladas por la ley al delito que se aprecia, y el arbitrio que en cuanto a su extensión establece el propio art. 288 *CJM.*, la Sala acuerda, teniendo en cuenta las circunstancias personales y la actuación del encausado, señalar la de treinta años de reclusión con la accesoria de inhabilitación absoluta, si bien para su cumplimiento deberá servirle al en-

*juiciado las condenas sufridas por las sentencias que se anulan, de conformidad con lo preceptuado en el art. 976 CJM., y como se acredita en los autos que fueren los dos julos extinguidos, uno por el transcurso del tiempo, según liquidación de condena, y el otro por indulto, procede declarar totalmente cumplidas la pena principal de reclusión, así como la accesoria de inhabilitación que se impone, de acuerdo con lo preceptuado en el referido precepto legal y habida cuenta de que el recurso de revisión no se permite en perjuicio del reo (CONSID.º V). No ha lugar a declarar responsabilidades civiles, por no haberlas exigibles (CONSID.º VI).—Anula las sentencias dictadas y en su lugar condena a A. P. M. por adhesión a la rebelión (288, párrafo 2.º/286 CJM. 1945) a treinta años de reclusión, con la accesoria de inhabilitación absoluta, cuya pena, tanto la principal como accesoria, se declaran cumplidas por haber extinguido otra análoga que le fué impuesta en la sentencia que se anula, según liquidación de condena, y de conformidad con lo preceptuado en el art. 976 CJM., sin que haya lugar a exigir responsabilidades civiles.*

**30. Fraude militar. Art. 403, 3.º CJM y párrafo segundo 403, 4.º Delito continuado. Utilización para necesidades particulares de elementos oficiales. Art. 437, 11 CJM. Negligencia. Art. 391, 2.º CJM. Actos contrarios al decoro. Art. 443 CJM. Incumplimiento de deberes militares. Art. 437, 2.ª CJM. Art. 4.º Ley Administración y Contabilidad 1 julio 1911. Responsabilidad civil. Art. 202 CJM.**

*Sent. 26 octubre 1959 (I Región militar).—El procesado, Excmo. Sr. don T. B. G., siendo Coronel y hallándose destinado en el Establecimiento Central de Intendencia de Madrid, al mando de su primera Sección (Instrucción, Experiencias y Laboratorio), participó en el acuerdo que en abril 1946 adoptaron varios Jefes y Oficiales de dicho Establecimiento para imponer, en su beneficio personal y a los licitadores de las subastas y concursos que en el referido Centro se efectuaban, el pago de un canon por metro de tejido o unidad de efectos adjudicados consistente el citado canon en 3 ptas. por metro de sarga de lana, 1 pta. por metro de sarga de algodón, lona camuflada, loneta impermeabilizada y por cada par de botas; 0,40 por metro de tela blanca y por cada par de alpargatas y de calcetines; 0,32 por metro de tela de camisa caquí, 0,25 por metro de sarga blanca, y 0,10 por metro de popelín, empesa y retor; entre otros artículos cuyo gravamen no está bien precisado; imposición que, bajo amenaza de obstaculizar su concurrencia a los mencionados concursos y subastas y de rechazar la entrega de las partidas adjudicadas, caso de negarse a aquélla, y con la promesa paralela de favorecerles frente a otros competidores, caso de aceptar dicha imposición, fué acatada por varios proveedores o sus representantes, quienes empezaron a cotizar por los concursos y subastas desde mayo de 1946, continuando así hasta mediados de 1950, en que cambió el sistema de tributación en la forma que luego se indicará. En esta primera etapa del canon la intervención del en-*

tonces Coronel T. B. G., como Jefe de la mencionada primera Sección del Establecimiento Central de Intendencia hasta el 17 octubre 1947, en que ceso por ascenso a su actual categoría, fué de amplia protección hacia los pagadores del gravamen en su calidad de miembro de la Junta Técnica y Vocal del Tribunal de Adjudicaciones, recibiendo a aquéllos en su despacho, resolviendo sus problemas y manteniendo con ellos relación amistosa; alguno de los cuales, antes y después de implantarse el canon, le hicieron regalos superiores a los normales en el mero trato social. En noviembre 1947, el procesado, como Intendente de Ejército, pasó destinado a la Jefatura de los Servicios de Intendencia de la Dirección General de Servicios del Ministerio del Ejército, donde sucesivamente actuó como Jefe de la 1.ª Sección (Vestuario y Acuartelamiento), Jefe de la 1.ª Subjefatura de Abastecimiento y segundo Jefe, hasta el 22 enero 1953, salvo un intervalo del 6 febrero a 24 junio 1952, en que fué Jefe de Intendencia del Primer Cuerpo de Ejército; y en dicho destino ministerial, que le permitía influir en la adjudicación definitiva de los concursos y subastas y, muy especialmente, en los pedidos de materias primas necesarias para la fabricación de algunos artículos de los adjudicados, siguió prestando su protección a los aludidos provisionistas o representantes; y, además, impuso, en coparticipación con otros Jefes de su Sección, el pago de cantidades variables por cupos de materias primas solicitadas a través del Departamento, en cuantía y fechas no determinadas. En este periodo de destinos del Intendente T. B. G. en la mencionada Jefatura ministerial, y más concretamente en la primavera de 1950, se modificó el anteriormente relatado sistema de tributación impuesto a los proveedores de Intendencia, pasando el canon a consistir en un tanto por ciento del precio de adjudicación; marcado en el diez por ciento para tabardos, morrales de montañero, lona camuflada y loneta impermeabilizada; el cinco por ciento para sacos de patate, sarga de algodón y jersey de tropa; el cuatro por ciento para retor, tela de camisas y manoplas, y el tres por ciento para toallas, empesa y mantas, entre otros no tan determinados; procedimiento el mencionado que se aplicó también al beneficio obtenido con la resolución favorable de expedientes de revisión de precios de adjudicaciones afectadas por alzas en materias primas o mano de obra, y que se retrotrajo a los concursos y subastas del año 1949. Y además se convino el reparto de lo que se obtuviera entre los comprometidos del Establecimiento Central de Intendencia (que cobrarían el ochenta por ciento del canon) y otros Jefes de la nombrada Jefatura de Intendencia Ministerial (que recibirían el veinte por ciento restante), siendo el procesado B. G. uno de los perceptores. Lo pagado y percibido en ese concepto de canon asciende, aproximadamente, a veinte millones de pesetas (RESULTANDO D). El procesado don L. C. R. estuvo destinado, siendo Comandante y en plaza de superior categoría, a la que ascendió en 1943, en la Jefatura de los Servicios del Ministerio del Ejército como Jefe del Negociado 3.º (Vestuario) de la Sección 1.ª, desde el 9 septiembre 1942 al 24 enero 1948. En ese cargo, y de acuerdo con los dirigentes de "Transportes Mundiales Genis, S. A.", intervino personalmente para que fuera adjudicada

a dicha Empresa la importación de 1.500 toneladas de lana uruguaya, como así se resolvió en expediente iniciado por aquella Sección, a propuesta del encartado, en 31 octubre 1944, tramitado después bajo su constante protección. Igualmente utilizó ese cargo para beneficiarse con las cantidades impuestas a los adjudicatarios de materias primas aludidos en el precedente resultando; ello en coparticipación con los Jefes destinados en su Sección. Y precisamente por dificultar la anteriormente citada adjudicación al grupo de proveedores "Consortio de Fabricantes de Calzados y Curtidos de Mallorca" y denunciar dicho hecho el abogado del citado Consortio a la superioridad, fué dado de baja en el Ministerio el procesado L. C. R. a principios de enero 1948, aunque más tarde, en septiembre 1951, y ascendido ya a Coronel, volvió para cesar el 7 mayo 1952. El indicado encartado mantuvo relaciones comerciales con el proveedor de Intendencia don I. A. G. (fallecido), a quien había cedido su oficina de la plaza de Celenque, núm. 1, de Madrid, en la cual se reunían los proveedores antes de celebrarse los concursos y subastas de Intendencia, para tomar acuerdos respecto a estos actos, algunos de cuyos detalles reservados llegaron a conocer de antemano; y el citado I. A. G. contaba con el notorio apoyo de L. C. R. en las gestiones a realizar en el Establecimiento Central de Intendencia y en la Jefatura del Ministerio don de estaba destinado Luis C. R. También pertenecía éste a la entidad comercial "E. I. F. E. L. S. A.", cuyo Presidente y Vicepresidente eran asiduos licitadores en los concursos y subastas de Intendencia, y a los que aquél prestó la influencia de su cargo en las gestiones que habían de efectuar dentro de la mencionada Sección 1.ª, Negociado 3.º Y en la segunda etapa de su paso por la Dirección General de Servicios el procesado participó en el canon repartido entre los complicados de la Jefatura de Intendencia Ministerial y de los del Establecimiento Central de Intendencia (RESULT.º II). El procesado don A. G. N., destinado como Comandante al Establecimiento Central de Intendencia en 9 octubre 1944, desempeñó el cargo de Profesor de Experiencias y Jefe de Laboratorio de la 1.ª Sección hasta el 17 marzo 1950 (habiendo ascendido a Teniente Coronel en 1947), pasando, en la fecha últimamente citada, a ser Profesor de Experiencias y Jefe de la 2.ª Sección del Centro de Estudios y Experimentación de Intendencia. En el primer destino mencionado se encontró con que en el almacén del Laboratorio existía gran remanente de retales y géneros diversos sobrantes de las muestras analizadas, que carecían de finalidad oficial una vez efectuados los análisis y pasados los prudenciales plazos para recursos y reclamaciones; y en vista de ello propuso a sus Jefes le autorizaran a vender particularmente el citado remanente para emplear el correspondiente beneficio en mejoras del propio Laboratorio, muy necesitado de ellas a la sazón. Conseguida la autorización, procedió A. G. N. a tomar contacto personal con algunos comerciantes de la plaza, y, en diversas fechas y en lotes y precios no bien determinados, vendió sobrantes por valor aproximado a medio millón de pesetas, invirtiendo lo obtenido en reedificar el Laboratorio, con un gasto tasado en 259.744,78 ptas., y en adquirir material industrial muy abun-

dante para dicho Laboratorio. Asimismo el procesado, con igual finalidad ajena a su provecho personal, admitió dádivas en metálico y un dinamómetro, valorado en 12.533,50 ptas., del proveedor don J. D. H.; sin embargo, don A. G. N. cumplió en la administración del aludido fondo particular con los demás elementales requisitos de contabilización de ingresos y gastos, cuenta detallada a sus superiores e intervención controladora (RESULT.º III). El procesado don A. A. M., siendo Comandante de Infantería de la Escala Complementaria y después Teniente Coronel, estuvo empleado en su vida civil con el representante don J. L. A. y con el fabricante don Emilio L. M., teniendo como misión especial gestionar los asuntos que los mismos tuvieran en organismos oficiales, singularmente los Parques de Intendencia de La Coruña, Sevilla y Bilbao (RESULTANDO IV). El procesado don A. S. F. fué destinado, como Comandante, en 21 abril 1950, al Parque Regional de Vestuario de Sevilla, donde fué Jefe de Labores y Detall e interino frecuentemente en la Dirección hasta su ascenso y cese en 29 mayo 1954. Está sometido a este proceso por presunta participación en la ocultación de las "economías" obtenidas en la fabricación de prendas de vestuario y en la venta de una cantidad indeterminada de aquéllas en 1950 ó 1951 a don J. M. L. F., así como de 20.000 metros de tela de camisa caqui, en 1953, a don J. D. H. Pero se acredita en autos su buena administración de aquellas "economías", constando que la llevaba reglamentariamente y sometida a recuentos e inspecciones periódicas (RESULT.º V). El procesado don G. F. A., destinado en 15 noviembre 1940, con el empleo de Capitán, al Establecimiento Central de Intendencia, desempeñó el cargo de Oficial de los Talleres Generales hasta el 29 enero 1943, que ascendió, siendo designado en el mes de marzo siguiente Jefe de dichos Talleres, donde continuó aún después de otro ascenso hasta el 19 junio 1955. A principios de 1941, conociendo el encartado que en un almacén del citado Establecimiento había un automóvil, marca "Morris" y motor núm. 26.723-A de siete caballos, desechado como inútil pero susceptible de recuperación, ordenó su reparación con elementos y mano de obra de los mencionados Talleres Generales, contando con la tolerancia pero no la autorización del Coronel Director, y pensando, al obrar así, en comprar dicho vehículo cuando fuere vendido en pública subasta. Se realizó la aludida reparación, y luego la proyectada compra, ésta a nombre de doña M. R. R., esposa del procesado, teniendo efectividad en acta de adjudicación de 24 octubre 1941 de la Comisión Mixta para la venta de Material Automóvil del Ministerio del Ejército, resarcíndose así el Ramo de Guerra de los gastos de reparación; y dicho vehículo, con la matrícula M-66.699, permaneció en la propiedad del encartado hasta el 16 diciembre 1949. En la misma época, G. F. A. utilizó maderas, hierro y una chapa, desechadas también como inútiles en el Establecimiento, para que en Talleres Generales le hicieran una mesa-camilla, un escurrrepatos, una silla de cocina, tres armazones de toldo y un tramo de chimenea con una caperuza; siendo el valor material de lo utilizado no excedente de 30 ptas. (RESULT.º VI). El procesado don J. C. G., desde enero 1939 hasta el 25 septiembre 1953, y en los empleos

de Capitán y Comandante, desempeñó la Jefatura de los Servicios de Intendencia en la plaza de Bilbao, sin mando alguno sobre el Taller de Vestuario hasta el mes de mayo de 1946, en que dicho Taller pasó a depender de su Jefatura, continuando así hasta fines de 1949 en que se adscribió al Parque Regional de Burgos, volviendo a depender de la Jefatura desempeñada por el procesado en junio 1951. Durante esas etapas de mando del referido Taller se obtuvieron en éste "economías" en la confección de prendas de vestuario, a las cuales no se les dió de alta en Depositaria, para uso en prendas menores o para órdenes "indefinidas", sino que se vendieron particularmente, destinándose el importe a nutrir un fondo particular con el que se pagaron numerosas atenciones generales, oficiales u oficiosas, aunque su administración quedó al arbitrio exclusivo de J. C. G., quien, no obstante no llevar dicha administración con las debidas formalidades, no se aprovechó de los fondos de que se trata. (RESULT.º VII). El procesado don J. H. S., que había sido depositario de caudales del Establecimiento Central de Intendencia, pasó a ser Oficial de Labores del Taller de Corte (dentro de los Talleres de Vestuario y Jefatura de Fabricación de dicho Establecimiento el 22 enero 1945, y allí continuó, hasta su ascenso en 28 diciembre 1949, bajo las órdenes directas del Comandante don E. P. M., fallecido. Se halla encartado como presunto autor de modificaciones en los procedimientos oficiales de corte y confección de prendas de vestuario, con ánimo de obtener "economías" de tejidos para, en relación con la Depositaria de efectos, ocultarlas y beneficiarse con su venta a particulares; cuyas modificaciones se presume afectaban a los estarcidos, que se dice no eran los normales, sino otros adaptados para conseguir un menor consumo; al modo de sacar las piezas, que se dice iban juntas para no dejar margen de desperdicio; y a los planes de labores, que afirmábase iban incrementados en un cuatro por ciento más de sus verdaderos consumos medios, para que justificaran mayor pedido de material. Pero de los autos no se desprende dicha sustitución de estarcidos, ni el citado método de corte unido, ni el aludido falseamiento de los consumos medios, pues hay certificación del Centro Técnico de Intendencia expresivo de la inmutabilidad de patrones, métodos y consumos en el tiempo que se examina, salvo un aumento en el consumo medio, al final de dicho tiempo, por ensayarse la fabricación de tallas preferentemente mayores. Y se comprueba que, existiendo en verdad un margen autorizado de consumo del dos por ciento, se obtuvieron lícitamente "economías" de tejido por valor aproximado a diez millones de pesetas, ya que tal es el de las prendas confeccionadas con retales y con tejidos de órdenes suspendidas o anuladas durante los años 1945 a 1950 (RESULT.º VIII). El procesado A. J. B. fué depositario de efectos del Establecimiento Central de Intendencia desde el 9 septiembre 1942 al 3 mayo 1950, durante cuyo período no se hizo recuento formal de todos los numerosos efectos que se hallaban en los almacenes de su dependencia procedentes de recuperación, que así no fueron dados de alta en aquel período de tiempo; y en confabulación con empleados vendió a particulares 500 mantas en 1945, y otras 1.450 entre

mayo y julio 1946. Igualmente permitió en febrero 1950 que un proveedor se llevara un lote de 4.000 mantas nuevas que acababa de entregar, y que el Capitán A. J. B. suplantó con igual número de mantas apolilladas de que disponía en el almacén; una falsa entrega de 15.000 metros de emesa en octubre 1947; la no devolución de 8.000 metros de emesa que había prestado la Depositaria, que ésta compensó con igual cantidad de género que había sin inventariar, y, en fin, facilitó 19.000 kilogramos de algodón caquí clandestinamente como complemento de un cupo concedido. El importe de estos géneros distraídos los percibió el procesado A. J. B., quien los aplicó a usos propios o ajenos de índole particular. (RESULT.º IX). El procesado don J. R. F. fué destinado en plaza de Capitán al Establecimiento Central de Intendencia el 20 agosto 1941, donde desempeñó el cargo de Oficial del Laboratorio; y ya ascendido a la expresada categoría militar, en abril 1942, permaneció en el citado destino hasta septiembre 1952, en que ascendió a Comandante y cesó. Por su capacidad técnica como Farmacéutico se le dedicó especialmente a la parte química de los análisis a realizar en el citado Laboratorio sobre muestras previas presentadas por los concursos y subastas; sobre muestras de las partidas adjudicadas, que se entregaban para dictaminar si estas partidas eran o no admisibles a tenor de las condiciones concertadas, y sobre otros ensayos diversos. Conociendo la existencia del fondo particular del Laboratorio y la forma como se nutría con las ventas autorizadas de sobrantes y análisis, su intervención se limitó a tomar nota por orden de su Jefe, el Teniente Coronel A. G. N., de algunos de esos ingresos, e incluso los recibió para seguidamente entregarlos a dicho Teniente Coronel; sin que se acredite que el procesado que nos ocupa fuera más allá de esa gestión de obediencia (RESULT.º X). El procesado don P. A. F., que estuvo destinado en el Establecimiento Central de Intendencia desde el 3 julio 1950 al 11 abril 1953, como Oficial del Taller de Corte (dentro de los Talleres de Vestuario y dependiendo de la Jefatura de Fabricación), se encuentra procesado en esta causa por presunta participación en irregularidades para obtener "economías" de tejidos, vendidos después clandestinamente. (RESULT.º XI). El procesado don N. N. N. destinado en el Parque Regional de Vestuario de Barcelona, donde desempeñó el cargo de Depositario de Efectos y Talleres desde el 24 septiembre 1953, está encartado en este sumario por presunta participación en una entrada simulada de 15.000 metros de sarga caquí, por la que se ha dicho que un representante le pagó 405.000 ptas. en mayo 1953; y también por presunta participación en proponer a otro representante se prestara a simular otra entrega de 20.000 metros de sarga caquí para cobrado el libramiento, beneficiarse con él (RESULT.º XII).—CG. *Oficiales Generales*: Delito continuado de fraude (403, 3.º CMJ.); otro delito, asimismo de fraude, de tipo continuado (403, párrafo 2.º del núm. 4.º CJM.) y otro delito asimismo continuado y consumado de negligencia (391, 2.º CJM.), siendo responsables del primer delito de fraude, en concepto de autores, los procesados don T. B. G. y don Luis C. R.; del segundo delito de fraude, también como autor, don A. J. B., y del delito de negligencia, asimismo en



concepto de autores, don A. G. N. y don J. C. G.; no siendo responsable de delito, pero sí de falta grave (437, 11.º CJM) don G. F. A.; no siendo tampoco responsable de delito, pero sí de falta leve, consistente en "ejecutar actos que afectan al decoro con que las clases militares deben dar público ejemplo" (443 CJM.), don A. A. M.; no siendo responsable de delito ni de falta los restantes encartados; no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los autores de delito. Sendas sanciones de seis años prisión al Intendente de Ejército Excelentísimo señor don T. B. G. y Coronel de Intendencia don Luis C. R.; cuatro años de prisión al Comandante de Intendencia don A. J. B., y sendas sanciones de un año de prisión al Teniente Coronel de Intendencia don A. G. N. y Comandante del mismo Cuerpo don José C. G., llevando las tres primeras aludidas penas la accesoria militar de separación del servicio y las comunes de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como las dos últimas citadas la accesoria militar de suspensión de empleo. En concepto de responsabilidad civil se condenó a los procesados T. B. G. y L. C. R. a indemnizar al Ramo de Guerra en las respectivas cantidades de cuatro millones y seis millones de pesetas, mancomunada y solidariamente; y al procesado don A. J. B. a similar indemnización en cuantía de cuatro millones de pesetas; dichas responsabilidades civiles con reserva de la global resultante de sumar la sentencia por este CS. en la causa núm. 265/1954 y la que haya de exigirse en la del núm. 546/1953. Absolvió a los restantes procesados, y llamó respetuosamente la atención de la Autoridad judicial respecto a la comisión de las ya aludidas faltas grave y leve ejecutadas, respectivamente, por don G. F. A. y don A. A. M.—*Defensores* de los encartados T. B. G., L. C. R. y A. J. B., recursos (797 CJM), fundamentándose el primero de ellos en la existencia de vicios de procedimiento a partir de la elevación a plenario, ya que en ese momento procesal no obraban en el sumario elementos de prueba necesarios, al no haberse testimoniado todas las declaraciones ante el Juzgado y comparecencia ante la Policía de los testigos y encartados en causas conexas con la presente, y también por haberse apreciado erróneamente la prueba; basándose el segundo en que el CG., en contra de lo dispuesto en el 791 CJM. se pronunció sobre hechos que no habían sido objeto de investigación en la causa y también en haberse incurrido por dicho Consejo en notorio error en la apreciación de la prueba. Y el tercero, en forma parecida a los anteriores, en haber existido notorio error en la apreciación de prueba.—*Autoridad judicial*: Aprobación.—*Fiscal militar*: Fraude (403 CJM.) por parte de los procesados Intendente del Ejército don T. B. G. y Coronel de Intendencia don L. C. R., sendas penas seis años prisión, accesorias legales correspondientes y respondiendo civilmente el primero de los sancionados por la cantidad de cuatro millones de pesetas y el segundo por la de seis millones de pesetas. Autores de un delito de fraude (403, 4.º CJM.) los procesados Tte. Coronel de Intendencia don G. F. A. y Comandante del mismo Cuerpo don A. J. B., al primero de ellos un año de prisión militar, y al segundo cuatro años de prisión; ambas pe-

nas con accesorias legales, respondiendo civilmente G. F. A. por veinte mil pesetas y A. J. B. por cuatro millones de pesetas; precisando la posible prescripción del delito de fraude en cuanto al encartado F. A. Autores de un delito de negligencia (391, 2.º CJM.) los encartados Tte. Coronel de Intendencia don A. G. N. y Comandante del mismo Cuerpo don J. C. G.: al primero tres años prisión militar, y al segundo dos años de prisión militar, ambas penas con las accesorias procedentes. Absolución en cuanto a delito en lo que atañe al encartado Teniente Coronel de Infantería don A. A. M.; pero siendo responsable el mismo de falta grave comprendida en el 437, 2.º CJM., seis meses de arresto militar, estando dicha falta prescrita. Absolución en lo que concierne a los encartados don J. H. S., don A. F. R., don J. R. F., don P. A. F. y don N. N. N.—*Defensas*: Solicitaron la absolución de sus patrocinados las de los procesados T. B. G., L. C. R., J. H. S., A. J. B., A. A. M., don A. R. F., don J. R. F., don P. A. F. y N. N. N. Y la del procesado don A. G. N. pidió también la libre absolución de éste, o que, alternativamente, se le considerase autor de falta grave, 437, 2.º CJM., corrigiéndosele con seis meses de arresto militar, como máximo. La del procesado don G. F. A. que se estimare en cuanto al mismo la existencia de una falta leve del 443 CJM., o, de no aceptarse lo anterior, una falta grave del 437, 11.ª CJM., procediendo en ambos casos la absolución, al hallarse prescritas una u otra falta. Y, por último, la del procesado don J. C. G. pidió la confirmación de la sentencia dictada por el CG. o que, caso de que la misma se revocare, lo fuere en sentido de absolución.—*CSJA*: *Condena a las penas que luego se dirán, con la siguiente fundamentación: Que reservada por el 787 CJM. al CG. la apreciación en conciencia, con arreglo a su racional criterio, de las pruebas practicadas, y circunscrita la posibilidad del disenso en este aspecto, por el 799 CJM., a la aparición de notorio error en dicha apreciación, únicamente será dable argüir la existencia de éste cuando no haya base en los autos para apoyar la declaración de probanza formulada y ofrezca así la misma un manifiesto divorcio con la realidad procesal, sin que la contradicción entre unos y otros elementos probatorios permita impugnar la operación selectiva del Tribunal, puesto que es el llamado legalmente a realizarla, y como aquí el conjunto de las aportaciones, testifical, documental, pericial y demás diligencias, permite llegar, sin salirse de una sana crítica, a establecer los hechos probados que sientan los juzgadores, se está en caso de respetarlos en esencia, siquiera con la nueva redacción dada por la Sala que, sin variarlos en el fondo, los recoge con mayor corrección, descartando de ellos los que no debe figurar, al no constituir resultancia positiva (CONSIDERANDO I). La calificación como delito de fraude dada por el CG. a los hechos atribuidos en los resultandos primero y segundo a los procesados don T. B. G. y don L. C. R. es aceptable por cuanto el obrar expuesto de ambos subsume en un propósito manifiesto de lucro personal, con perjuicio de los intereses públicos—cuyo cuidado se les hallaba encomendado en los cargos que desempeñaban— las conductas que se contemplan de estos acusados en las que, por tanto, se configura la modalidad punitiva*

estimada del 403, 3.º CJM., y, por otra parte, conferida la misma calificación en sentencia de la Sala de Justicia de este CS. de 12 de noviembre de 1954 a los propios hechos que ahora se juzgan, en los que participaron otros encartados en aquella causa núm. 65.954, resulta ya predeterminado igual criterio valorativo de la culpabilidad (CONSID.º II). Los hechos relatados en el RESULT.º IX fueron también adecuadamente calificados por el CG. como integrantes, en cuanto al procesado don A. J. B., de un delito de fraude en grado de consumación; 403, 4.º, párrafo 2.º CJM.; ya que este encartado dispuso de efectos pertenecientes al Establecimiento Central de Intendencia, en cuya Depositaria de Efectos se encontraba destinado, para hacer ilegal entrega de ellos a particulares, lucrándose J. B. en el importe de esos efectos, muy superior a 50 pesetas; teniendo el precitado delito la característica de continuado, puesto que se desarrolló en diversas ocasiones, no determinadas concretamente en lo que respecta a fechas e independencia entre unas y otras, pero obedientes todas ellas a única intención delictiva y siendo siempre idénticos los sujetos activo y pasivo de la infracción, el procedimiento puesto en práctica y la norma jurídica transgredida (CONSID.º III). Los hechos detallados en el RESULTANDO III hállanse igualmente estimados con acierto en el fallo sometido a aprobación, como constitutivos de un delito, en grado de consumación, de negligencia, que define y sanciona el 391, 2.º CJM.; porque aparte de que todos los fondos públicos caen bajo las prescripciones del art. 4.º de la ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1.º de julio de 1911, para ser manejados con arreglo a la misma, lo que podría mitigar, si no justificar, la tenencia de ellos en otro concepto de más ágil disponibilidad en su aplicación a los intereses del Estado sería una contabilidad en que se manifestara el conocimiento de la misma en su detalle por el Jefe respectivo o personal que debiera fiscalizarla proclamando así la pulcra inversión, y como aquí, aunque no aparece que el procesado don A. G. N. lesionara con la administración de los caudales de que se trata dichos intereses públicos ni que se beneficiara con ella, es, en cambio, patente la falta de las indispensables cuentas justificativas de la gestión, cuya omisión incide, por tanto, en el referido delito de negligencia apreciado (CONSID.º IV). En lo que atañe a los hechos descritos en el RESULTANDO VII, la Sala estima que si bien revelan dejación por el encartado don J. C. G. de deberes militares que la condición de los fondos cuya administración quedó a su cargo le imponían, dicha omisión no presenta las mismas destacadas facetas de ausencia de diligencia que se han tenido en cuenta para la calificación de delito de negligencia en el precedente considerando; ponderación que efectúa la Sala al tener en cuenta el conjunto de circunstancias subjetivas y objetivas coincidentes en el caso, que garantizan la conducta enjuiciada en su aspecto ético, lo que conduce a reputar a este acusado como responsable únicamente de la falta grave encuadrada en el 437, 2.º CJM. (CONSID.º V). Los hechos recogidos en el RESULT.º IV, según apreció el CG., no integran delito, pero sí la falta leve de ejecutar actos que atentan al decoro con que las clases militares deben

dar público ejemplo de moralidad, decencia y compostura, comprendida en el 443 CJM., dado que el procesado don A. A. M., encontrándose en servicio militar observó la incorrecta actitud de prestar servicios en relación a personas que mantenían contactos comerciales con el Ejército y que obtuvieron de dicho procesado complaciente sumisión para lograrles algunas facilidades en Centros de Institución Armada. Y que, en forma similar, los hechos comprendidos en el sexto resultando tampoco son integrantes de delito, aunque sí de la falta grave que se define en el 437, 11 CJM., ya que el encartado don G. F. A. utilizó para necesidades privadas elementos de la pertenencia oficial del Centro Castrense donde prestaba sus servicios, siquiera no haya resultado con ello perjuicio verdaderamente apreciable para el Ejército (CONSID.º VI). Respecto a los procesados don P. A. F. y don I. N. N., no se acredita su participación en los hechos por los que se hallan procesados y que son objeto de los resultandos undécimo y duodécimo de la presente, por lo que procede confirmar la absolución de ambos encartados fallada por el CG. Y que es pertinente adoptar acuerdo semejante en lo que respecta a los procesados don J. H. S., don A. H. F. y don J. R. F., dado que los hechos con los mismos relacionados, y que quedan transcritos, respectivamente, en los resultandos VIII, V y X de este fallo, no aparecen como integrantes de delito ni de falta, conforme con lo que declaró en cuanto a este extremo la sentencia del citado CG. (CONSID.º VII). La responsabilidad de los procesados don T. B. G., don L. C. R. y don A. J. B., en lo que afecta al delito de fraude calificado respecto a cada uno de ellos, así como la de don A. G. N. en lo que atañe al delito de negligencia que se ha precisado, lo es en el concepto de autores, por su participación personal, voluntaria y directa en la ejecución de dichos delitos, conforme al 196, 1.º CJM. Y la del encartado don J. C. G. lo es asimismo en concepto de autor en cuanto a la falta grave castrense que respecto a él se ha calificado (CONSID.º VIII). Respecto a los procesados don G. F. A. y don A. A. M., y conforme a lo que se ha puntualizado en anterior considerando, son responsables de falta castrense de tipo grave el primero de ellos y leve el segundo, dichas responsabilidades han quedado extinguidas por haber transcurrido más de un año a partir de su comisión en lo que se refiere a la falta grave y más de seis meses, con igual cómputo, en cuanto a la falta leve, sin que en ambos casos se hubiere procedido contra los culpables; plazos los aludidos que son los que regulan, respectivamente, 253, párrafos 2.º y 3.º CJM (CONSIDERANDO IX). No son responsables de delito ni de falta los encartados don J. H. S., don A. R. F., don J. R. F., don P. A. F. y don N. N. N. (CONSID.º X). No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Pero en cuanto al encartado don A. J. B., al valorar en debida forma los factores señalados en el 192 CJM., se reputa que los fines señalados a toda sanción al relacionarlos con aquellos factores, quedan satisfechos al individualizar pena para dicho procesado en la forma que se declarará en la parte dispositiva de este fallo (CONSID.º XI). En cuanto a declaración de responsabilidad civil, conforme al 202 y a los sucesivos CJM., y

por lo que se refiere a los procesados don T. B. G. y don L. C. R., la concreta la Sala en el solo concepto de reparación del daño causado a la Hacienda Militar y en la cuantía de cuatro millones de pesetas para el primero de ellos y en seis millones de pesetas para el segundo, ya que la actividad de ambos procesados al imponer y percibir tasas en los artículos de suministro a dicha Hacienda Militar tuvo que hacerse a base de tolerar alteraciones sustanciales en precio, calidad, peso o medida, ya que no es dable admitir que los proveedores graciosamente limitasen su beneficio comercial, en generosa donación a dichos procesados. Esta responsabilidad de dichos dos encartados no queda constreñida, ni limitada, por la que pueda declararse en su día en la causa en tramitación núm. 546/1953, o por la resultante de lo sentenciado por este CS. en la causa núm. 265/1954. Y por lo que se refiere al procesado don A. J. B., su responsabilidad civil ha de quedar concretada, con carácter exclusivo, al importe que tuvieran los efectos por él enajenados indebidamente, cuyo valor habrí de determinarse en periodo de ejecución de sentencia (CONSID.º XII). Condena a los procesados Intendente de Ejército don T. B. G. y Coronel de Intendencia don L. C. R. a sendas penas de seis años de prisión, como autores de delito de fraude del 403, 3.º CJM.; al Comandante de Intendencia don A. J. D. a la pena de tres años y un día de prisión, como autor del delito de fraude del 403, párrafo 2.º, 4.º CJM.; y al Tte. Coronel de Intendencia don A. G. N. a la pena de un año de prisión militar, como autor de delito de negligencia del 391, 2.º CJM.; llevando las tres primeras penas citadas la accesoria militar de separación del servicio, así como las de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; y teniendo como accesoria castrense la indicada en cuarto lugar la de suspensión de empleo. Corrige al Comandante de Intendencia don J. C. G. por falta grave del 437, 2.º CJM., con dos meses y un día de arresto militar, con el efecto de pérdida de tiempo de servicio y antigüedad durante el mismo. Para el cumplimiento de dichas penas y correctivo será de abono la totalidad del tiempo de prisión sufrida por razón de esta causa por cada correspondiente procesado. En concepto de responsabilidad civil, condena a los procesados don T. B. G. y don L. C. R. a indemnizar al Ramo de Guerra en las respectivas cantidades de cuatro millones de pesetas y seis millones de pesetas, en forma mancomunada y solidaria; y ello sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda afectarles por razón de la sentencia dictada por este CS. en la causa núm. 265/1954 y de la que haya de exigirse en el procedimiento en tramitación núm. 546/1953; y al Comandante de Intendencia don A. J. B. a satisfacer al Ramo de Guerra el importe de los efectos que enajenó indebidamente, el cual deberá determinarse en diligencias de ejecución de sentencia; no existiendo responsabilidad civil exigible en lo que se refiere al Teniente Coronel de Intendencia don A. G. N. y Comandante del mismo Cuerpo don J. C. G. Absuelve al Teniente Coronel de Intendencia don G. F. A. y al Teniente Coronel de Infantería don A. A. M., al haber prescrito la falta grave cometida por el primero de ellos y la leve

ejecutada por el segundo; no existiendo responsabilidad civil que afecte a estos dos procesados. Absuelve a los procesados Teniente Coronel de Intendencia don A. R. F., Comandante del mismo Cuerpo don J. H. S. y don J. R. F. y Capitán de igual Cuerpo don P. A. F. y don N. N. N.

**31. Competencia en procedimientos previos. Art. 8 CJM. Art. 29 CJM. «Radio delicti». Art. 28 CJM.**

*Sent. 5 noviembre 1959* (Consejo Reunido en Sala de Justicia).—De las actuaciones practicadas hasta el presente en los procedimientos previos núm. 161/59 de la III Región militar, y 67/59 de la Región Aérea de Levante, se deduce que el día 8 abril 1959, sobre las quince horas, la pareja de la Guardia Civil integrada por los guardias segundos J. C. M. y J. A. U., pertenecientes a ... subió en la estación de Albacete al tren descendente Madrid-Cartagena para hacerse cargo del servicio de escolta y ocupar los asientos a dicha fuerza reservados. Como quiera que éstos se hallaban ocupados por una señora y un paisano, que luego resultaron ser el Sargento del E. del Aire don A. S. M., con destino en ... y la madre de éste, doña D. M. G., de 72 años de edad, el guardia J. C. M., encargado de pareja, les invitó a levantarse, empleando, según su versión, palabras corteses, a lo que el citado Sargento, manifestando su condición de tal, replicó que el único que ordenaba era él y que "la Guardia Civil no hacía más que atropellar al público", palabras que pronunció en voz alta dando lugar a que se aglomeraran algunos viajeros del vagón en la puerta del departamento, y al serle pedido su documento de identidad hizo ademán de buscarlo, primero en los bolsillos y luego en el equipaje, apeándose del tren en cuanto éste se puso en marcha, sin llegar a exhibirlo: versión ésta que contradice el aludido Sargento al manifestar que ante la actitud del guardia encargado de pareja ordenando en tono incorrecto "fuera de los asientos", haciendo además de levantar a su madre del que ocupaba, manifestó "que para levantarla estaba él allí y que como ciudadano no obraba bien, y mucho menos llevando un uniforme al que debía hacer honor y guardar la debida compostura", pero no que "la Guardia Civil atropellara al público", pues con sus palabras trató de calificar la conducta del guardia y no la de la Guardia Civil; que posiblemente ante la incorrecta conducta del jefe de pareja le ordenara ponerse firmes y que nadie le pidió exhibiera su tarjeta de identidad militar, sino que al tratar de acreditar ante el referido guardia su condición de Sargento se dió cuenta de que no la llevaba consigo por haberla olvidado al cambiarse de ropa, por lo que se disculpó ante el guardia, y como en aquel momento arrancara el tren se apeó de éste (RESULT.º I). En averiguación de los referidos hechos y como consecuencia del parte cursado por el jefe de la Comandancia de la Guardia Civil, el Capitán General de la III Región Militar en 2 mayo 1959 ordenó la incoación del procedimiento previo número 161-1959; y a su vez el General Jefe de la Región Aérea de Levan-

te, como consecuencia del parte cursado por la referida Comandancia al Coronel Jefe del Sector Aéreo de Albacete, dispuso igualmente en 15 del propio mes, el inicio del procedimiento previo núm. 67-1959 (RESULT.º II). Al tener conocimiento el Capitán General de la III Región Militar del procedimiento previo ordenado instruir por la Jurisdicción Aérea, previo informe del Fiscal Jurídico Militar y dictamen de su Auditor, requirió de inhibición al General Jefe de la Región Aérea de Levante, fundando su competencia en el art. 28 CJM., al deducirse de lo actuado que el Sargento había proferido frases insultantes contra el Guardia Civil, sin que constaran indicios de que la fuerza se produjera en forma incorrecta ni que fuera exhibida su documentación por el Sargento que vestía de paisano, a cuyo requerimiento se opuso el General Jefe de la Región Aérea de Levante, previo también el informe del Fiscal Jurídico del Aire y dictamen de su Auditor, fundamentando su competencia en que no habiéndose determinado específicamente la presumible responsabilidad del Sargento ni de los guardias civiles, ni ser posible tampoco, en principio, calificar delito alguno, no era de aplicación el art. 28 y sí el 29 del Código Militar, que señala la preferente competencia a favor de la jurisdicción llamada a juzgar al más caracterizado de los presuntos responsables, y, por tanto, en el caso de autos, a la del Aire, por ser el Sargento el de mayor empleo militar (RESULT.º III). El Capitán General de la III Región Militar, de acuerdo con el informe del Fiscal Jurídico Militar y dictamen de su Auditor, acordó insistir en su competencia, invocando, además de los razonamientos legales a que antes se hizo mención, el art. 8.º CJM., conforme al cual la consideración del servicio o interés a que la infracción afecte es de preferente aplicación el art. 29 del propio Código en que basa su competencia la Autoridad Judicial Aérea (RESULT.º IV).—*Fiscal Togado*: Los hechos investigados motivo de la competencia no aparecen perfectamente definidos en ninguno de los procedimientos previos para perfilar las supuestas responsabilidades que pudieran deducirse, y, en todo caso, afectarían al interés y servicio del Ejército de Tierra, puesto que a éste pertenece la Guardia Civil, no existiendo, por más, hasta la fecha, en las actuaciones, acusación que signifique como sujeto pasivo del delito al Sargento de Aviación, que en tal caso fundamentaría una afección a los intereses de su propio Ejército; que en consecuencia, sobre la base de que los hechos hasta ahora investigados pudieran alcanzar el rango de delito de insulto a fuerza armada, no deben resolverse atendiendo a razones inoperantes en la actualidad, tales como la de "persona", sino a la preferente "del delito", según dispone el art. 28, 8.º CJM., y pudiendo afectar la infracción "al servicio del Ejército de Tierra", debe resolverse la cuestión suscitada declarando única competente para conocer de los hechos a la jurisdicción del Ejército de Tierra, concretamente a la Autoridad Judicial de la III Región Militar.—*CSJM.*: Resuelve la competencia a favor de la III Región Militar de acuerdo con el criterio mantenido en su informe por el Fiscal Togado y por sus propios fundamentos, procede declarar competente para conocer de las actuaciones motivo de la competencia al Capitán General de la III Región Militar (CONSID.º I).

**32. Fraude militar. Art. 403, 2.º CJM. Art. 403, 4.º, párrafo segundo CJM. Actos contrarios dignidad militar. Art. 443 CJM. Delitos contra el honor militar. Art. 355 CJM. Exigir dádivas. Responsabilidad civil. Art. 202 CJM. Comiso de dádivas. Art. 228 CJM.**

*Sent. 6 noviembre 1959* (E. de España N. Africa).—En marzo 1958, con ocasión del desarrollo del servicio de la cocina de tropa, los Cabos, hoy procesados, J. M. L. y A. M. L. procedieron a la enajenación de diversos artículos de los que se extraían del Depósito de Viveres para la aludida cocina de tropa; cuya enajenación se efectuó a musulmanes que no han quedado determinados en autos. En este sentido, J. M. L. sustrajo y vendió 280 kgs. de cebada, valorados en 1.229,20 pesetas; 60 kgs. de azúcar, con un importe total de 420 pesetas; 80 litros de aceite, con el precio de 1.264 pesetas. El Cabo A. M. L. vendió 16 litros de aceite, con un importe total de 252,80 pesetas. Los artículos que quedan precisados no han sido recuperados. Y una vez iniciado este procedimiento, el Cabo J. M. L. restituyó a la Unidad el importe de los efectos indebidamente vendidos, por cuantía total de 2.913,20 pesetas; y el Cabo A. M. L. realizó similar restitución en cuanto a 252,80 pesetas (RESULT.º I). Para la venta de los artículos que quedan expresados en el precedente resultando se valieron ambos procesados de los servicios del carrero de la Unidad, hoy igualmente encarado, M. B. S., al que atemorizaron y dieron como gratificación 25 pesetas y 1.400 francos marroquíes (RESULT.º II). Al finalizar el servicio de cocina de tropa, desempeñado durante el mes de marzo de 1958, el hoy procesado, Brigada de Ingenieros, don A. D. D., percibió de los comerciantes señores M. y M., ambos con residencia en la plaza de Larache, en donde se hallaba de guarnición la Unidad a la que pertenecía dicho Brigada, la cantidad de 1.000 pesetas, que dichos comerciantes, provisionistas de la referida Unidad, le entregaron en concepto de comisión del cinco por ciento de lo suministrado durante el indicado mes a la también citada cocina de tropa (RESULT.º III)—*CG. Ordinario*: Fraude (403, 5.º CJM.), autores los cabos J. M. L. y A. M. L. y soldado M. B. S.; los hechos ejecutados por el Brigada de Ingenieros procesado no son integrantes de fraude, pero sí de una falta leve (443 CJM.), actos contrarios a la dignidad militar. J. M. L. y A. M. L., sendas penas de dos años prisión militar, y soldado M. B. S., seis meses y un día prisión militar; accesoría de deposición de empleo; en concepto de responsabilidad civil, J. M. L. abono de 2.900,75 pesetas, y A. M. L. reintegro de 252,80 pesetas. Absolvió en cuanto a delito al Brigada de Ingenieros don A. D. D., y respecto a él llamó la atención de la Autoridad Judicial, por si estimase procedente corregirle como autor de una falta leve.—*Autoridad Judicial*: Disiente, ya que los hechos ejecutados por el Brigada don A. D. D. son constitutivos de un delito contra el honor militar (355 CJM.), procediendo imponerle un año prisión militar y debiendo decomisarse la cantidad constitutiva de la dádiva.—*Fiscal Militar*: Conformidad con el disenso, precisando que el delito



de fraude calificado en el fallo se halla en el 403 CJM., que la responsabilidad civil del cabo M. ha de concretarse en 2.913,20 pesetas; y que el soldado encartado, responsable de fraude, ha de reintegrar al Estado las 25 pesetas y los 1.400 francos marroquíes que percibió.—*Defensores:* Brigada don A. D. D., seis meses y un día prisión militar por el delito contra el honor militar que se precisó en el disenso, concurriendo la atenuante del 186, 7.º CJM. El defensor de los otros tres encartados estimó la existencia de dos delitos independientes de fraude (403, párrafo 2.º CJM.), siendo responsable de uno el cabo J. M. L., y del otro el cabo A. M. L.; y responsable de un solo delito de fraude, en concreto de encubridor, el soldado M. B. S., con la atenuante 186, 1.º/187, 10 CJM.: procediendo imponer al cabo M. L. un año de prisión, al cabo A. M. L. seis meses y un día de prisión, debiendo ser absuelto el soldado y corregido con un mes de arresto.—*CSJM.:* Revoca, porque *los hechos detallados en el primer resultando de la presente son constitutivos de dos delitos independientes de fraude, previstos y penados ambos en el 403, 2.º CJM.; siendo evidente la aludida independencia de las infracciones, que adquieren sustantividad propia y autónoma, al tenerse en cuenta que las sustracciones efectuadas por cada uno de los dos procesados a los que afectan los referidos hechos del primer resultando fueron ejecutadas con separación por dichos encartados, siendo distintos los lugares en donde se pusieron en práctica los citados apoderamientos indebidos, como también fueron diversos los artículos de los que se apropiaron uno y otro procesado. Habiéndose producido los dos citados delitos al haber tenido efectividad en cuanto a cada uno de ellos sustracción por militar de efectos pertenecientes a la Unidad en la que prestaban sus servicios, siendo el valor de lo apoderado en cada caso superior a 50 pesetas (Consid.º I) y los hechos descritos en el tercer resultando de esta sentencia fueron objeto de inadecuado pronunciamiento por parte del CG. Y ello porque si bien de los autos se desprende la no existencia de prueba suficiente sobre participación del Brigada procesado en los hechos de los que fueron autores otros encartados, cuya participación imputaron los últimamente aludidos a aquél, es la realidad que el indicado Suboficial percibió de proveedores de artículos destinados al consumo de la Unidad en que aquél prestaba sus servicios la cantidad de 1.000 pesetas, que dichos provisionistas le entregaron en concepto de dádiva y por razón del servicio de suministro de los referidos artículos del que estaba encargado el Brigada don A. D. D.; por lo cual resulta patente que dicha recepción de dádiva genera delito, en grado de consumación, contra el honor militar, previsto y penado en el 355 CJM.; debiendo observarse que el delito que nos ocupa surge desde el momento en que un militar, y cualquiera que sea la cuantía de una dádiva o promesa o el título con el que se manifieste se otorga una u otra, esija o admita dicha dádiva o promesa mediante entrega o petición realizadas con el pretexto o fundamento de servicios de los que dicho militar está obligado a desempeñar por razón de su destino en la Institución castrense (Consid.º II). Los hechos expuestos en el RESULT.º II no son integrantes del delito de*

*fraude por el que fué objeto de acusación el soldado M. B. S., ya que éste ni participó directamente en la ejecución de sustracciones de ningún género ni cooperó a las mismas con actos necesarios para llevarlas a efecto, ni tampoco contribuyó al desarrollo de dichos apoderamientos con actos anteriores o simultáneos; habiéndose limitado, merced a la presión que sobre él se ejercitó por otros encartados, a realizar un transporte de artículos similar a los que con frecuencia efectuaba por su destino en la Unidad como carrero, si bien en el caso de autos tuvo somero conocimiento de que el correspondiente transporte se realizaba con detrimento de los fines de alimentación de la tropa a la que estaban destinados los artículos que transportó; por todo lo cual el procesado que nos ocupa no aparece responsable de delito de ningún género, y si solamente de una falta leve castrense de ejecutar acto del que se infirió perjuicio al buen régimen del Ejército, encuadrada en el 443 CJM (CONSID.º III). Los cabos J. M. L. y A. M. L. son responsables de uno de los delitos de fraude que han quedado calificados, en concepto de autores, y que el Brigada don A. D. D. lo es también como autor del delito contra el honor militar que ha quedado señalado; en los tres casos por la participación personal y directa de cada uno de los procesados en el correspondiente delito, conforme al 196, 1.º CJM.; y el soldado M. B. S. es autor de la falta leve castrense que ha quedado precisada (CONSID.º IV). Respecto a la responsabilidad civil, conforme al art. 202 y sucesivos del CJM., procede declaración en cuanto a los autores del delito de fraude, si bien la misma ha quedado extinguida en cuanto al cabo J. M. L., al haber reintegrado el importe de los efectos por él enajenados, como igualmente en lo que corresponde al cabo A. M. L. por lo que se refiere a la cantidad por él restituída, que asciende a la cuantía de los efectos por él vendidos con una diferencia en menos de 10 pesetas (CONSID.º VI). La dádiva en que se concretó el delito contra el honor militar deberá caer en comiso, a tenor del 228 CJM.; y que procede similar pérdida en lo que atañe a las cantidades que recibió el soldado M. B. S. (CONSID.º VII). Condena al Brigada de Ingenieros don A. D. D. seis meses y un día de prisión militar, con la accesoria de suspensión de empleo; y a J. M. L., cabo de Ingenieros en la fecha de autos, y A. M. L., cabo de Ingenieros, a sendas penas de dos años de prisión militar, con la accesoria de deposición de empleo y las comunes de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Absuelve en cuanto a delito al soldado de Ingenieros M. B. S., corrigiéndole por la falta leve de inferir perjuicio al buen régimen del Ejército con dos meses de arresto militar; siendo de abono para el cumplimiento de las penas y correctivo que han quedado señalados el tiempo en que los procesados hayan estado privados de libertad por razón de la presente causa. Responsabilidad civil: la del J. M. L. se concreta en la cuantía de 2.913,20 pesetas, así como la del cabo A. M. L. en 252,80 pesetas; dejando de exigirse la del primero de ellos al haber reintegrado dicha cuantía, y exigiéndose la relativa a A. M. L. solamente a la de 10 pesetas, que satisfará al Estado, en el Ramo del Ejército. Co-*

niso de la cantidad de 1.000 pesetas percibidas por el procesado Brigada don A. D. D., así como las 25 pesetas y los 1.400 francos marroquíes que recibió el soldado M. B. S., a todo lo cual se dará el destino reglamentario que proceda.

**33. Nulidad de actuaciones. Art. 831 CJM. Garantías procesales. Art. 832, 2.º CJM.**

*Auto 11 noviembre 1959* (II Región Militar. Sala de Justicia reunida en sesión privada.—El Capitán General de la II Región Militar elevó en consulta de sentencia la causa núm. 93/1957, seguida en la plaza de Sevilla por supuestos delitos de estafa, malversación, fraude y negligencia contra el Coronel del Cuerpo de Sanidad Militar don F. P. G. y otros.—*Fiscal Togado*: Que del estudio de la referida causa se advertían las siguientes omisiones y defectos sustanciales de procedimiento: Que no obstante haberse formulado recursos contra la sentencia del CG. por los defensores de cinco de los condenados (797 CJM.) ni el Auditor en su preceptivo dictamen, ni el Capitán General en el subsiguiente decreto, han emitido su parecer sobre las alegaciones que en dichos recursos se contienen, y en los que si bien se reproducen en parte razonamientos que ya se invocaron ante el CG., se contienen también apreciaciones sobre nulidad de actuaciones e impugnación de la sentencia dictada por estimar que la misma contiene errores de hecho y de derecho, con amplia argumentación, y de aceptarse la tesis de alguna de las defensas, la Autoridad Judicial, de acuerdo con el art. 801 del citado Código, podría haber anulado lo actuado, incluso el fallo que en tal caso no se hubiera sometido a consulta de este Consejo, por lo que, al no constar el parecer del Auditor y del Capitán General sobre tan fundamentales extremos, se ha infringido el art. 798, con menoscabo de las garantías procesales de las partes; que con independencia de las omisiones que se dejan señaladas, existen en la causa los siguientes defectos procesales: No haberse unido al procedimiento la información practicada por el General A. sobre los hechos enjuiciados y un escrito de la Delegación Provincial de Trabajo que son antecedentes de la causa, no obstante haber pedido su incorporación a ella algunos de los defensores, porque al parecer son favorables a los procesados, denegándose por el Instructor la petición al estimar era documentación a él remitida reservadamente y denegándose también el recurso formulado por las defensas contra la resolución del Instructor, aunque al no constar en la orden de proceder la reserva aludida, no puede privarse a los juzgadores, ni a las partes, de un antecedente que sirve de base al procedimiento; que en los escritos de conclusiones provisionales de los defensores de tres de los procesados o aparecen las firmas de estos, ni por comparecencia posterior ante el Juez Instructor se acredita se negaron a ello, según exige el art. 735 del Código militar; en período de plenario, por iniciativa del Instructor, se ha practicado prueba docu-

mental de la que no se dió conocimiento a las partes para su conformidad, reparos o incluso petición de otras que estimasen derivadas de aquella, infringiéndose con ello lo dispuesto en los arts. 727, núm. 6.º, del repetido Código; que las citaciones de los defensores para la asistencia a las pruebas del plenario (testifical y pericial), no constan acreditadas más que por simple diligencia sin los requisitos que previene el art. 501, ni se hace constar que por razón de urgencia haya sido verbal y ello invalida las citaciones con arreglo al art. 304; que si bien en las declaraciones de los testigos se hace constar la no asistencia de los defensores —todos o de algunos—, no apareciendo en autos la renuncia, ni haber sido citados, debieron ponerse aquellas pruebas de manifiesto para su conformidad o practicarlas en otro caso de nuevo, según lo previsto en el art. 746; que por la índole de los hechos investigados, determinantes de un perjuicio económico, susceptibles, en principio, de entrañar delitos contra la propiedad, de malversación o de fraude, se hacía necesario, entre otros extremos, conforme a los arts. 540 y 350 del tantas veces aludido CJM., “comprobar el importe total del descubierto” y la práctica de una prueba pericial, y si bien el Juez acordó ésta y se emitió el correspondiente informe por peritos que designó la Autoridad Judicial, en plenario hubo defensores que pidieron la ampliación de dicha prueba, otros aclaraciones a la misma, e incluso uno de ellos la impugnó por estimar que los peritos nombrados —un Coronel y un Comandante del Arma de Infantería— carecían de conocimientos técnicos o especiales, y, por tanto, de idoneidad, el Instructor, si bien admitió la aclaración que se llevó a efecto, denegó la ampliación del informe y la práctica de otro nuevo, y al efecto hizo constar, en cuanto a la primera, que no se podía llevar a efecto por la falta de documentación o demora, y respecto a la segunda, que los peritos se hallaban suficientemente capacitados en materia contable, y como los defensores recurrieran, el Juez hizo constar en su preceptivo informe “que la solicitud de peritos contables para emitir dictamen en estas actuaciones sólo representa una meticulosidad del propio Instructor, ya que por su empleo está capacitado para fiscalizar la contabilidad de cualquier Cuerpo, Centro o Dependencia, y que la prueba pericial, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 628 del CJM., ha sido practicada en su presencia”, confirmándose por decreto auditorio el auto denegatorio del Instructor; que la ratificación del informe pericial practicado al folio 549, la aclaración del mismo que aparece al folio 628 y el desarrollo de esta prueba ante el CG., ponen de manifiesto la deficiencia de la misma y en todo caso está referida al primer cuatrimestre de 1957, por lo que investigándose en la causa irregularidades administrativas que se atribuyen a distintos procesados, incorporados algunos de ellos al servicio del Hospital Militar en enero 1954 y otro, el Coronel Médico el 24 enero 1955, y además consta la existencia de un fondo particular creado por orden de ésta hacia octubre de 1955, y por último, la distribución de gratificaciones con cargo al mismo fondo, es evidente que el informe pericial está incompleto, es defectuoso y ha de practicarse nuevamente en forma por personal especializado y técnico en la materia a examinar, en razón de lo cual puede

asignársele la condición de perito, de acuerdo con lo prevenido en el art. 620 CJM., concretando, como exige el art. 540 del mismo, la totalidad del descubierto, siendo improcedentes las expresiones del Instructor, ya que, de una parte, el informe pericial es obligado por imperativo del artículo 550, y el empleo, conocimientos y presencia del Instructor en la práctica de aquella prueba son independientes de los conocimientos y actuación de los peritos dentro de su especial cometido; que en la causa se hallan procesados siete paisanos, todos ellos proveedores del Hospital Militar, por delito de estafa, en concepto de autores, y el Instructor, en el resumen de conclusión del sumario, recogía la actuación de otros procesados, acordando la Autoridad Judicial el sobreseimiento para dos de los procesados y a los cinco restantes se les hizo aplicación del D. Indulto de 31 de octubre 1958 y O. complementaria de 10 noviembre 1958, en razón a que el Ministerio fiscal pedía para ellos penas inferiores a dos años, sin exigencias de responsabilidades civiles; que sin entrar en el examen de fondo sobre no haber procedido contra dos de los proveedores, pese a los indicios de responsabilidad que contra ellos existen, ni enjuiciar si los sobreseimientos e indultos acordados para los restantes son o no ajustados a Derecho, es lo cierto que al cesar en la situación de procesados y no comparecer como testigos ante el CG., se privó a éste y a las partes de la posibilidad de oírlos, siendo su testimonio de trascendencia por la íntima relación que éstos mantenían con quienes en el Hospital recibían los suministros y abonaban su importe, y como uno de los defensores al solicitar prueba en su escrito de conclusiones provisionales interesó el interrogatorio de los procesados ante el CG., al no haberse denegado expresamente por el Instructor, es evidente debió citárseles por propia iniciativa, según el art. 742 castrense, como testigos, toda vez que otorgado el indulto con posterioridad a la resolución de vista y fallo, las defensas ignoraban su nueva situación y no podían, procesalmente, interesar tal comparecencia; y que, finalmente, por el Instructor no se han tenido presentes las disposiciones del art. 712 del CJM., ya que al formalizar el resumen del sumario expone continuamente deducciones y emite su parecer, como igualmente lo hace en su informe de los folios 683 al 731, con infracción de los preceptos que tratan precisamente de impedirlo; por todo lo cual, al haber omitido el Auditor y consiguientemente el Capitán General su parecer sobre los recursos de los defensores en el trámite de consulta de sentencia, debiera ello motivar la devolución de la causa a la Autoridad Judicial, previa reposición de lo actuado a dicho momento procesal, mas como quiera que en el procedimiento se observan también los defectos que se dejan citados y dichas Autoridades resolvieron ya sobre algunos en el sentido de no tomarlos en consideración, cuando las defensas los alegaron, lo que hace presumir que mantendrán ahora igual criterio, por razones de economía procesal, en evitación de acordar ahora la nulidad de parte de lo actuado, para más tarde, ante nueva consulta, insistir en las anulaciones, a la vista de los defectos señalados y de acuerdo con los arts. 831 y 832, 2.º CJM., procede que sin entrar en el fondo de

En sentencia consultada, se repongan los autos al periodo de sumario y decretando la nulidad del procedimiento a partir del folio 322, inclusive, se devuelva la causa a la Autoridad Judicial para que, previa designación de Instructor, se practiquen las diligencias que propone.—*CSJM*: considera que las omisiones y defectos procesales que se recogen en el detallado informe del Fiscal Togado suponen una vulneración de las normas rectoras del procedimiento que por menoscabar las garantías procesales de los encausados e impedir el exacto conocimiento de los hechos enjuiciados, implican la causa de nulidad que establece el 832. 2.º *CJM.*, por lo que, en uso de las facultades que a este CS. le otorga el 831 *CJM.*, procede declarar la nulidad de las actuaciones practicadas en la causa que se examina a partir del folio 322, inclusive, con reposición de la misma al periodo de sumario y su devolución a la Autoridad Judicial de procedencia para nueva tramitación con arreglo a Derecho, y acuerda la nulidad de las actuaciones practicadas a partir del folio 322, inclusive, con reposición de la misma al periodo de sumario y devolverla a la Autoridad Judicial de procedencia a fin de que, previa designación de Juez Instructor, se unan al procedimiento los documentos que se citan en la orden de proceder, se practique nueva prueba pericial, de acuerdo con el art. 620 *CJM.* por peritos militares idóneos y en su defecto por personal titulado en la materia, al objeto de aclarar y concretar las irregularidades administrativas que se persiguen y cuantía del descubierto, en forma que permita el más acertado y completo conocimiento de los hechos enjuiciados para la determinación de las responsabilidades exigibles, y en general se dé al procedimiento la ulterior y pertinente tramitación de acuerdo con las prescripciones legales aplicables.

**34. Desobediencia. Art. 328, párrafo segundo *CJM.* Motivos morales. Artículo 186, 8.º *CJM.* Equiparación a falta grave. Art. 239 *CJM.* Medida de pena. Art. 192 *CJM.***

*Sent. 18 noviembre 1959* (Zona Aérea de Baleares).—El 17 mayo 1959, con motivo de efectuarse el acto de la Jura de la Bandera en la Base Aérea de ... el procesado recluta J. G. F., que profesa la Religión Evangélica Baptista, no obedeció el toque de corneta de "rindan", permaneciendo de pie, a pesar de haber sido advertido previamente por el Capitán de su Compañía de que esta orden no afectaba en absoluto a sus creencias religiosas, sino que era de índole estrictamente militar, por lo que debía ser obedecida, alegándose por el procesado que observó tal conducta por estimar, en aquel momento, que de esta forma servía mejor a su Religión, y reconociéndose por el mismo que anteriormente no había sido molestado en sus creencias ni obligado a la asistencia de acto religioso alguno.—*CG. Ordinario*: Desobediencia (328, párrafo 2.º *CJM.*), con atenuante de obrar impulsado por motivos morales (186, 8.º *CJM.*), un año y seis meses de prisión militar y accesorias, y sin hacer de-

claración de responsabilidades civiles.—*Voto particular*: Presidente y un Vocal Militar, tras aceptar los hechos probados, delito de desobediencia del 328, párrafo 2.º CJM., sin modificativas de la responsabilidad criminal, dos años de prisión militar y accesorias.—*Defensor*: Recurre (797 CJM.), reproduciendo sustancialmente los razonamientos escrito de defensa, sin formular pedimento alguno concreto, limitándose a manifestar debieron apreciarse las atenuantes en dicho escrito invocadas y por aplicación del 239 CJM. considerarse el delito cometido por su patrocinado como falta grave e imponerle cuatro meses de arresto militar.—*Autoridad Judicial*: Que no era atendible el recurso por ser reproducción de los argumentos que en su día se hicieron ante el CJ., aceptando el voto particular y, por tanto, disiente, invocando, además, la sentencia de este CSJM. 18 mayo 1955.—*Fiscal Militar*: Conforme con el disenso.—*Defensor*: Que se considere el hecho a efectos de sanción como constitutivo de falta grave y se imponga al procesado la pena de tres meses y un día de arresto militar.—*CSJM.*: Revoca, porque si bien *es acertada la calificación jurídica de los hechos que se hizo por CG. al estimarlos constitutivos del delito de desobediencia que define y sanciona el 328, párrafo 2.º CJM., ya que el procesado se negó a cumplir de modo abierto y reiterado una orden concreta del servicio, dada, primero, por el Capitán de su Compañía —comunicada personalmente—, de ejecutar los movimientos que se le mandaran en la formación y después la que implicaba el toque de corneta para rendir armas la fuerza, dada por el Jefe de ésta (CONSID.º I), pero no concurren modificativas (CONSID.º II), por lo que atendidas las circunstancias de toda índole que concurren en los hechos enjuiciados, valoradas por la Sala en personas ponderación y en uso del libre arbitrio que le otorga el 192 CJM., estima que procede imponer aquélla en la menor extensión que la ley señala (CONSID.º V).*—Condena a la pena de seis meses y un día de prisión militar, con efecto de pérdida del mismo período de tiempo para el servicio militar y antigüedad.

### 35. Homicidio culposo. Imprudencia simple con infracción de reglamentos.

**Art. 565, párrafo segundo CP. Falta de luces. Art. 144 Código Circulación. Niebla. Reserva de acciones civiles. Art. 792 CJM.**

*Sent. 4 diciembre 1959* (VII Región Militar).—El 28 noviembre 1957, sobre las siete horas, no amanecido aún, el paisano J. A. I. A., mayor de edad y de oficio tornero, marchaba en la motocicleta de su propiedad para la que tenía permiso de conducir y de circular, a velocidad moderada —menos de 30 km. por hora— y con la luz reglamentaria, por la carretera general de Adanero-Gijón, desde su domicilio de la Manzaneda, con dirección a Mieres, dándose la circunstancia de existir espesa niebla entonces, cuando al salir de la curva llamada de Teléfonos —de unos siete metros cuarenta centímetros de ancho—, en la localidad de Olloniego, en el kilómetro 433.800 metros, chocó con un carro tirado por una yegua, al que

no vió, tropezando al hacer un viraje, con una vara del mismo, lesionando el semoviente, cuyo carro circulaba en dirección contraria —se acababa de parar—, sin las dos luces prescritas ni farol alguno, por su derecha, conducido por el procesado, soldado de la Agrupación de Intendencia número 7. F. G. N., de veintidós años de edad, sin antecedentes penales ni de mala conducta militar, con permiso en la ocasión de autos, y que trabajaba por orden, cuenta y riesgo de la Empresa de Panadería, Hijos de Brígida Izaguirre; produciéndose con la colisión de los dos vehículos la caída del motorista y de la máquina, daños en la motocicleta por valor de 175 pesetas, lesiones en el animal, cuyos gastos de curación ascienden a 900 pesetas, siendo su depreciación de 1.500, y graves lesiones al paisano J. A. I. A., de resultas de las cuales falleció el día 30 de ese mes por hemorragia interna; originándose gastos por ello de 2.074,40 pesetas, a la Empresa o Fábrica de Mieres donde trabajaba el difunto.—*CG. Ordinario*: No hay delito de imprudencia que se le imputaba al procesado, pues la cierta conducta imprudente por parte del mismo no ofrece la relación de causalidad con el resultado de daños y homicidio determinado por la existencia de la niebla, ya que aun en el supuesto de ir provisto el carro de las luces reglamentarias, dicha niebla hubiera impedido que por el interfecto se advirtiera la presencia del carro, produciéndose en todo caso la colisión, por lo que en consecuencia absolvió a F. G. N.—*Voto particular*: Del Vocal Ponente, por estimar un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos, resultando homicidio y daños (565, párrafo 2.º/407 CP. y 144 del Código de Circulación), seis meses de arresto mayor y accesorias legales, fijándose la responsabilidad civil del reo y subsidiaria de la Empresa en que prestaba sus servicios, en la cantidad global de 82.249,40 pesetas.—*Autoridad judicial*: Disiente de acuerdo con el voto particular.—*Fiscal Togado*: Conforme con el disenso.—*Defensa*: Que infringió el precepto reglamentario contenido en el art. 144 del Código de la Circulación y que se produjo un resultado dañoso, pero no se da la relación de causalidad precisa entre ambos para la existencia del delito, ya que a su juicio la marcha del motorista no era la adecuada, por cuanto fué a estrellarse contra la parte derecha del carro, y en todo caso la niebla existente impedía la visibilidad e incluso en el lugar de autos, según declara un testigo, existía una luz que en circunstancias normales hubiera permitido la visibilidad y hace irrelevante la falta de luces en el carro. Por todo lo que solicita la absolución.—*CSJM*.—*Revoca*, porque según constante jurisprudencia, la imprudencia punible es temeraria cuando el agente obró con omisión de las normas elementales de cautela; sin tomar las medidas propias de un proceder normalmente diligente (S.ª de este CSJM. de 26 noviembre 1958); o cuando haya ausencia de precauciones o falta de previsión (S.ª del TS. de 3 enero 1956); evidente descuido u olvido de las más rudimentarias reglas de precaución (S.ª del TS. de 7 junio 1956); o cuando las medidas de precaución hubieran estado al alcance de la inteligencia menos cultivada (S.ª del TS. de 14 febrero 1945); siendo, en cambio, la imprudencia simple cuando el evento sólo pudo ser previ-



table por personas muy cuidadosas, pero no por la mayoría de las personas y cuando es nula o escasa la temeridad del acto, pudiendo coexistir la infracción de reglamentos con la imprudencia temeraria y con la simple, no obligando en modo alguno a acudir al art. 565, párrafo 2.º CP, si hay infracción de reglamentos, careciendo en el primer caso esa infracción de relevancia penal (Sentencias del TS. de 11 diciembre 1942 y 1 mayo 1945) (CONSID.º I). Ahora bien, en el hecho de autos el evento sobrevenido sólo pudo ser previsible por personas de más cuidadosa cultura, o de inteligencia más cultivada que el procesado, quien por su parte tomó otras medidas para evitar un mal, como ceñirse cuanto pudo a la derecha y parar el carro al divisar la motocicleta, que por su parte tomó la curva muy cerrada, a contra mano, según consta en el procedimiento; sin que pueda decirse que hubo en el caso una total ausencia de precauciones u olvido absoluto o evidente descuido de las reglas ordinarias de cautela; ya que, además, esa omisión encaja en el supuesto del Código de Circulación; no procediendo, por otra parte, en este género de responsabilidad criminal la compensación de culpas (S.º del TS. de 8 marzo 1942) (CONSID.º II), y según la Jurisprudencia puede coexistir la infracción reglamentaria con la imprudencia temeraria, esto lo es cuando, además del acto que supone aquella infracción, se dan otros hechos que implican positiva temeridad con independencia de la inobservancia normativa (CONSIDERANDO III). En la conducta del procesado soldado F. G. N., sólo se advierte el no haberse provisto de luces según lo mandado por el Código de Circulación de 22 julio 1958 en sus arts. 143, 144 y 53, los cuales en ocasiones vino reclamando a su principal, sin que pueda imputársele otra negligencia, por lo que sólo cabe hacerle responsable de la simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos que previene el art. 565, párrafo 2.º CP.; pero sin que el hecho de la niebla le exculpe, pues es su conducta la que se enjuicia, con separación de los fenómenos de la naturaleza externos al acto voluntario, de la que resultó el mal, en relación de causa a efecto (CONSID.º IV). Por lo tanto, los hechos recogidos en el Resultando son constitutivos de homicidio consumado y daños, cometido por simple imprudencia con infracción de reglamentos que comprende el art. 565, párrafo 2.º CP./405, 557, 573 CP.; del que es responsable como autor por ejecución directa y voluntaria el procesado soldado de Intendencia F. G. N.; sin que concurren en el caso circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (CONSID.º V). Aunque toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente, sin que quepa hacer pronunciamientos contra tercero, en vía subsidiaria conforme el art. 792 CJM.; sin perjuicio de las acciones civiles que puedan establecerse (CONSID.º VI). Condena a F. G. N. a dos meses de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, con pérdida de este tiempo para el servicio militar; y en concepto de responsabilidad civil a abonar como reparación la suma de 175 pesetas y la de 2.074,40 pesetas y como indemnización la de 50.000 pesetas a los herederos de la víctima.

36. **Actividades subversivas.** Art. 1.º, núms. 1.º y 2.º Ley 2 marzo 1943. Art. 290 CJM/Art. 1.º, párrafo primero. Ley 2 marzo 1943. Artículo 257, párrafo segundo CJM. «Nomen iuris». Auxilio a la rebelión. Art. 289 CJM. Prevalerse carácter público. Art. 187, 9.º CJM. Rebelión militar. Art. 286, 3.º CJM. Asociaciones ilegales. Art. 174, 1.º CP. Propaganda ilegal. Art. 251 CP. Delitos contra forma Gobierno. Art. 163, 1.º CP. Provocación para delinquir. Artículo 268 bis CP.

*Sent. 23 diciembre 1959* (I Región Militar).—El procesado D. L. M. P., de ideas contrarias al régimen actual de España, conoció en el año 1957 en unos puestos de libros de esta capital a los procesados A. D. Y. y M. C. O., de ideología similar a la del primero, colaboradores ambos en la "Revista Ibérica", de Nueva York, dirigida por Victoria Kent, para desprestigiar al régimen español, con los que entabló conversación sobre temas políticos y trabó amistad, decidiendo colaborar y formar grupo, a cuyo fin quedan en reunirse periódicamente los sábados en el Bar Verde de la calle de Leganitos y después en casa de A. D. Y.; engrosándose seguidamente ese grupo con los procesados E. P. T. e I. R. C., soldado de Infantería en la actualidad, quienes fueron captados por D. M. P. y acudieron al Bar, siendo presentados a A. D. Y. y M. C. O., acordando denominar a la agrupación formada con todos para plasmar su aversión al Régimen, "Nueva Generación Ibérica" a iniciativa de A. D. Y., que fué el cabeza de ella, y de M. C. O., que fué su secretario, a la que se agregan los procesados A. R. C., captado por L. y M. L. Z., llevado por D. M. P., al que se le nombró administrador; quedando así constituida dicha organización con siete miembros, redactándose una constitución por A. D. Y. y M. C. O. con un juramento de fidelidad, celebrándose sólo reuniones y por espacio de unos meses, de las que se levantó acta, reuniones a las que asistieron, y constitución y actas intervenidas con otros escritos semejantes al procesado M. C. O.; cotizando todos para la Agrupación, editándose un boletín del que se hizo responsable M. C. O., con el nombre de "Libertad" y cuyo texto discutían todos, y del cual se tiraron en multicopista cinco números, hablándose en el de julio de 1957, entre otros temas, de la "cuadrilla de bandoleros que dicen gobernarnos" y en el de febrero de 1958 de que "la lucha antifranquista no es ya obra de partidos, es, ante todo, obra de españolismo" y en el de junio de 1958 de que "el franquismo jamás ha representado la voluntad popular", terminando la carta abierta a la juventud española del número de octubre de 1958 con las palabras de "contra el franquismo y su séquito... tú, español, debes luchar en todo lugar y en todo momento"; boletín del que se hicieron unos cientos de ejemplares que se difundían bien por correo o tirándolos en el metro el procesado D. M. P.; sembrándose, además, otra propaganda como unas octavillas a los trabajadores madrileños, contrarias al régimen, por M. C. O. y E. P. Y. dejadas en el Metro, y escritos a los trabajadores de España y a los madrileños, de protesta y "para luchar sin desmayo por una Es-

paña libre y democrática y aplastar a la canalla franquista"; propaganda arrojada asimismo por los barrios de Madrid, unos 8.000 ejemplares que llevaron a cabo I. R. C., 2.000 octavillas E. P. Y., D. M. P., M. G. O. y otros; asistiendo también ellos en 1958 en la Casa de Campo a la preparación para la jornada de reconciliación nacional como protesta contra el régimen español para dirigir manifiesto al pueblo de Madrid, en cuya jornada se propugnó el no uso de los transportes, ni ir a espectáculos, ni consumir en comercios y el paro laboral, celebrándose, por último, otra reunión o reuniones en la plaza de Santa Bárbara con M. A., D. M. P., B. L. y un tal Lobato, instructor del partido comunista y condenado en otra causa (RESULT.º I). Entre los asociados existía estrecha unión, colaboración y amistad; persiguiendo como finalidad la "Nueva Generación Ibérica" —grupo de jóvenes intelectuales y obreros que coordinan esfuerzos para una lucha común; forjado contra la dictadura "que padecemos"— según su constitución procurar por todos los medios a su alcance el establecimiento de una República democrática y federal en la Península Ibérica; para lo que colaborará con todos los partidos en los fines comunes a "nuestra lucha"; buscando el ensanchamiento de la organización con la captación de nuevos miembros, individualmente, en contactos amistosos y con un sistema de cadena, estableciendo un acercamiento con toda clase de partidos políticos, asociaciones, etc., etc., de la Península y extranjero, cuya acción será la propaganda u otros procedimientos; viniendo a encontrarse en el domicilio de A. D. Y. numerosos escritos extremistas, una pequeña bandera republicana, el diario de acción republicana, el diario de acción republicana democrática, el manifiesto de 1957 a los españoles, de "Nueva Generación Ibérica" para el aplastamiento del Régimen o dictadura franquista y otro al pueblo madrileño, para que se manifieste contra el régimen; hojas a jóvenes y trabajadores y números de "Libertad", proclamando que "Nueva Generación Ibérica" lucha contra un gobierno traidor que no representa los intereses populares, etcétera; propaganda incluida la comunista que, también se le interviene a E. P. T., con un escrito de protesta firmado por el Comité de Coordinación Universitaria de Barcelona; documentación toda esta que obra unida a los autos; constando, además, que llegaron a establecer contacto con el partido comunista en 1959, sobre todo A. R. C., D. M. P., Matías L. y E. P. que sigue sus directrices y hace propaganda; tirándose, en consecuencia, la profusión de octavillas para esa huelga pacífica de veinticuatro horas, en su protesta contra el Régimen español, especialmente en el Estadio Bernabeu; deteniéndose a I. R. C. al ser sorprendido repartiendo tal propaganda, incoándose la presente causa (RESULT.º II). El procesado B. L. H., obrero de la Standard Eléctrica, amigo de D. M. P. y M. L., con los que hablaba de política, se convierte por sugerencia de aquéllos en agitador entre los obreros de esa Empresa, encuadrándose a su vez en la "Nueva Generación Ibérica" o sea la Organización de aquellos dos; enlazando en la conocida reunión de la plaza de Santa Bárbara, con D. M., M. L. y A. M. D. por medio de I. R. C.; haciendo propaganda para la huelga y para el Frente de Liberación Popular; propaganda que

tira en el Puente de Vallecas de una vez en mayo de 1959, y que el también procesado A. M. D. de la Standard Eléctrica y del Sindicato del Metal en el que desempeñaba el cargo de enlace, sigue las consignas del Partido Comunista, relacionándose con el Frente de Liberación Popular por B. L.; asistiendo a las reuniones de la plaza de Santa Bárbara: enlazando con D. M., E. P., M. L. y el comunista Lobato que le aconseja la propaganda comunista; poniendo de esta forma en contacto este Partido con el Frente de Liberación Popular y que, finalmente, el procesado M. C. O. de la Standard Eléctrica enlaza a B. L. con A. M. D., yendo a la plaza de Santa Bárbara, donde conoce a I. R. y M. L.; acordando todos agruparse para el fin indicado repetidas veces, dando él propaganda del Frente de Liberación Popular, al A. M. D., que recibe de B. L.; poniendo en contacto al Partido Comunista con el Frente de Liberación de referencia y en relación también a D. M. P. del que es amigo con B. L. (RESULT.º III). El procesado J. C. A., diplomático de carrera, que venía sintiendo preocupaciones de naturaleza religiosa y social, organizando en los años 1957 y 1958 en su piso de Alonso Cano, 52, unas llamadas "reuniones teológicas" a las que asistieron sacerdotes, para presentar un ambiente cristiano más abierto a las Juventudes Universitarias, con el fin —dice él— de sustraerlas de la influencia de organizaciones extremistas, como la agrupación socialista universitaria y para oponerse al S. E. U. de signo contrario al Régimen, viendo el afán político de la juventud crea la organización "Nueva Izquierda Universitaria" —curso 1957-1958—, para captar a los estudiantes bajo una rúbrica liberal y cuyo nombre es también obra del procesado R. O. F., confeccionando un manifiesto con una multicopista suya por enero o febrero de 1958, el que difunde en la Ciudad Universitaria en la Facultad de Derecho por mediación del citado R. O., haciendo labor de captación y propaganda para desprestigiar al Gobierno, celebrando reuniones aquella organización que toma contacto con otras agrupaciones estudiantiles —Agrupación Socialista Universitaria, Democráticos cristianos y comunistas universitarios— en otras reuniones a las que asisten representantes de cada una de ellas, culminando éste con la formación del Comité de Coordinación, en el que le representa R. O. que asiste tres o cuatro veces, saliendo de allí el acuerdo de lanzar un manifiesto y propaganda a los estudiantes incitándoles a la huelga, que es difundido, de la "Nueva Izquierda Universitaria" de la que es creador y dirigente, para ampliar actividades contrarias al Régimen y desprestigiarle, sin que el mismo J. C. pueda explicar esta derivación de lo religioso a la agitación política, a cuyo campo pasa de lleno; crea en 1958, y ya en el terreno extrauniversitario, por inspiración del exilado en Francia L. C., el Frente de Liberación Popular —Los Felipe— en el que puedan incluirse toda clase de personas, lanzando entonces como primera manifestación externa un escrito de cuatro folios titulado "La situación actual de España", que termina con las palabras "por un Gobierno democrático", y luego otro de protesta civil pacífica contra el Gobierno, que empieza con la frase "desde hace veinte años", que merecen la aprobación de D. M. P., desarrollando así labor de propaganda, cotizando, celebrándose con tal

caracter diversas reuniones, tirándose en multicopista, confeccionadas por él y D. M. P. en caso del otro procesado Licenciado en Derecho J. G. P., las octavillas dirigidas a los obreros y el escrito que comienza "desde hace veinte años"; cuyo procesado J. G. —baja en la Diplomacia por matrimonio con extranjera— es atraído por J. C. al grupo que, como contrario al Régimen es de su agrado, consintiendo se celebren en su domicilio sus reuniones —unas cuatro— donde se habla del programa y de captar elementos, nombrándose a J. G. delegado de asuntos económicos, por sugerir alguna idea a este fin, que le ayuda en la redacción del escrito "Situación Actual de España" y en la custodia de la multicopista; conteniendo uno de esos escritos exhortaciones para que se manifiesten contra el Gobierno por el paro, cierre de comercio, abstención en los mercados, no uso de transporte y concentración de creyentes en las parroquias para orar; todo ello difundido por correo y comentado por Radio España Independiente, y que ha sido intervenido; siendo de notar que alguno de los manifiestos aparecen firmados con el nombre de Agrupaciones Inexistentes; aprovechando J. C. sus viajes al extranjero, algunos oficiales —París, Ginebra— para entrevistarse con exilados o políticos extremistas, principalmente A. B. y L. C., que le animan en su empresa (RESULT.º IV). Tanto para la "Nueva Izquierda Universitaria" como dentro del Frente de Liberación Popular, en el que le encuadra con él, J. C. capta y asocia a su labor a su amigo el procesado R. O. F., con el cual va J. C. a Bilbao para los fines de su organización, entrevistándose entonces ambos con el procesado L. R. V., amigo de R. O. con el que convienen en hacer algo práctico y al que nombra en esa capital como representante de la "Nueva Izquierda Universitaria" que se forma, yendo L. R. a Santander con J. C., donde en el domicilio del Abogado don I. F. C., empleado de la Radio Cantabria del Movimiento, discute sobre la Agrupación del Frente de Liberación Popular, asistiendo a la discusión el estudiante J. G., manifestando entonces J. C. que, siguiendo indicaciones recogidas en el extranjero deben enlazarse con todos los grupos políticos, incluso el comunista; como lo hace L. R. al relacionarse con un tal L. y luego por su contacto con el procesado J. N. V. —que había asistido al festival juvenil de Moscú— que da a L. R. V. propaganda comunista que reparte éste —las octavillas para la huelga y jornada de reconciliación nacional—; procesado V. C., que como amigo del comunista M. le ayuda en la propaganda y en hacer prosélitos, dando nombres para que la reciban; interviniéndose a L. R. V. escritos contrarios al Régimen o para la huelga, números de "Mundo Obrero" y "Aurrerá", manifiesto a los madrileños de los compañeros universitarios de Barcelona y a J. C. el escrito a los trabajadores de España firmado por el Frente de Liberación Popular contrario al Régimen "España no está gobernada más que por la corrupción"; "Todo el mundo está contra el Régimen de Franco"; un número de "Libertad" y el escrito, "La situación actual de España" propugnando un Gobierno democrático. (RESULT.º V). El procesado D. M. P., por mediación de R. O. al cual le dan su nombre para que le escriba como hace y con el que tiene entrevistas, una vez que le presentan a J. C. que le informa

haber creado "Los Felipes", que son de su agrado, colabora con el Frente de Liberación Popular al hacer propaganda con unas octavillas que arroja asistiendo también a las reuniones en casa de J. G. con J. C. y L. C., que por su parte entra en contacto con el grupo por medio de D. M. y de I. R., conociendo, a su vez, a J. C., al que ayuda en la confección de propaganda, que difunden, conectándose de esta manera los dos grupos de Liberación Popular y Generación Ibérica (RESULT.º VI). El procesado A. M. L., obrero de la Standard Eléctrica, en estrecha colaboración con el otro procesado el estudiante A. A. D., amigo de su hijo C. M., al que facilitó pasaporte para pasar a Francia, con el que sostiene correspondencia y que le ganó para el comunismo, dedícase a la captación de jóvenes de ambos sexos para el festival comunista de la juventud de Viena, a donde iba a ir A. A. por inspiración de C., instruyendo el citado A. M. al A. A. D. y presionándole a la par que se consagra a crear un estado de agitación en la Empresa donde trabaja, difundiendo propaganda comunista para la huelga en relación con la jornada de la reconciliación nacional, no sin facilitarle también propaganda comunista al joven A. A. D. incitándole a que se filtre en las organizaciones católicas, lo cual hace el exhortado valiéndose de otra persona, y asistiendo así a conferencias religioso-sociales, haciendo en fin el susodicho A. A. D. propaganda para la huelga en medios laborales a través de otros o por sí, para que los obreros se manifestasen contra la situación (RESULT.º VII).—*CG. Ordinario*: Delito consumado de actividades subversivas equiparado a la rebelión (art. 1.º, números 1.º, 2.º de la Ley de 2 marzo 1943, párrafo 1.º de dicho art. 290 CJM.), toda vez que se propalaron noticias falsas y tendenciosas con el fin de causar trastornos de orden público interior y desprestigio del Estado, y conspiraron o celebraron reuniones y conferencias con los mismos fines, autores procesados I. R. C., E. P. T., D. M. P., A. R. C., A. D. Y., M. G. O., J. G. P., J. C. A. y R. O. F., sin modificativas de la responsabilidad criminal, si bien a efectos de la pena a imponer a cada uno de ellos se hace uso del arbitrio que a los Tribunales concede el art. 192 CJM. en relación con el 257, párrafo 2.º CJM., condenando en consecuencia a J. C. A. a la pena de tres años de prisión, a A. D. Y. y M. G. O. a la pena de dos años de prisión, a R. O. F. a la pena de un año de prisión y a I. R. C., E. P. T., D. M. P., A. R. C. y J. G. P. a la pena de seis meses y un día de prisión cada uno de ellos, todos con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto, además, para I. R. C. de pérdida de tiempo y de antigüedad en el servicio durante el cumplimiento de la pena, con comiso de los efectos del delito y sin que haya lugar a declaraciones de responsabilidades civiles. Absolviendo a los también procesados M. L. D., B. L. H., A. M. D., M. D. O., A. M. L., A. A. D., L. R. V. y J. V. G., del delito de rebelión que venían acusados, por estimar que sus conductas no son constitutivas de dicha infracción ni de otro tipo de delito.—*Autoridad judicial*: Disiente por estimar que existió incongruencia de los resultandos entre sí y de éstos con el COSSIN.º IV y con algunas de las penas impuestas, observándose asimismo varios defectos procesales como haberse omi-

tido en el Const.º 1 la cita de los preceptos legales oportunos según preceptúa el 390. 4.º CJM.: que, a consecuencia de dichas omisiones, se atribuye al delito calificado una denominación que no le corresponde, cual es la de "delito de actividades subversivas en lugar de la de rebelión militar con que figura en nuestras leyes, y porque el marco adecuado del delito no es el art. 290 CJM. que se refiere a la provocación y apología de la rebelión, aun cuando sus autores no estén unidos a los rebeldes; entendiéndose, por otra parte, que la conducta del soldado R. C. debe ser sancionada más severamente al estar más obligado a no intervenir en cuestiones que le alejen del cumplimiento de sus deberes castrenses y que, en el procesado J. C. concurre la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, comprendida en el art. 187. 9.º CJM.: a los procesados J. C. A., seis años de prisión; soldado I. R. C. a la pena de dos años y seis meses de prisión, y E. P. T., D. M. P. y A. R. C. a dos años y dos meses cada uno de la misma pena, admitiendo en todo lo restante la parte dispositiva de la sentencia.—*Fiscal Togado*: Revocación (286. 3.º y 289 CJM.) autores los procesados a excepción de M. C. O., concurriendo respecto al procesado J. C. A. la circunstancia agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable (187. 9.º CJM.) y en su consecuencia solicitó: para el procesado J. C. A. la pena de veinte años de reclusión, para el soldado I. R. C., la de diez años de prisión; para los procesados D. M. P., E. P. T., A. R. C. y M. L. D., la de doce años de prisión; para los procesados A. D. Y. y M. C. O., la de diez años de prisión, para los procesados R. O. F., L. R. V., J. G. P., A. M. D. y J. V. G., la de siete años de prisión; para A. M. L., A. A. D. y B. L. H., la de seis años de prisión, y para M. C. O., absolución; accesorias comunes correspondientes a las penas solicitadas y la especial militar con destino a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que le quede de servicio en filas para el procesado I. R. C.; primer otrosí llama la atención de la Sala sobre la participación en los hechos de un individuo llamado C. M. O., por si pudiera ser objeto de ulterior esclarecimiento, y por segundo otrosí llama asimismo la atención de la Sala sobre la deficiente actuación de los componentes del CG., especialmente del Vocal Ponente con respecto a las anomalías observadas en la sentencia. Ante la Sala y en el acto de la Vista amplió de palabra los fundamentos de su acusación, insistiendo en que el Partido Comunista se halla perfectamente en guerra con España y que los contactos de los procesados con el mismo, bien directamente, bien a través de las asociaciones lícitas que crearon tendentes a la instauración de una república federal, configuran el delito de rebelión militar calificado; se ratificó en los diversos extremos de su escrito, rectificándolo en el sentido de que la participación del procesado M. C. O. en los hechos de autos es también constitutiva del mencionado delito y, en su consecuencia, solicitó se le impusiera la pena de seis años de prisión y accesorias legales.—*Defensores*: Después de analizar la participación en los hechos de autos de cada uno de sus patrocinados, negaron la existencia del delito de rebelión militar de que se les acusaba, por cuanto no hubo alzamiento de armas contra el Jefe del Estado su Gobierno o Instituciones fundamenta-

les de la Nación, y ni siquiera se propugnó la violencia; en mérito de ello, solicitaron la absolución de sus respectivos defendidos, excepto el Defensor del procesado J. G. P., que, alternativamente, solicitó la absolución o que se confirmara la pena de seis meses y un día inpuesta por el CG. A continuación de hacer uso de la palabra el Ministerio fiscal, intervino el Defensor del procesado O. negando las relaciones de su defendido y otros procesados con el Partido Comunista, citando pruebas que en el sumario a su juicio acreditan que se opusieron a las tendencias de dicho Partido y afirmando que los simples contactos con individuos de filiación comunista no pueden determinar la ideología de quien los tiene; alegando el carácter pacífico de la huelga que propugnaron y que la prueba aportada a los autos acredita que no hubo alzamiento en armas ni incitación a la violencia; no pudiendo apreciarse la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, respecto a su defendido, pues no utilizó los medios que el cargo ponía a su disposición, tesis sostenida en reiterada jurisprudencia. Interviniendo seguidamente los restantes defensores para rebatir la argumentación Fiscal en lo que a sus patrocinados se refería, concretando sus respectivas actuaciones y la imposibilidad a su juicio de que puedan ser encuadradas en el delito de rebelión militar por faltar en ellos el requisito de alzamiento en armas y la finalidad de ir dirigido contra el Jefe del Estado o Instituciones fundamentales de la Nación, finalizando todos ellos solicitando la absolución.—*CSJM.*: *Revoca, porque el delito de rebelión militar comprendido en el Capítulo 1.º del Título 9.º, Libro 2.º del CJM., requiere como base ineludible de su apreciación un alzamiento en armas, efectivo, y dentro ya del mismo que se den las demás circunstancias que establecen los artículos 286 y 289 del citado Código, y como el expresado alzamiento básico no se da, carécese de la indispensable base de estimación de dicho delito ni tampoco de sus formas preparatorias de conspiración, proposición o de provocación o excitación, pues todas exigen para apreciarlas que se persiga precisamente en ellas la modalidad del alzamiento en armas, que, repetimos, ni siquiera se vislumbra en autos como medio de ejecución pretendido ni preconizado (Cossid.º I). Descartado el delito de rebelión militar y aunque las actividades de los procesados A. D. Y., M. G. O., I. R. C., D. M. P., E. P., M. L. D., A. M. D., M. C. O., B. L. H., J. C. A., J. G. P., R. O. F., L. F. R. V., J. V. G., y A. R. C., pudieran incidir en preceptos sancionadores de la asociación ilícita y propaganda ilegal según los arts. 174, 1.º y 251 CP, no existe el concurso de delitos, sino que se trata de una progresión criminosa en que la operación delictiva tiende en definitiva a incitar a la comisión de actos encaminados a cambiar ilegalmente la organización del Estado y a sustituir por otro el Gobierno de la Nación, cuyas finalidades configuran el delito contra la forma de Gobierno previsto en el 163, 1.º CP, y como a este objetivo único se organizaron más o menos normalmente las agrupaciones denominadas "Nueva Generación Ibérica" y "Frente de Liberación Popular" y se llevaron a cabo por impulso de éstas las propagandas subversivas mediante lanzamiento de publicaciones y hojas clandestinas de*



que si hizo mérito, estas conductas de orden menor, aunque aisladamente contempladas serían de por sí punibles, quedan subsumidas en el indicado delito de incitar con sus actos contra la forma de gobierno, pensamiento principal de los culpables y que absorben por ello las otras transgresiones inferiores y anteriores, que a él llevan e integrantes así del "iter criminis", seguido por ellos (CONSID.º II). Al no haber alcanzado realización alguna los actos contra el Gobierno y la Organización del Estado, incitados por los procesados de mención con los medios de posible eficacia que representan las actividades colectivas para subvertir o destruir la organización política, social y jurídica del Estado y desprestigiar a los órganos del Gobierno, es atribuible el delito, a los quince individuos nombrados, en grado de provocación, con arreglo al art. 4.º párrafo 3.º CP. el calificado delito contra la forma de gobierno, y del cual destacan como directores comprendidos en el citado 163. párrafo 1.º CP. y en el 268. párrafo 2.º CP., J. C. A., A. D. Y. y M. C. O. (CONSID.º III). La pena correspondiente a los provocadores, con arreglo al 52. párrafo 3.º CP. es la inferior en uno o dos grados a la que señala el delito consumado, y en el uso de este arbitrio que la Ley concede para la rebaja, la Sala tiene en cuenta las circunstancias personales de uno y otros y el detalle de su obrar delictivo (CONSID.º IV). Los hechos cometidos por los procesados A. M. I. y A. A. D. constituyen el delito de propaganda ilegales definido en el art. 251 CP., toda vez que la actividad desplegada por aquellos dos en íntima colaboración con su labor de captación y difusión de escritos subversivos entra de lleno en la forma y supuestos que el citado precepto establece (CONSID.º V). Del delito de provocación contra la forma de gobierno son responsables en concepto de autores directores los procesados J. C. A., A. D. Y., M. G. O., y de autores ejecutores los procesados D. M. P., R. O. F., I. D. C., E. P. T., A. R. C., M. L. D., B. L. H., J. G. P., M. C. O., A. M. D., L. R. V. y J. V. G.; como comprendidos en el 14. 1.º, 163 y 268 bis CP. (CONSID.º VI). Del delito de propagandas ilegales son responsables también en concepto de autores los procesados A. M. I. y A. A. D., como comprendidos en el 14. 1.º CP. (CONSID.º VII). En ambos delitos no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ni tampoco la circunstancia agravante del 10, 10 CP. que entiende el Fiscal Togado concurre el procesado J. C., pues ello requiere para su apreciación que el culpable se haya servido fundamentalmente del cargo que desempeña para cometer el delito, no dándose esta condición en J. C., pues aunque sus estancias en el extranjero como diplomático le facilitaron a veces contactos en relación con sus planes, lo cierto es que sus actividades punibles las desarrolló de modo principal en España, donde se organizaron las asociaciones ilícitas generadoras en principio de la materia delictiva, sin que el obrar reprochable de los procesados se encuentre impulsado ni estimulado por actos concretos del ejercicio profesional del susodicho J. C.; todo lo que no es obstáculo para que en la fijación de la penalidad dentro del margen discrecional se atienda a la mayor erigibilidad de conducta del que siendo funcionario público encuéntrase obligado a una

mayor lealtad hacia el Estado y hacia su legítima representación (CONSIDERANDO VIII). No procede exigir responsabilidad civil alguna a los diecisiete procesados en la presente causa; aunque si declarar el comiso de los efectos e instrumentos del delito en los términos preceptuados en el 18 CP.; procediendo, en cambio, el abono de toda la prisión preventiva sufrida con respecto a esta causa según lo mandado por el 33 CP. (CONSIDERANDO IX). Condena al procesado J. C. A. a ocho años de prisión mayor; a los procesados A. D. Y. y M. G. O. a sendas penas de seis años y un día de prisión mayor; a los procesados R. O. F., D. M. P. e I. R. C. a las penas de cuatro años de prisión menor para cada uno; a los procesados J. G. P., A. R. C., E. P. T., M. L. D., L. R. V. y J. N. V. G. a sendas penas de tres años de prisión menor, y a los procesados M. C. O. y B. L. H. a las penas de un año de prisión menor para cada uno, y finalmente los procesados A. M. L., A. M. D. y A. A. D. a las penas de un año de prisión menor y multa de 10.000 pesetas para cada cual, sustituible, caso de impago, por un mes de arresto; penas que llevarán como accesorias las de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena las penas de prisión mayor, y las de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena las penas de prisión menor, y para el soldado I. R. C., además, la obligación de volver al Ejército a cumplir en Cuerpo de Disciplina el tiempo que le reste de su empeño, extinguida que sea la condena; siéndoles de abono a todos el total de la prisión preventiva sufrida a resultas de esta causa, sin que quepa exigirles responsabilidad civil, decretándose el comiso de los efectos intervenidos.—*Otrosi*: La Sala, hecho mérito de la conducta de otras personas no procesadas en la causa y no obstante sobreseidos provisionalmente para ellas los autos, como el abogado don I. F. C. y S. C., empleado en la Radio Cantabria de Santander, Emisora del Movimiento, y los paisanos J. M. R. y C. M. O., acuerda que siga la causa contra los mismos, lo que decretará la Autoridad Judicial.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA

**B) JURISPRUDENCIA DE LA SALA ESPECIAL  
DE COMPETENCIAS**

AUTO DE 2 DE JULIO DE 1959

Cuestión de competencia negativa entre la Autoridad judicial de la I Región Militar y el Juzgado de Instrucción número 17 de los de Madrid, sobre conocimiento de sumario por injurias a Jefes y Oficiales del Ejército.

Ante cierta Comisaría de Policía de Madrid se formuló denuncia contra el súbdito holandés H. J. C. P., al que se atribuía el haber pronunciado frases tales como la de "que había ciertos departamentos oficiales en donde los cargos dirigentes eran una partida de ladrones" y "una cueva de bandidos", aduciendo el denunciante que sabía positivamente que con tales expresiones el referido súbdito holandés se refería a la Jefatura de Cría Caballar y Remonta del Estado español.

Iniciadas las oportunas diligencias y pasadas a la Autoridad militar, el denunciado negó haber pronunciado tales frases y atribuyó la denuncia a las diferencias que, por razón de negocios y del arrendamiento de un piso, le separaban del denunciante.

El Capitán General de la I Región Militar, de acuerdo con su Auditor y conforme al dictamen del Fiscal jurídico militar, acordó inhibirse del conocimiento de dichas diligencias en favor de la Jurisdicción ordinaria, por estimar que no apareciendo debidamente acreditados los hechos y habiéndose demostrado, en cambio, la existencia entre denunciante y denunciado de resentimientos antiguos y diferencias de negocios, que incluso habían dado lugar a actuaciones judiciales de carácter civil y penal, a tenor de lo dispuesto en el art. 16 del C. de J. M. y art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, correspondía el conocimiento de las mismas a la Jurisdicción ordinaria.

Por el Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de Madrid, que recibió las diligencias, se acordó, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, inhibirse del conocimiento de las mismas en favor de la Jurisdicción militar, que rechazó el conocer de ellas por insistir en que no aparecía acreditada la existencia de hechos concretos que supusieran ofensas para clases determinadas del Ejército o instituciones castrenses; ante lo cual, el Juzgado de Instrucción dictó auto insistiendo en el acuerdo inhibitorio, por estimar que tratándose de una denuncia en la que se imputaban determinadas frases calumniadoras al denunciado, proferidas contra Jefes y Oficiales del Ejército, adscritos a la Jefatura de Cría Caballar y Remonta del Ejército, era indiscutible que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo número 2.º del art. 6.º del C. de J. M., correspondía su conocimiento a la Jurisdicción castrense, auto por el que se acordaba también, sin embargo la procoación de sumario, al que correspondió el núm. 364/1957, así como la

elevación a la Sala Especial de los oportunos antecedentes para la resolución del conflicto planteado.

El Fiscal del Tribunal Supremo dictamina en el sentido de que habiéndose instruido las diligencias por hechos que, de comprobarse, serían indudablemente constitutivos de delito de injurias o calumnia a Autoridades militares, es visto que a tenor de lo preceptuado en el núm. 2.º del artículo 6.º del C. de J. M., debe ser la Jurisdicción castrense la competente para conocer de ellas, sin que a esta solución obste el argumento de que tales injurias o calumnias no aparezcan debidamente comprobadas hasta el momento, puesto que esa falta de comprobación de unos hechos denunciados no puede variar las atribuciones de las diferentes jurisdicciones.

La Sala especial, recogiendo este criterio, decide la cuestión de competencia planteada, atribuyendo el conocimiento de los hechos a la Jurisdicción castrense, disponiendo la remisión de los autos al Capitán General de la I Región Militar, con base en los siguientes fundamentos:

“Que conforme dictamina el Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal Supremo, el hecho único denunciado y único también que motivó la incoación del sumario 364 del 1957 del Juzgado núm. 17 de los de Madrid, caso de comprobarse constituiría, en principio, un delito de injuria o calumnia a la Autoridad militar, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción castrense, según preceptúa el número segundo del art. 6.º del C. de J. M., por lo que no ofrece duda alguna el sentido que habrá de inspirar la presente resolución del conflicto planteado, pues para decidirlo precisa atender sólo a la naturaleza específica del asunto origen de la denuncia, con independencia de su mayor o menor certeza que afectaría ya a la índole de los acuerdos procedentes, en cuanto al fondo y en cuanto a los trámites del proceso que se haya de seguir hasta el punto que de no entenderse así, sobre prejujgar las cuestiones propuestas a los distintos Tribunales, dándose en este trámite como probadas o improbadas, se correría el riesgo de que en definitiva conociese de ellas para procesar, para sobreseer e incluso para condenar un Tribunal a quien por mandato de la ley no compete hacerlo así.”

#### AUTO DE 2 DE JULIO DE 1959

Cuestión de competencia positiva planteada entre la Autoridad judicial de la I Región Militar y el Juzgado de Instrucción de Alcántara, sobre conocimiento de sumario por delito de desobediencia y resistencia a la Autoridad.

El Juzgado de Instrucción de Alcántara incoó sumario por no haberse consentido por el Sargento de la Guardia Civil, don D. R. G., la práctica de la diligencia de lanzamiento de la Casa-Cuartel de la misma en Alcántara, acordado en autos de desahucio seguidos por don L. B. V. contra la Dirección General de la Guardia Civil, por sentencia dictada por el señor Juez de primera instancia de Cáceres y confirmada por la Sala de

lo civil de la Audiencia Territorial y por la Sala primera del Tribunal Supremo.

El Capitán General de la I Región, por oficio, requirió de inhibición al citado Juzgado, por estimar que, por tratarse de un delito de resistencia y desobediencia a la Autoridad, cometido por militar en activo servicio y en establecimiento militar, era competente esta Jurisdicción para su conocimiento y tramitación, acompañando a dicho oficio certificación de informe del Fiscal jurídico militar de la Región y dictamen de su Auditor, los que, fundamentalmente por estimar que el delito cuestionado no era de los que producen desafuero, de conformidad con los arts. 9, 13 y 16 del Código de Justicia Militar, consideraban competente a dicha Jurisdicción militar.

Por el Juez especial designado por la Audiencia Territorial de Cáceres para continuar la tramitación del sumario, se dictó auto por el que, de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio fiscal, se acordó no haber lugar al requerimiento de inhibición, al estimar que estando el hecho enjuiciado comprendido en el tipo penal del art. 237 del Código penal, y tenor de lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 16 del C. de J. M., era competente la Jurisdicción ordinaria, por ser el delito de atentado de los que producen desafuero.

Habiéndose insistido por la Jurisdicción militar en su requerimiento inhibitorio, ambas partes elevaron a la Sala especial sus respectivas actuaciones, dictaminando el Fiscal del Tribunal Supremo en el sentido de que siendo por ahora intrascendentes las razones que el encartado alegó para oponerse al lanzamiento, examinando su conducta en relación con la desobediencia a la autoridad judicial ordinaria y a la perturbación producida al suspenderse *sine die* la diligencia de lanzamiento, tenían los hechos las características de resistencia e intimidación graves, como manifestaciones típicas de un posible delito de atentado a la autoridad común, de la competencia exclusiva de la misma, aun contando con el lugar de comisión, militar porque se atiende antes al art. 16 y al delito; por lo que procedía declarar la competencia de la Jurisdicción ordinaria.

En otra línea de razonamiento la Sala especial, no obstante, resuelve el conflicto planteado en favor de la Jurisdicción castrense, fundamentando la decisión en los *considerandos* que a continuación transcribimos:

“Que a los solos efectos de decidir la cuestión de competencia entre la Jurisdicción ordinaria y la castrense y sin que con ello se prejuzgue la resolución que en su día se pronuncie por el Tribunal que en definitiva entienda del asunto, se hace preciso determinar la naturaleza del delito que se atribuye al Sargento de la Guardia Civil don D. R. G., que dió origen al sumario incoado por el Juzgado de Instrucción de Alcántara y que continuó tramitando un Juez especial, designado por la Audiencia Territorial de Cáceres, y examinadas que han sido con toda minuciosidad las diligencias practicadas en dicho sumario, no resulta de las mismas que los hechos realizados por el nombrado Sargento revistan los caracteres del delito de atentado que define el art. 231 del Código penal, en su número segundo, puesto que no hubo acometimiento a la Autoridad, no se empleó fuerza contra ella, no se la intimidó gravemente, ni se la hizo re-

sistencia que pueda calificarse también de grave, porque el Secretario que asistió a la diligencia de lanzamiento, lo mismo que el Oficial y Agente judicial que acompañaron al Juez de primera instancia, únicos testigos presenciales, manifiestan unánimemente en sus respectivas declaraciones que al ser requerido el Sargento por el señor Juez para que procediera en el acto al desalojo del inmueble, dejándolo inmediatamente libre de cuantas personas lo ocuparan y de todos los enseres que existieran en la Casa-Cuartel, contestó en tono correcto y respetuoso que se oponía a que se llevase a efecto la diligencia porque precisamente tenía órdenes concretas de sus superiores por conducto regular, de que si se constituía en dicho lugar la Autoridad judicial para llevar a efecto el lanzamiento se opusiera a ello con todos los respetos, y manifestara que el inquilino del inmueble era el Ministerio de la Gobernación, sin que realizara acto alguno que implicara violencia contra los allí presentes, y ante tales manifestaciones el señor Juez ordenó que se suspendiera la diligencia y se levantara la oportuna acta, y esta oposición verbal del Sargento de la Guardia Civil, que hacía las veces de Jefe de línea accidental, al mandato de la Autoridad judicial, dados los términos correctos y respetuosos en que estaba formulada no puede ser calificada, *prima facie*, de un delito de atentado, porque los elementos que suministran las actuaciones no son bastantes para deducir que se diera ninguno de los supuestos que contempla el citado número segundo del art. 231 del Código penal, y, en todo caso, será constitutiva de un delito de desobediencia grave o de simple resistencia, previsto y sancionado en el art. 237 del mismo Cuerpo legal.

“Que la Ley de 21 de abril de 1949, al modificar el art. 16 del Código de Justicia Militar, limitó los casos de desafuero a los delitos de atentado y desacato a las Autoridades no militares, eliminando del precepto la desobediencia y la resistencia a dichas Autoridades que, en el texto anterior, estaban también comprendidas: con lo que se ve claramente que el propósito del legislador fué el de circunscribir aquel desafuero del personal militar a las figuras punibles que en la vigencia actual se determinan y, como según se razona en el primer fundamento de esta resolución, los hechos que se atribuyen al Sargento de la Guardia Civil pueden ser constitutivos de un delito de desobediencia o de resistencia no grave a la Autoridad judicial, es visto que el caso de autos no está comprendido en ninguno de los supuestos que contempla el número primero del art. 16 del Código de Justicia Militar, por lo que la regla de competencia jurisdiccional aplicable es la general del número primero del art. 13 del mismo Cuerpo legal, que somete al fuero castrense a todos los militares en activo servicio, condición que indudablemente concurre en el acusado.”

AUTO DE 21 DE DICIEMBRE DE 1959

Cuestión de competencia positiva suscitada entre la Capitanía General del Departamento Marítimo de El Ferrol del Caudillo y el Juzgado de Instrucción de Cambados.

Por el Juzgado de Instrucción Militar del Departamento Marítimo de El Ferrol del Caudillo se instruyó causa con motivo de hechos acaecidos en la playa de Castrelo, donde fué asaltada la concesión de doña D. D. C. por una multitud de personas, hurtándole el marisco que en la misma tenía depositado y causando destrozos, en cuyo sumario se dictó auto de procesamiento contra C. T. G., E. O. N., C. T. C., D. C. R. y R. P. C., quienes presentaron escrito ante el Juzgado de Instrucción de Cambados, promoviendo cuestión de competencia y suplicando se requiriese de inhibición al Juzgado de Marina, para que se abstuviese de conocer de la causa: por el Juzgado de Instrucción de Cambados se dictó auto accediendo a lo solicitado.

Recibido el requerimiento inhibitorio en la Capitanía General del Departamento Marítimo, se acordó no haber lugar a inhibirse.

Habiendo insistido ambas jurisdicciones en sus respectivas tesis y elevadas las actuaciones a la Sala especial, ésta resuelve la cuestión planteada pronunciándose en favor de la Jurisdicción castrense, por los motivos siguientes:

“Que no teniendo las personas responsables en esta causa la condición de militares ni asimilados, ni estando especialmente atribuido a la Jurisdicción militar el conocimiento de los hechos por la índole del delito, debe decidirse la competencia por razón del lugar donde el delito se ha cometido, que en términos generales resuelve el Código de Justicia Militar en el apartado b) del número primero del art. 9.º, al establecer que la Jurisdicción castrense es competente para conocer de los procedimientos que se sigan contra cualquier persona por los delitos y faltas que, sin estar comprendidos en el art. 16 del mencionado Cuerpo legal, se cometan en aguas del mar, debiendo puntualizarse si dentro de este concepto general está comprendida la zona marítimo-terrestre, espacio de las costas que baña el mar en su flujo y reflujo en donde sean sensibles las mareas y hasta donde lleguen las mayores olas en los temporales en donde no lo sea, y si en principio la zona marítimo terrestre no es propiamente de mar, cabe estimar comprendida dentro de su acepción general el lugar donde acaecieron los hechos, teniendo en cuenta que se trata de una pesquería, industria vinculada a las aguas del mar, reglamentada, inspeccionada y vigilada por las autoridades de Marina, que para su desarrollo necesita estar bañada por dichas aguas, que sometidas al flujo y reflujo de las mareas, extienden los límites del mar propiamente dicho, abarcando el lugar donde los hechos se realizaron, razones que obligan a resolver la competencia a favor de la Jurisdicción militar.”

J. H. Orozco

**C) JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO (\*)**

**1. Art. 8.º, circunstancia 1.ª: Embriaguez.**

“Que si para que la embriaguez pueda ser considerada como atenuante tiene que ser no habitual ni producida con propósito de delinquir, según enseña el núm 2.º del art. 9.º del Código penal, cuando el Tribunal sentenciador declara que el procesado se encontraba al proferir las injurias, en estado de embriaguez habitual, esa afirmación representa un obstáculo insalvable para apreciarla como causa extintiva y ni siquiera atenuatoria de la responsabilidad criminal, aunque sea plena, porque la habitualidad imprime carácter al modo de ser y de obrar del sujeto activo de la infracción e impide que esa situación normal y corriente del dominado por el vicio le sirva para cimentar una total exculpación o una degradación del castigo señalado al delito cometido...” (*Sentencia de 14 de octubre de 1959*).

**2. Art. 8.º, núms. 4.º y 5.º: Legítima defensa.**

“Que para que pueda ser apreciada la circunstancia de legítima defensa propia o de parientes establecida en los núms. 4.º y 5.º del artículo 8.º del Código penal, es condición indispensable, que además de los otros requisitos que enumera el precepto citado, concorra el básico y fundamental de haber existido una agresión ilegítima realizada por la víctima contra el procesado o contra alguna de las personas que señala el núm. 5.º y faltando este primer requisito no puede darse la causa de justificación pretendida, como completa ni como incompleta...” (*Sentencia de 23 de noviembre de 1959*).

**3. Art. 8.º, circunstancia 8.ª: Embriaguez.**

“Que para que la embriaguez pueda eximir de responsabilidad criminal es preciso que sea tan intensa que anule por completo el discernimiento y la voluntad del que la soporta o que se halle en un estado de verdadera enajenación...” (*Sentencia de 8 de octubre de 1959*).

**4. Art. 8.º, circunstancia 8.ª: Embriaguez.**

“Que el haber prescindido el Código penal vigente de completar el número 1.º del art. 8.º con lo que constituía el texto del párrafo segundo

---

(\*) Se recogen en esta Sección aquellas resoluciones del Tribunal Supremo que por su interés pudieran ser de utilidad para los Tribunales militares.



de dicho número y precepto del derogado de 1932 no quiere decir que la embriaguez, en ningún supuesto, pueda ser circunstancia que exima, total o parcialmente al que se halle en tal estado de responsabilidad criminal, pero para que adquiera tal categoría de eximente se requiere que, además de anular temporalmente las facultades cognoscitivas y volitivas del agente, no haya sido preordenada con el propósito de delinquir, precisándose que sea plena y fortuita..." (*Sentencia de 30 de octubre de 1959*).

**5. Art. 8.º, circunstancia 8.ª: Caso fortuito.**

"... Según constante doctrina de la jurisprudencia, tal circunstancia es inaplicable a los delitos culposos..." (*Sentencia de 2 de julio de 1959*).

**6. Art. 9.º, circunstancia 4.ª: Preterintencionalidad.**

"Que el problema de la ignorancia de la ley prohibitiva... por ser de naturaleza intelectual la carencia de conocimiento, no puede enlazarse con la circunstancia atenuante de preterintencionalidad núm. 4.º del artículo 9.º del Código penal que es de esencia voluntarista y se da en el aspecto material por la desproporción entre lo querido y el resultado sin que sean de apreciar en los delitos destinados a proteger bienes comunes..." (*Sentencia de 27 de octubre de 1959*).

**7. Art. 9.º, circunstancia 8.ª: Arrebato y obcecación.**

"... Que es doctrina constante de esta Sala que los estímulos productores del arrebato y la obcecación tienen que provenir de actos ejecutados por el ofendido contra el agresor..." (*Sentencia de 14 de diciembre de 1959*).

**8. Art. 10, circunstancia 16: Desprecio del sexo.**

"... Que la agravante de desprecio del sexo hay que estimarla concurrente en los ataques del hombre a la mujer, siempre que esta cualidad no sea inherente al delito —violación, estupro, rapto, etc.— o aquella no haya producido el acto punible despojándose con su conducta del respeto y consideración que por su dignidad merece en una sociedad cristiana y que la ley especialmente protege..." (*Sentencia de 5 de diciembre de 1959*).

**9. Art. 14: Autoría.**

"Que es reiterada doctrina de esta Sala Interpretando el art. 14 del Código penal, que el acuerdo o concierto de voluntades para la realización de un delito constituye a todos los concertados en autores del mismo,

porque el pacto previo con una finalidad dolosa determinada de los otros procesados con el que ejecuta materialmente el hecho atrae sobre todos idéntica responsabilidad penal..." (*Sentencia de 2 de octubre de 1959*).

**10. Art. 10, circunstancia 15: Reincidencia.**

"Que en muy diversas ocasiones se ha venido sosteniendo por este Tribunal, la absoluta necesidad de consignar en los hechos que se estimen probados, cuando existan antecedentes penales para los enjuicados que deriven de condenas por hurto o estafa, que se haga constar no solo la fecha de esas sentencias, sino, además, la cuantía de las infracciones anteriores, porque habiendo sido modificadas estas últimas bases por la Ley de 30 de marzo de 1934, la ausencia de estos datos obliga en razón a una interpretación que debe siempre favorecer al reo, a estimar como falta tales condenas, cuando por su número no sea posible legalmente atribuirles el carácter de delitos..." (*Sentencia de 1 de julio de 1959*).

**11. Art. 11: Parentesco.**

"Que según doctrina de esta Sala interpretativa del art. 11 del Código penal, no debe apreciarse como circunstancia agravante de los delitos contra las personas, la del parentesco entre el agresor y su víctima cuando sea la última provocadora del suceso con su actitud ofensiva para el primero" (*Sentencia de 25 de septiembre de 1959*).

**12. Art. 22: Responsabilidad civil subsidiaria.**

"Que la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 22 del Código penal no alcanza a los dueños o empresarios de una industria cualquiera por todos los delitos que cometan sus empleados o dependientes, sino sólo de los ejecutados por éstos en el desempeño de sus obligaciones o servicios..." (*Sentencia de 9 de octubre de 1959*).

**13. Art. 112: Prescripción.**

"Que uno de los modos de extinguirse la responsabilidad criminal, establecidos en el Código penal, es el de la prescripción del delito por el transcurso del tiempo en el mismo fijado, con arreglo a la duración de las penas a imponer según las infracciones cometidas, tiempo que comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido y si bien en la mayoría de los casos, este momento de la iniciación del tiempo aparece claro y preciso, no ocurre lo propio cuando se trata del delito de bigamia, que por sus características especiales ha dado lugar al planteamiento del problema de si deberá considerarse como delito sucesivo, en términos de

que mientras dure la unión ilegal debe considerarse como persistente el delito no empezando a correr el término de la prescripción de la responsabilidad penal hasta que cese o se ponga término a dicha unión ilícita, cuestión que ha suscitado encontradas opiniones, pues si unos estiman que mientras dura la bigamia el delito se prolonga y subsiste sin empezar a correr el término de la prescripción hasta tanto que termine dicha unión criminal, otros sostienen que no consiste la bigamia en el comercio adulterino integrado por actos sucesivos subsiguientes durante más o menos tiempo a la celebración del segundo o ulterior matrimonio, sino en el hecho mismo de contraer matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el primero y verificado el matrimonio ilegal, queda consumado el delito, empezando desde luego a correr el término de la prescripción, y este criterio sostiene la Sala, al no haber en nuestro Código precepto que establezca una norma fija, como ocurre en los de algunas otras naciones, afirmando, que el delito queda consumado por el mero hecho de contraer segundo o ulterior matrimonio, creándose una situación de la que no puede salirse por un acto voluntario del culpable cosa distinta de la que ocurre en los delitos permanentes o sucesivos que terminan con la voluntad de aquél al poner fin a los actos que los constituirían, como acontece en el rapto, detención ilegal, etc., y, además, pensar de otro modo, haría a este delito de bigamia prácticamente imprescindible, pues difícilmente ha de poner su autor término a la situación antijurídica creada." (*Sentencia de 16 de noviembre de 1959*).

**14. Art. 172: Asociación ilícita.**

"Que es un hecho probado que los dos procesados, L. V. A. y J. R. C., cruzaron la frontera y entraron en España con la misión concreta de reorganizar el partido comunista, celebrando reuniones, formando grupos con la consigna de captar adeptos, repartiendo propaganda impresa, y esto sentado, no puede menos de reconocerse el acierto con que ha procedido el tribunal sentenciador en la resolución recurrida, por haberse llegado, cumpliendo dicha misión, a la reorganización en grupos del partido, actuación de ámbito muy superior a la de menos entidad de buscar adeptos simplemente, y estando el partido comunista declarado fuera de la ley en nuestra Patria, siendo conocidos sus propósitos destructivos de la organización política, social, económica o jurídica del Estado por medios violentos, concurren todas las características que configuran el delito, por la ilicitud de esa organización, dados sus fines y medios propugnados para llevarlos a cabo" (*Sentencia de 25 de noviembre de 1959*).

**15. Art. 239: Blasfemia.**

"Que al declararse probado en la sentencia de instancia que el procesado pronunció públicamente ante un conglomerado de vecinos, que las oyeron, frases insultantes para Dios, la Virgen y la Hostia Consagra-

da, no hay duda alguna que estas blasfemias, proferidas en la vía pública produjeron el grave escándalo a que se refiere el art. 239 del Código penal..." (*Sentencia de 17 de noviembre de 1959*).

**16. Art. 244: Injurias a la Autoridad.**

"Que para determinar la existencia de un delito de injurias no basta atender solamente al sentido y significación gramatical de las palabras, sino también al propósito de quien las pronuncia, los antecedentes que las motivaron, el lugar, la ocasión y demás circunstancias que lo motivaron" (*Sentencia de 24 de octubre de 1959*).

**17. Art. 251: Propaganda ilegal.**

"Que el delito de propaganda ilegal, constituido por el hecho de repartir folletos y hojas sueltas de carácter subversivo, al tratar de destruir la organización política, social y económica o jurídica del Estado, minando la seguridad del mismo, su crédito, prestigio y autoridad, es un delito independiente comprendido en distinto capítulo del Código penal, por definir actuaciones diferentes a las de organización de grupos o asociaciones y no debe, por consiguiente, ser embebido en ellas, razones por las cuales, no es de admitir el motivo alegado por los recurrentes..." (*Sentencia de 25 de noviembre de 1959*).

**18. Art. 406, núm. 1.º: Asesinato.**

"Que es doctrina jurisprudencial que así como la premeditación es circunstancia que antecede al hecho delictivo, la alevosía concurre en su ejecución y puede darse sin que se haya premeditado ni buscado de propósito, pues es suficiente que el culpable se aproveche de la ocasión y circunstancias del momento para realizar el acto punible valiéndose de un medio, adoptando una forma o ejecutándolo de un modo que tienda directa y especialmente a asegurar la perpetración de la idea criminosa que ha brotado en su mente, sin riesgo para su persona que provenga de la defensa que pudiera hacer el ofendido..." (*Sentencia de 14 de diciembre de 1959*).

**19. Art. 496: Coacción.**

"Que dos requisitos son indispensables para la configuración del delito de coacción definido y penado en el art. 496 del Código penal, el empleo de violencia, y no estar legítimamente autorizado para ello, suponiendo el primero el empleo de fuerza material o intimidación constitutiva de

una fuerza moral capaz de cohibir el ánimo de otra persona impidiéndole hacer lo que la ley no prohíbe o compeliéndole a efectuar lo que no quiera..." (*Sentencia de 24 de septiembre de 1959*).

**20. Art. 496: Coacción.**

"Que esta Sala tiene declarado con reiteración que el delito de coacción definido y sancionado en el art. 496 del Código penal vigente, que es reproducción literal del art. 488 del anterior Cuerpo legal, se comete no solamente cuando la violencia se ejerce contra las personas impidiéndolas hacer lo que la ley no prohíbe, o compeliéndoles a efectuar lo que no quieran, sea justo o injusto, sino que también lo perpetra el que mediante la fuerza ejercida sobre las cosas de uso o pertenencia del perjudicado pone aquéllas fuera de su alcance, privándole del legítimo goce y disfrute de las mismas con lo que indudablemente se coarta su libertad y se le causa un perjuicio económico al impedirle que se sirva de sus bienes, o ejercite los derechos que sobre ellos le correspondan" (*Sentencia de 2 de diciembre de 1959*).

**21. Art. 514: Hurto.**

"... La cuantía del hurto no se regula por el beneficio que haya logrado el culpable, sino por la valoración objetiva de la cosa sustraída..." (*Sentencia de 18 de diciembre de 1959*).

**22. Art. 516, núm. 2.º: Hurto.**

"Que el abuso de confianza que en el hurto deja de ser circunstancia modificativa para convertirse en cualificativa, con arreglo al núm. 2.º del artículo 516 del Código penal, no precisa de la existencia de las relaciones de dependencia o subordinación con el perjudicado, sino del quebrantamiento de los deberes de lealtad que imponen el desempeño de determinadas funciones o servicios y de la mayor facilidad que ese mismo servicio proporciona para la comisión del acto punible, y que la Ley penal debidamente valora para confirmar un delito más grave en quien se prevale de esas ventajas..." (*Sentencia de 18 de diciembre de 1959*).

**23. Art. 528: Estafa.**

No es estafa "...la entrega de un cheque antedatado con consentimiento del acreedor, equivale a una promesa de pago a realizar en la fecha convenida, y no es el documento sustitutivo de la moneda que se entrega como pago de una operación verificada al contado; y como ese aplazamiento convenido para su efectividad equivale al reconocimiento implí-

cito de que en el momento de la entrega no carecía de numerario para pagar, no hay engaño para el acreedor, que lo recibe a sabiendas de que en aquel entonces no representa más que una obligación de futuro cumplimiento" (*Sentencia de 9 de diciembre de 1959*)

**24. Art. 529: Estafa.**

"Que según viene declarando esta Sala, en aplicación estricta del artículo 529 del Código penal, el delito de estafa surge siempre que en el desplazamiento patrimonial de una a otra persona medie engaño, simulación o cualquier artificio que mueva la voluntad del perjudicado a consentir en el negocio propuesto por el otro: por que en este caso se presta el consentimiento sobre algo inexistente que por el sujeto activo del delito es ofrecido con malicia como medio de apropiarse de los bienes del perjudicado..." (*Sentencia de 2 de julio de 1959*).

**25. Art. 546 bis a): Receptación.**

"Que el artículo del Código penal 546 bis a) define el delito de receptación con sus dos elementos constitutivos de conocer el autor la comisión de un delito contra la propiedad, así como de aprovecharse para sí de los efectos del mismo" (*Sentencia de 5 de octubre de 1959*).

**26. Art. 565: Imprudencia punible.**

"Que según viene declarando repetidamente esta Sala toda imprudencia punible requiere la existencia de un hecho, no doloso, realizado sin la precaución, celo, cuidado y diligencia que toda persona debe observar para evitar que el desenvolvimiento de su actividad social resulte dañoso para los demás; no pudiéndose colegir el acto imprudente del resultado obtenido, sino de las circunstancias concurrentes en aquel acto, que acrediten si el agente se produjo o no con la prudencia exigida por la naturaleza de la acción" (*Sentencia de 12 de diciembre de 1959*).

**27. Art. 565: Imprudencia punible.**

"... Cuando un hecho, constitutivo de imprudencia punible, se produce por la concurrencia de actos u omisiones de dos o más personas, la responsabilidad criminal recae sobre todos los que han contribuido al efecto dañoso resultante sin que la culpa de uno excluya la de los otros..." (*Sentencia de 28 de noviembre de 1959*).

**28. Art. 565: Imprudencia punible.**

"... Sea cual fuere doctrinalmente la naturaleza de la pena de privación del permiso de conducir... hoy tiene la condición de pena accesoria conforme al párrafo final del art. 27 del Código penal, reformado por Ley de 24 de abril de 1958..." (*Sentencia de 3 de noviembre de 1959*).

**29. Art. 565: Imprudencia punible.**

"Que la imprudencia simple que sanciona el párrafo segundo del artículo 565 del Código penal no está caracterizada por ir el acto imprudente acompañado de infracción de un precepto reglamentario, cosa que, generalmente, acaece en toda clase de imprudencias, sino por el hecho de que el agente al obrar haya tomado alguna precaución o cuidado, aunque no todo el necesario para prevenir los riesgos de su acción; viniendo así a distinguirse esta imprudencia de la temeraria, según tiene declarado esta Sala, en que en la primera se contempla un sujeto algo diligente o precavido, y en la segunda uno enteramente descuidado que obra con olvido absoluto de las más elementales normas de prudencia que son exigidas en el obrar ordinario para no lesionar el derecho de los demás..." (*Sentencia de 14 de octubre de 1959*).

**30. Art. 565: Imprudencia punible.**

"... La agravación específica de profesionalidad no se produce por la mera condición personal del sujeto activo de la infracción culposa hasta el extremo de que baste que dedique su actividad a la conducción de vehículos de motor para que le corresponda la elevación del castigo, siendo así que la negligencia profesional es un elemento adjetivo y no sustantivo de la propia conducta y cuando ésta no revela una falta de aptitud para la conducción de esa clase de vehículos, aunque merezca ser calificada de imprudente no reclama la aplicación de la penalidad agravada..." (*Sentencia de 30 de septiembre de 1959*).

**31. Art. 7.º de la Ley de 9 de mayo de 1950.**

"... Que la acción realizada por los que abusan de bebidas alcohólicas en ocasión de fiestas tradicionales, juegan con piedras y troncos de árboles de una obra en construcción y en la carretera y se retiran sin cuidarse de si quedaba expedita la vía, con la consecuencia de que, como algunas piedras y una viga impedían parcialmente el tránsito, que, por tanto, no estaba cerrado, sufrió desperfectos una de las dos motocicletas que pasaron por el lugar de autos y que no pudo orillar el obstáculo a causa de la lluvia y mal estado del pavimento, sufriendo sus ocupantes

ligerísimas heridas, constituye aquél un acto voluntario y éste un peligro revelado en el efecto producido, que integran el delito de perturbación grave de la circulación, sancionado por el art. 7.º de la ley de 9 de mayo de 1950..." (*Sentencia de 2 de julio de 1959*).

**32. Ley de 9 de mayo de 1950.**

"Que la disposición administrativa que exime de licencia para conducir vehículos ciclomotores de cilindrada inferior a 75 centímetros cúbicos, contenida en el art. 1.º del Decreto de 19 de diciembre de 1957, posterior al día de autos, priva al hecho realizado por el recurrente del carácter punible que pudiera poseer... por falta de elemento esencial requerido por el art. 3.º de la ley de 9 de mayo de 1950, cual es la exigencia de habilitación legal para conducir..." (*Sentencia de 7 de octubre de 1959*).

**33. Ley de 9 de mayo de 1950.**

"Que el art. 1.º del Código penal es aplicable a todos los delitos definidos en el mismo y en las leyes especiales de ese orden, aunque en alguno de ellos predomine la nota formalista, porque la responsabilidad criminal surge de la voluntad del agente al realizar un acto o incurrir en una omisión legalmente sancionada y quiebra cuando el hecho *prima facie* delictivo, queda despojado de ese matiz por circunstancias expresamente consignadas en la declaración de hechos probados que destruyan la presunción *juris tantum* de voluntariedad, que es principio fundamental en el derecho represivo" (*Sentencia de 18 de noviembre de 1959*).

IGNACIO DÍAZ DE AGUILAR Y DE ELÍZAGA



**D) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

**SUMARIO:** I. *Actos excluidos.* Actos políticos y actos administrativos. La audiencia del interesado en la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958.—II. *Competencia:* A) No son recurribles las disposiciones con rango de Ley. B) No son recurribles las resoluciones que constituyen reproducción de otra anterior consentida. Legislación anterior.—III. *Expropiación forzosa:* A) Indemnización en caso de expropiación parcial. Artículos 23 y 46 de la Ley. Recurso en interés de la Ley. B) Honorarios de peritos en expedientes seguidos con arreglo a la Ley de urgencia de 7 de octubre de 1939. C) Derecho de reversión. Concepto del acto administrativo.—IV *Procedimiento:* Ley de procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889. *Función de los Registros de Entrada.* Nulidad de actuaciones.—V. *Requisas militares:* Criterios de valoración en la tasación de daños y perjuicios.

**I. ACTOS EXCLUIDOS**

**ACTOS POLÍTICOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS. LA AUDIENCIA DEL INTERESADO EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 17 DE JULIO DE 1958**

*Sentencia de 26 de diciembre de 1959.*—En ella se declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra acuerdo del Consejo de Ministros confirmatorio de otro del de Gobernación, por el que se impuso al recurrente una multa de 25.000 pesetas como sanción por haber hecho uso de la palabra, vertiendo conceptos tendenciosos, en una reunión que había sido autorizada como de carácter profesional. Se fundamentaba la sanción en que a causa de la intervención del interesado se convirtió el acto en una reunión de carácter político, que, como tal, trascendió a diversos sectores de la opinión pública y de la prensa extranjera", y se calificó el hecho como infracción de lo dispuesto en el art. 1.º de la Ley de 15 de junio de 1880 (*Gaceta* del 16) (regula el derecho de reunión) y disposiciones complementarias.

La sentencia aborda cuatro problemas, todos de interés, como fundamentos de la inadmisibilidad del recurso: el acto político esencialmente distinto del administrativo, la audiencia del interesado, facultades del Ministro y licitud del acuerdo sancionador.

a) "Si bien la doctrina científica trata de dar esquemas o criterios discriminatorios entre actos políticos y actos administrativos, y a los cuales trata de acogerse el demandante, ello es materia muy debatida y su adopción no se hace necesaria, ya que nos las proporciona nuestra tradición jurídica legislativa y, sobre todo, la Ley vigente de esta Jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956, de inexcusable observancia y acatamiento, en los arts. 1.º y 2.º, apartados 1) y b), respectivamente, y la exposición de motivos que la precede como fuente de Interpretación auténtica, como hecha por el legislador, emplea en el art. 1.º un criterio

positivo y de inclusión, diciendo que "la jurisdicción administrativa conocerá de las pretensiones que se declaren en relación con los actos de la Administración"; pero en el propio precepto se pone ya un límite "que estén sujetos al Derecho administrativo"; el art. 2.º usa a los mismos fines el negativo y de exclusión al expresar "no corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa... las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno", y, por último, esta Ley, en su motivación a idénticos propósitos delimitativos, dice: "creada la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones que se susciten respecto de los actos sujetos al Derecho administrativo, sus límites están determinados normalmente por la esencia de esta rama del Derecho, en cuanto parte del ordenamiento jurídico"; sigue diciendo, que entre las excepciones se incluyen los actos políticos que no son una especie del género de los actos administrativos, sino esencialmente distintos; de lo cual ha de inferirse que en el Derecho español vigente, la obligada e inequívoca orientación para conocer la naturaleza del acto que se contempla es la de la rama del Derecho que le dió vida y actuación, y si esto es así, no puede ponerse en tela de juicio que se está en presencia de un acto político, ya que el impugnado se acogió y desarrolló al amparo de la Ley de Reuniones, por esencia política hasta en su espíritu, ya que nació para desarrollar el art. 13 de la Constitución de 1876, y hoy sigue formando parte de nuestro sistema jurídico-político, establecido en el Fuero de los Españoles, y ello es de tal evidencia que rebasa de otras muchas consideraciones que abonan esta tesis, como sería la de que el propio demandante sostiene sus pretensiones sobre un soporte legislativo eminentemente político (Ley de Reuniones, Ley de Orden público, Fuero de los Españoles), todo lo que determina la procedencia de la inadmisibilidad del recurso en este aspecto, por carecer de competencia esta jurisdicción para conocer del fondo de la cuestión debatida".

b) "Alegada infracción de procedimiento por falta de la previa audiencia del sancionado, con violación del elemental principio de Derecho, no desmentido en nuestro sistema jurídico, de que nadie debe de ser condenado sin ser oído, procede examinarla. A estos fines se ha de destacar, que si bien el art. 91 de la Ley de Procedimiento vigente, en relación con los 134 al 137, establecen una serie de garantías especiales para la imposición de sanciones, contemplan siempre un acto netamente administrativo, una sanción de la misma índole y un proceso de la misma naturaleza, que no puede ni debe cubrir el rito de otra clase de actos fuera del área a que se refieren y tan distintos como los políticos, que, en su aspecto sancionador, tengan el suyo propio y específico, como ocurre en este caso en que la Ley de Orden público establece el procedimiento, dando un recurso ante el Consejo de Ministros, donde el sancionado puede ser oído, como lo fué el recurrente, que hizo cuantas alegaciones estimó conducentes a su exculpación, lo que demuestra que se cumplió el principio que se decía infringido de esta primaria garantía; pero es más, el art. 1.º de la Ley de Procedimiento administrativo, de

17 de julio de 1958, ya dejaba a salvo procedimientos sancionadores a los que no sería de aplicación lo dispuesto en el capítulo II del título 6.º de la Ley, y estas excepciones han sido desarrolladas en el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 10 de octubre de 1958, en cuyo apartado 14 del art. 1.º se declara vigente el procedimiento de imposición de multas de la Ley de Orden público; y es que *así como en los actos administrativos, en general, el trámite de audiencia es previo a la sanción, en los políticos e incluso en algunos administrativos es posterior, pues su naturaleza requiere un carácter ejecutivo previo para no ser ineficaz, y cubrir una primera fase de ejecución que restablezca el orden jurídico presuntamente perturbado, pero no supone la abrogación del principio: doctrina ésta que no contradice la de la copiosa jurisprudencia alegada, que si tiene que suscribirse en relación con los casos que resuelve, no es aplicable a caso tan desemejante como el contemplado típicamente político y aquéllos puramente administrativos.*"

c) "Se alegó que la legislación vigente y aplicable la constituían la Ley de Orden público de 28 de julio de 1933, el Fuero de los Españoles y el Decreto de 18 de octubre de 1945, que sólo facultan al Ministro para sanciones no superiores a 5.000 pesetas, como establece el art. 18 de la primera, declarada vigente por el Fuero y preámbulo del Decreto dicho; pero para sostenerlo se olvida que el Decreto-ley de 16 de febrero de 1937 elevó la cuantía de las multas hasta 50.000 pesetas, al hacerse cargo del orden público las Autoridades Militares, y luego al irse traspasando de nuevo a las Civiles, entre otras disposiciones, por la Ley de 2 de septiembre de 1941, se cuidó el legislador de que en este particular no se derogase el Decreto-ley citado, antes al contrario, en su art. 7.º se consigna que el Ministro de la Gobernación podrá imponer hasta el límite que aquél prevenía, y si es cierto que el Fuero de los Españoles no derogó la Ley de Orden público, y mucho menos el Decreto de 18 de octubre de 1945, al aludir a su vigencia se refieren también a la nueva redacción que ya tenía el art. 18 de la Ley en este extremo, y ello como se ha dicho, por imperativo de la de 2 de septiembre de 1941, de donde se concluye que el Ministro de la Gobernación se mantuvo en los límites correctivos de las normas legales."

d) "Por propio reconocimiento del demandante se afirma que se obtuvo el permiso para celebrar una comida de carácter profesional, y que en ella fueron tratados puntos de vista típicamente políticos, desviando así la naturaleza del acto que, desde ese momento, carecía de legitimación en cuanto a su celebración, que hubiera exigido autorización previa para este fin, como dispone la citada Ley de Reuniones y las reglas 1.ª y 6.ª de la Orden de 20 de julio de 1939, ratificada por las de 18 de abril y 9 de mayo de 1940, que exigen conocimiento por la Autoridad del tema a tratar, y oradores que han de intervenir, extremos incumplidos que dan legitimidad y causa al acuerdo impugnado, y le imprimen licitud, ya que fué una actividad ministerial desplegada en el ejercicio de sus potestades, limitando o condicionando el ejercicio del derecho político de reunión, para velar por el bien público, mediante el

ejercicio de un poder sancionador, reacción genérica justificada contra el abuso de un derecho, que para actuarse tiene unas normas de obligado cumplimiento."

## II. COMPETENCIA

### A) NO SON RECURRIBLES LAS DISPOSICIONES CON RANGO DE LEY

*Sentencia de 3 de octubre de 1959.*—En recurso interpuesto por industriales, fabricantes de harinas de determinada provincia, contra resolución del Ministerio de Agricultura, sobre revalorización de existencias en poder de aquéllos, con arreglo al Decreto-ley de 31 de mayo de 1957, la Sala, después de analizar la naturaleza y rango de las distintas normas de derecho objetivo en nuestro ordenamiento jurídico positivo, recoge, entre los fundamentos del fallo que declara la inadmisibilidad del recurso, la siguiente doctrina:

"A diferencia de las disposiciones reglamentarias que están sometidas a la función revisora de los Tribunales de lo contencioso, aun dictadas con carácter de generalidad, según el art. 39 de la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956, en cambio, las Leyes, de cualquier clase que sean, no pueden ser objeto de impugnación ante los Tribunales, no existiendo, como no existen en nuestro país, los llamados de Garantías Constitucionales, no siendo materia propia del recurso contencioso-administrativo las disposiciones legislativas, según lo dispuesto en el art. 1.º de la Ley de la Jurisdicción y doctrina de este Alto Tribunal, en sentencias, entre otras, las de 23 de noviembre de 1940, 16 de abril de 1948 y 13 de enero de 1958."

### B) NO SON RECURRIBLES LAS RESOLUCIONES QUE CONSTITUYEN REPRODUCCIÓN DE OTRA ANTERIOR CONSENTIDA. LEGISLACIÓN ANTERIOR

*Sentencia de 24 de octubre de 1959.*—En el recurso a que este fallo se refiere, la entidad "Industria M." S. A., pretendía la anulación del acuerdo emitido por el Establecimiento Central de Intendencia del Ministerio del Ejército, con fecha de 23 de agosto de 1954, desestimatorio de la instancia elevada por la Sociedad recurrente el 10 del propio mes, en súplica de que se reconsiderase y dejara sin efecto la sanción de pérdida de la fianza definitiva constituida a fin de garantizar el suministro de 300.000 metros de tela caqui para camisas de tropa, que le fué adjudicado en virtud de concurso urgente, celebrado el 27 de noviembre de 1952; acuerdo cuya parte dispositiva se concreta a expresar la imposibilidad en que se encuentra dicha Dependencia militar de levantar una sanción "acordada y ejecutada", aludiendo a otro acuerdo, precedente inmediato y categórico del ahora impugnado, cual es el que dictó el Coronel Director del citado Establecimiento Central de Intendencia, con

fecha 22 de julio de 1953, notificado mediante oficio núm. 7.380, que, fundándose en el motivo de no haber entregado la Empresa contratista, dentro del plazo convenido, la totalidad del artículo objeto de la adjudicación, y de existir, por tanto, incumplimiento de contrato, aplicó a la misma la sanción de pérdida de la fianza definitiva depositada por importe de 157.240 pesetas; acuerdo éste contra el que no interpuso recurso ni formuló reclamación alguna, hasta que al proceder a su ejecución, interesando al efecto el Establecimiento Central de Intendencia de la Delegación Central de Hacienda, en oficio núm. 7.494, de 3 de julio de 1954, el ingreso del importe de la sanción en Recursos eventuales del Tesoro, la Entidad sancionada actualizó el asunto a través de la instancia que vino a desestimar el acuerdo aquí combatido."

El Tribunal estima la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el Abogado del Estado, a tenor del art. 4.º núm. 5 del texto refundido de 8 de febrero de 1952, vigente cuando se dictó el acto administrativo.

La parte sustancial de la fundamentación del fallo es como sigue:

"El estudio de las actuaciones patentiza que el supuesto litigioso se halla excluido del ámbito de esta Jurisdicción, por cuanto el acuerdo de 23 de agosto de 1954 se limitó a confirmar declarándolo irrevocable, el de 22 de julio de 1953, consentido por la Empresa interesada y llevado a ejecución mediante el cumplimiento de los trámites ordenados por la legislación fiscal, según pone de relieve el oficio núm. 7.494, de 3 de julio de 1954, precedentemente aludido; habiendo, por otra parte, declarado la jurisprudencia de este Tribunal, en sentencias de 3 de marzo de 1949 y 8 de febrero de 1954, que la resolución dictada en ejecución de otra anterior consentida es virtualmente reproducción de ésta, y que la de contenido idéntico a otra precedente notificada al actor sin que el mismo entablara el recurso adecuado, no es susceptible de impugnación en esta vía, aunque aquél realizara gestiones de diversa índole para enervar su eficacia que no eran aptas conforme a las normas de procedimiento vigentes para evitar que adquiriese la cualidad de consentida."

### III. EXPROPIACION FORZOSA

#### A) INDEMNIZACIÓN EN CASO DE EXPROPIACIÓN PARCIAL. ARTS. 23 Y 46 DE LA LEY. RECURSO EN INTERÉS DE LA LEY

*Sentencia de 26 de septiembre de 1959.*—Dictada en recurso interpuesto por la Abogacía del Estado con arreglo al art. 101 de la Ley reguladora de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, establece la siguiente doctrina sobre la procedencia de indemnización en los casos comprendidos en el art. 23 de la de Expropiación de 16 de diciembre de 1954:

"La cuestión, sometida como único motivo del expresado recurso, estriba en determinar si el Jurado Provincial de Expropiación ha aplicado en forma pertinente el art. 46 de la vigente Ley sobre la materia,

como hizo en el octavo considerando de su Acuerdo, para incrementar el justiprecio, mediante la inclusión de una indemnización equivalente al 10 por 100 del valor de los terrenos, por los perjuicios derivados de ser parcial la expropiación, y, a tales fines, es manifiesto el error sufrido por el Jurado Provincial de Expropiación de Sevilla, ya que claramente dispone el art. 23 del la Ley, que, "cuando la expropiación implique sólo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, de tal modo que, a consecuencia de aquélla, resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, podrá éste solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca, debiendo decidirse sobre ello en el plazo de diez días", y el art. 46 ordena que, si la Administración rechazara la expropiación total, "se incluirá en el justiprecio la indemnización por los perjuicios que se produzcan a consecuencia de la expropiación parcial de la finca", de donde se deduce que, para que pueda imponerse obligatoriamente a la Administración el deber de indemnizar en estos casos, será preciso que se produzcan como requisitos previos indispensables, que resulte antieconómica la explotación del resto de la finca que no se expropie, que el propietario solicite de la Administración que la expropiación sea total y que tal petición sea rechazada, y, como quiera que ninguno de estos supuestos se han dado en el caso presente, es vista la improcedencia de hacer aplicación del mencionado artículo 46 al caso debatido, y si bien es verdad que pudo dicho Jurado Provincial, en uso de la facultad que el art. 43 de la misma Ley le concede, valerse del criterio estimativo que juzgase más adecuado, teniendo en cuenta al fijar el justiprecio los elementos que considerara más pertinentes, es indudable que ha dado una interpretación inadmisibile al precepto legal que cita, y ha hecho una aplicación del mismo que no se ajusta a su espíritu ni a su letra."

"En mérito de lo expuesto, procede, en cumplimiento de lo preceptuado en el núm. 4.º del art. 101 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, dejar fijada en la forma expuesta la doctrina legal correspondiente, ya que en la sentencia recurrida sólo se estima como mero error de cita, sin trascendencia legal, la invocación que el acuerdo impugnado hace de los preceptos de referencia, lo cual no se ajusta al sentido y alcance del considerando de la resolución administrativa, por lo que, *respetando la situación jurídica particular derivada del fallo apelado, debe declararse, a los efectos de fijación de la doctrina legal, la violación, por aplicación indebida, en el fallo del Jurado de Expropiación recurrido, del art. 46, en relación con el 23 de la Ley, por no darse los supuestos comprendidos en este último, que son requisitos indispensables para que sea obligatoria la indemnización que otorga al propietario el art. 46 mencionado.*"

B) HONORARIOS DE PERITOS EN EXPEDIENTES SEGUIDOS CON ARREGLO  
A LA LEY DE URGENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1939

*Sentencia de 31 de octubre de 1959.*—Por ella se desestima recurso dirigido a conseguir la revocación del acto administrativo de desestimación, por silencio administrativo, del de alzada interpuesto por la parte actora, ante el Ministerio del Aire, contra resolución de la Dirección General de Aeropuertos por la que se denegó la petición de pago por la Administración, de honorarios reclamados por los recurrentes, por su intervención como peritos designados por la propiedad, en el expediente de expropiación de terrenos para ampliación de la base aérea de Morón de la Frontera (Sevilla).

La cuestión planteada se concreta sustancialmente en dilucidar si los peritos, Ingenieros Agrónomos, designados por los propietarios de los terrenos afectados por el aludido expediente de expropiación, tramitado bajo el imperio de la Ley de 7 de octubre de 1939, tienen o no derecho a que les sean abonados *por la Administración* los honorarios causados por trabajos realizados antes de levantarse el acta previa a la ocupación del inmueble, prevista en el art. 4.º de la citada disposición legal. (Véase art. 25 de la Ley básica de 10 de enero de 1879).

El fallo desestimatorio del Supremo se apoya en los siguientes razonamientos:

“La Ley de 7 de octubre de 1939, reguladora de un procedimiento de urgencia, en los casos que por su carácter requieran rapidez, no tiene, en esencia, otra finalidad que la de abreviar y simplificar el procedimiento expropiatorio, hasta llegar a la ocupación del inmueble, pero una vez ésta alcanzada, el expediente, en armonía con el art. 9.º, se continuará por los trámites de la legislación ordinaria, que no son otros que los periodos tercero y cuarto que establece la Ley de 10 de enero de 1879 y en la tramitación del expediente, la Ley de 1939 prescinde de todo cuanto la anterior prescribía, en orden a la designación de peritos, para el segundo periodo, omisión que no constituye laguna del legislador que haya necesidad de suplir, porque, siendo su propósito el rápido diligenciamiento para la ocupación del inmueble, sus artículos tercero y cuarto preveían las garantías de tal acto, ordenando, en síntesis, se haga público el acuerdo de ocupación, el día señalado para levantar las oportunas actas previas, advirtiéndose a los propietarios afectados, deben concurrir con los documentos acreditativos de sus derechos, último recibo de la contribución, y que, a dicho acto, podrán acompañarse de peritos y de notario, y todas estas modalidades patentizan, de modo indudable, que la Ley de Urgencia, precisamente por imprimir rapidez al camino de la ocupación, ha prescindido de numerosos trámites, entre otros el de la obligada designación de peritos, incluso para el levantamiento del acta previa en la ocupación, sin que ello implique, como se apunta de contrario, que se coloque al particular frente a la Administración en un grado de inferioridad.”

"Los propios términos del último párrafo del artículo cuarto de la Ley de 7 de octubre de 1939, al terminar, refiriéndose al levantamiento del acta previa, que los interesados podrán acudir a este acto acompañados de peritos y tendrán derecho a requerir, a su costa, la presencia de un notario, revela incuestionablemente, que el derecho de ser designados unos peritos para que acompañen al propietario constituye el ejercicio de una facultad potestativa concedida al propietario, y no el cumplimiento preceptivo de una obligación legal, de la que pueda derivarse derecho alguno a exigir a la Administración el abono de los honorarios devengados por un servicio técnico, requerido por un particular para su ilustración o consejo y no impuesto por norma legal alguna."

"Tampoco puede deducirse consecuencia alguna favorable a la pretensión de los demandantes, como éstos pretenden, del hecho de que en el propio párrafo último del artículo cuarto de la Ley de 7 de octubre de 1939 se consigna expresamente que "tendrán derecho a requerir a su costa la presencia de un notario", mientras que refiriéndose a los peritos no dice expresamente sea a costa de los propietarios, pues cualquiera que sea el alcance que quiera darse a tal diferencia de expresión, es claro que ello no priva a dicha intervención de los peritos del carácter potestativo de su designación por los propietarios, y, por tanto, de la posibilidad de utilizar o no sus servicios facultativos, que en caso afirmativo habrían de ser remunerados por quienes los reclaman y utilizan, sin que en ningún concepto pueda recaer tal obligación sobre la Administración, que ni los designa, ni impone su nombramiento e intervención, en ningún momento anterior a la ocupación del inmueble."

"Que carece de toda consistencia el argumento aducido, de que, por estar expresamente dispuesto que una vez efectuada la ocupación de las fincas, se entrará en los periodos tercero y cuarto y serán de cuenta de los interesados los honorarios de los peritos, ha de entenderse que toda intervención anterior se realiza por cuenta de la Administración, porque tal criterio sería acertado, sobre la base de que la expropiación y sus trámites se ajustara a la Ley de 1879, pero no cuando, como en el caso presente, la norma aplicable es la de 7 de octubre de 1939, que suprime los periodos primero y segundo, simplificando los trámites para llegar con rapidez a la ocupación, trámites en los que no tiene ninguna obligada intervención un perito de la propiedad, aunque sí pueden asistir al levantamiento de acta previa, si los propietarios los requieren, y tomar los datos de las fincas a expropiar, por lo que tales servicios, como ya se deja dicho, al ser prestados a petición y por cuenta de un particular y en su exclusivo interés y beneficio, no crean ningún vínculo entre ellos y la Administración, por virtud del que venga ésta obligada a satisfacer los honorarios devengados en el desempeño de tales servicios."



## C) DERECHO DE REVERSIÓN. CONCEPTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

*Sentencia de 6 de noviembre de 1959.*—Al remitir el Ministerio del Aire al Presidente del Tribunal Supremo, con motivo de otro recurso contencioso interpuesto por los actores, determinado expediente relacionado con la adquisición de terrenos destinados al aeródromo de "El Coperero" (Sevilla), se decía en la comunicación cursada:

"... en el que se incluye el informe emitido por el Estado Mayor, significándole que por las razones que se exponen en el mismo, *en ningún momento se ha pensado por este Ministerio en el abandono del referido aeródromo y, por tanto, de los terrenos del mismo que ahora se solicitan.*"

El recurso que en esta sentencia se examina, analiza y desestima fué interpuesto contra la citada comunicación, llamada acuerdo por los recurrentes, que formularon dos pedimentos: que se deje sin efecto este denominado acuerdo y que se reconozca a su favor el derecho de reversión del terreno, por haberse dedicado a fines agropecuarios lo que se vendió para los de defensa nacional.

La Sala, previamente a la desestimación del recurso, niega que la citada comunicación del Ministerio constituya un acto administrativo, y expone la doctrina que se transcribe sobre el derecho de reversión.

"El impugnado sedicente acuerdo no es propiamente un acto administrativo porque, siendo éste la conducta voluntaria de un órgano de la Administración, en ejercicio de un poder público, de la que resulta la aplicación de normas jurídicas a un caso concreto, está en su contenido clara la comunicación de 18 de abril de 1957, que dirige el Ministerio del Aire al Presidente de este Alto Tribunal, en contestación a otra de la Presidencia de 28 de marzo anterior, en la que se le reclamaban los expedientes relacionados con la adquisición y utilización del aeródromo "El Coperero", Sevilla, para poder tramitar el recurso jurisdiccional deducido por los actores, y la comunicación del Departamento aludida, se limitaba a dar cuenta de los expedientes que se pedían y, en definitiva, a remitir uno de ellos, según explica, "en las condiciones en que se encuentra", añadiendo por su cuenta que, en él, se incluye el informe emitido por el Estado Mayor, y que por las razones que contiene significa al Presidente del Tribunal que en ningún momento se ha pensado por el Ministerio en el abandono del referido aeródromo, ni de los terrenos del mismo que solicitan los señores O. de M., con lo que queda comprobado que el Departamento del Aire, en esa comunicación, a la que llaman acuerdo los actores, no se propuso aplicar normas jurídicas, sino expresar un pensamiento opuesto al abandonismo de "El Coperero", ni menos aplicarlas a un caso concreto, sino sencillamente decirle este pensamiento al que le reclamaba los expedientes, sin ánimo entonces de ejercitar el poder público un acto administrativo de aplicar la norma general a un caso particular, esto es, la norma abstracta a un caso concreto, en la amplísima facultad de estimación y decisión, porque es una decisión

en definitiva lo que constituye el acto administrativo, y la comunicación que se recurre es una simple operación administrativa, que al expresar innecesariamente un pensamiento de la Administración, no puede reputarse, ni acto administrativo, ya que no define situaciones jurídicas individuales o determinadas, mediante la aplicación de normas, ni llamarse siquiera acuerdo, como no sea en el sentido de cumplir lo que se le interesó sobre remisión de los expedientes."

"El segundo pronunciamiento que interesan los actores consiste en que se les reconozca el derecho de reversión total del predio rústico, de acuerdo con lo determinado por el art. 54 de la vigente Ley de Expropiación forzosa o, alternativamente, el de reversión parcial del inmueble expropiado en cuanto a la extensión superficial que el Ministerio del Aire dedique a fines agropecuarios, que es lo que la ciencia jurídico-administrativa denomina derecho de readquisición o bien derecho de reexpropiación, y que, en suma, se trata del derecho de hacer revocar la expropiación que, como ella, pertenece a la órbita del Derecho público; pero para que sea eficaz el ejercicio de este derecho es preciso que el inmueble expropiado no se emplee en realidad para la empresa pública, bien por no necesitar el inmueble, bien por no haber hecho uso de él, con lo que desapareció el interés que motivó la expropiación, ya que, mientras declara que ese interés público o social exige esta o aquella finca, la reexpropiación, regulada en el Derecho positivo, exige, en cambio, que el inmueble en cuestión haya quedado libre por el hecho de que la empresa pública que lo reclamaba no lo llevó a fin, a ejecución, o no lo empleó, para su servicio, y ese derecho de recobro de lo expropiado se estableció ya en la antigua Ley de 10 de enero de 1879, en su art. 43, redactado de nuevo por la de 24 de julio de 1918, en cuya virtud en caso de no ejecutarse la obra que hubiese exigido la expropiación o si no obstante haberse ejecutado resultare alguna parcela sobrante, así como cuando quedaran las fincas expropiadas sin aplicación por no haberse terminado el objeto de la expropiación forzosa, entonces el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar lo expropiado en las condiciones que expresa, y esa preceptiva de la vieja Ley pasó a la hoy vigente de 16 de diciembre de 1954, en su art. 54, que establece concretamente cuatro causas que originan el derecho de recobro, y son: a), si no se ejecutare la obra que motivó la expropiación; b), si no se estableciera el servicio que la motivara; c), si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, y d), si desapareciera la afectación. Esas causas originarias del derecho de reversión a favor del dueño primitivo o sus causahabientes habrán de ser ejercitadas para poder ejercer tal derecho en el plazo de un mes, a contar desde la fecha en que la Administración hubiera notificado la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público, o desde que el particular comparezca en el expediente dándose por notificado, por lo que debe la pretensión aludida de los actores, señores O. de M. recurrentes, ser examinada y contrastada con esos ordenamientos, a fin de poder resolver con acierto sobre su procedencia."

"El derecho de reversión de los terrenos expresados arranca, según la demanda, de lo que la Ley llama desaparición de la afectación de los terrenos a las obras y servicios del Ministerio del Aire, que fueron motivos causales de la expropiación, pues sostiene dicho escrito que los terrenos fueron expropiados para instalar en ellos un aeródromo y una escuela elemental de pilotos y que al haberse acordado el estacionamiento de dicha escuela elemental en la Base Aérea de Granada, y el haber destinado el Ministerio dichos terrenos a fines industriales agropecuarios, distintos de los de defensa nacional, se está en el caso de desafectación, que la Ley de Expropiación forzosa vigente consigna, para que los dueños primitivos recobren la totalidad o parte sobrante de lo expropiado, previo el abono del justo precio a la Administración; pero al valorizar los elementos, que como prueba se han aportado al pleito, se esclarece en forma indudable que la Base Aérea de "El Copero", en aquellos terrenos estacionada, no ha quedado nunca desguarnecida."

"Los actores, para poder con éxito solicitar la reversión, habían de partir de un acto administrativo que declarara la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público, o en cuanto a las partes sobrantes de las que resultaran determinadamente después de cumplidas obras y servicios públicos y ese acto administrativo, con garantías de tal, no existe en el pleito, ni consta con claridad ante el silencio se haya denunciado la mora, en forma, de la Administración, por los actores, y está bien terminante el art. 55 de la Ley expropiatoria, al ordenar que, el plazo para ejercitar el derecho de reversión será de un mes, a contar desde la fecha en que la Administración hubiere notificado a los dueños su resolución, o desde que ellos comparezcan dándose por notificados, y ya hemos visto, en este caso, que no hay acto administrativo y que el que llaman acuerdo, de 18 de abril de 1957, carece de tal carácter; y todo ello sin necesidad de argumentar sobre la voluntariedad de la compra-venta conforme a la escritura referida, de 14 de septiembre de 1942, sobre los dieciséis años que hace consta inscrita la finca en favor del Ministerio del Aire, periodo, singularmente los cinco años últimos, durante el cual el valor de valuta dineraria ha descendido de tal suerte que recuerda la necesidad, en casos reversionables y análogos, de aplicar las llamadas leyes de emergencia, la cláusula *rebus sic stantibus* de viejo abolengo, y, finalmente, sin pararnos tampoco a considerar que los bienes destinados a la defensa del territorio son bienes de dominio público, mientras sirven para esa defensa y seguridad, y así lo manda el art. 339 del Código civil, por lo que *la apreciación de si están o no desafectados a tales servicios eminentes, de si resultan o no sobrantes de los terrenos que a ellos fueran afectados es función privativa de la Administración castrense, que lo declarará, bien de oficio o a requerimiento interesado, y esa declaración no puede ser sustituida por estimación de particulares, cuyo deber, en todo caso, es pedirla y provocarla.*"

## IV. PROCEDIMIENTO

LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 19 DE OCTUBRE DE 1889.  
FUNCIÓN DE LOS REGISTROS DE ENTRADA. NULIDAD DE ACTUACIONES

*Sentencia de 15 de octubre de 1959.*—En un expediente de expropiación forzosa incoado en la Región Aérea Central, por uno de los propietarios, en su nombre y en representación de los demás, se interpuso dentro de plazo recurso de alzada ante el Ministerio contra acuerdo de la Autoridad inferior fijando el justiprecio. El escrito-recurso fué devuelto al interesado por el encargado del Registro del Ministerio del Aire, quien entendió que no era reglamentario al no resultar acreditada la representación de los demás propietarios, por lo que debía ser reproducido acompañando el oportuno poder notarial o limitarse el interesado a interponer el recurso en su propio nombre. El recurso de alzada fué en definitiva desestimado por haber sido producido después de transcurrir el plazo legal hábil para ello.

Contra dicha resolución se interpone el presente recurso contencioso, instando su revocación y que se declare la nulidad de lo actuado en el expediente administrativo desde la antes aludida devolución a los recurrentes del primitivo escrito que contenía el recurso de alzada.

El Supremo lo estima, declarando no ser conforme a derecho la resolución combatida, así como la nulidad del expediente a partir del momento en que se cometieron las infracciones que más adelante se concretan, todo ello a tenor de lo dispuesto en los arts. 83, núm. 2 y 84, apartados a) y b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956.

Fundamentos del fallo:

“Con arreglo a lo dispuesto en el art. 2.º, número primero de la Ley de 19 de octubre de 1889, que estableció las normas de procedimiento, a las cuales ha de ajustarse la actuación de los diferentes departamentos ministeriales y que debe estimarse aplicable al caso, en razón de la fecha en que se dictó el acto administrativo recurrido, anterior a la vigencia de la nueva Ley de Procedimiento administrativo, la función encomendada al Registro de Entrada de documentos, consiste en anotar su presentación y pasarlos en el mismo día al Negociado a que corresponda su conocimiento, *sin que en dicho precepto, ni en otro alguno, se le atribuya potestad para resolver acerca de cuestiones tan importantes, en orden al derecho puesto en ejercicio mediante un recurso, cuales son las que afectan a la personalidad del recurrente, el carácter con que comparece y la validez o ineficacia del recurso que se esgrime*, las cuales pueden constituir incidencias de marcada trascendencia dentro del procedimiento y, por lo tanto, son materia reservada a la competencia de la Autoridad, a quien le está atribuida la misión específica de resolver el fondo del asunto de que se trate, autoridad que en el caso sometido a estudio no puede ser otra que el Ministerio del Aire, habida cuen-

ta de que el recurso de alzada que el actor F. V. promovía, iba dirigido contra una resolución del General Jefe de la Región Aérea Central y, por consiguientes, constituye una de las atribuciones que al expresado Ministro, le corresponden con arreglo al art. 14, número séptimo, de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, fecha 26 de julio de 1957."

"Como consecuencia de lo que antecede es visto que mediante la devolución del escrito anteriormente expuesta, al igual que con la omisión de la oportuna constancia de su presentación en el expediente administrativo, se han infringido los preceptos legales que se dejan invocados, dando lugar, con ello, a la nulidad de lo actuado, por aplicación del principio de general observancia, contenido en el art. 4.º del Código civil, según el cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, excepto cuando esta misma Orden ordene su validez, nulidad que resulta tanto más adecuada cuando, como acontece en el presente caso, se ha producido indefensión para una de las partes en el expediente administrativo."

## V. REQUISAS MILITARES

### CRITERIOS DE VALORACIÓN EN LA TASACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

*Sentencia de 3 de octubre de 1959.*—Al cesar la ocupación, por el Ejército, de un edificio destinado a cinematógrafo, la propiedad del mismo solicitó de la Comisión Provincial de Valoración de Requisas, el abono de determinada cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Valorados éstos en cuantía muy inferior e interpuesto por el interesado recurso de alzada, que el Ministerio desestimó, se acudió por el recurrente a la vía contenciosa administrativa por entender que era irrisoria la cuantía señalada para la indemnización a la que se había llegado a base de los precios del año 1936, y, además, porque en la resolución de la alzada no se recogía la parte de la reclamación relativa a indemnización de perjuicios por lucro cesante, ocasionadas por la inmovilización de la industria durante el lapso de tiempo que duró la ocupación del local.

La cuestión planteada en el litigio se concretaba, pues, en la discordancia del recurrente con la tasación de los daños a base de los precios que regían en la fecha de comienzo de la requisita y en la reclamación del lucro cesante no tenido en cuenta por la resolución del Ministerio del Ejército, objeto del recurso, al que el Tribunal Supremo declara no haber lugar, previos los siguientes fundamentos:

"Sobre el primer punto debatido, tanto el artículo segundo del Real Decreto de 1 de diciembre de 1917, que regula los servicios de requisición y estadística, al que da fuerza de Ley la de 29 de junio de 1918, como el artículo 25 y el 157 del Reglamento de 13 de enero de 1921, claramente hacen referencia a la tasación objetiva de la cosa requisada en el estado y valor del momento de la incautación, especificando tex-

*tualmente la primera parte del párrafo cuarto del citado art. 157 que "se tendrá en cuenta, empero, que la indemnización ha de limitarse al valor de ocupación u objetiva en el momento en que se efectúa", disposición a la que se ajustó totalmente la resolución del Ministerio de 31 de julio de 1958, hoy recurrida."*

"Sobre la reclamación del aleatorio posible beneficio en la utilización de la industria cinematográfica, como se indica en autos, aparece una manifiesta negligencia por parte de los propietarios o de la administración judicial de los bienes embargados, para responder de la responsabilidad de su dueño, entonces encartado por delitos políticos; que a su debido tiempo no retiraron los aparatos de cine y demás utensilios de ningún valor para el Ejército, y por cuya falta de utilización en ese o en otro local, no fueron pedidos perjuicios en la primera reclamación administrativa dentro del plazo legal señalado en la Ley de 9 de marzo de 1940."

"La nueva Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, en su sección segunda del capítulo VIII, dedicado a las requisas militares, dice en el párrafo primero de su artículo 105, que "toda prestación por requisa da derecho a una indemnización por el servicio prestado del valor "objetivo" de lo requisado, o de los daños y desperfectos que por su causa se produzcan", que está completamente de acuerdo con los artículos antes citados de la Ley de 29 de junio de 1918 y del Reglamento de 31 de enero de 1921, y con los razonamientos antes expuestos, y de donde se deduce que, además del precio de arrendamiento ya pagado y la cantidad reconocida por los daños y perjuicios del deterioro de edificios, máquinas y utensilios, no existe la obligación de abonar ninguna otra indemnización por el lucro cesante a que se refiere la última petición del recurrente."

OLEGARIO GONZÁLEZ GARCÍA

**E) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA  
EN MATERIA DE PERSONAL (Sala 5.ª)**

**SUMARIO:** I. *Ascensos. Escala complementaria:* Se concederán por rigurosa antigüedad y "siempre con ocasión de vacante" producida en los empleos superiores, siempre que los interesados reúnan las condiciones y circunstancias exigidas en la Ley de 14 de octubre de 1942.—II. *Derechos pasivos de los "separados del servicio":* A) Para la obtención de derechos pasivos es requisito ineludible que el interesado haya sido "jubilado" o "retirado". B) Necesidad de la previa declaración administrativa de jubilación o retiro para obtener la de derechos pasivos: la Ley constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 en relación con el Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926. C) El precepto contenido en el artículo 94 del Estatuto de Clases Pasivas, implica una nueva causa de retiro. Tienen derecho a las pensiones extraordinarias.—III. *Derechos pasivos. "Sueldo regulador":* Ha de regularse la pensión de retiro por el mayor sueldo disfrutado durante dos años por el funcionario, aunque lo fuese en empleo distinto del efectivo que ostentara en la escala profesional.—IV. *Edad de retiro o jubilación. Derechos adquiridos:* La determinación de la edad legal de retiro, en un Cuerpo de la Administración, es función privativa de ésta, no pudiendo originar lo que en un momento se establezca a este respecto, derechos adquiridos por el funcionario.—V. *Expedientes gubernativos:* Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo de separación recaído en expediente gubernativo incoado con arreglo al art. 1.011 del Código de Justicia Militar.—VI. *Hojas de servicios:* Valor y efectos de las anotaciones consignadas en ellas en relación con el Decreto de 30 de enero de 1953, como justificación de haber tomado parte en la Campaña de Liberación.—VII. *Medalla de Sufrimientos por la Patria:* Interpretación del apartado c) del art. 6.º del Reglamento de 11 de marzo de 1941: "no basta que el militar resulte con heridas o lesiones sufridas en acto de servicio, por un accidente de cualquier clase".—VIII. *Mesadas de supervivencia:* Su incompatibilidad con toda pensión o derecho a ella. Es requisito imprescindible para que puedan producirse, que el funcionario fallecido no haya causado derecho a pensión o creado la facultad potencial a su percibo.—IX. *Ordenes "comunicadas"...*: "No producen efectos jurídicos de carácter general, mientras no se acredite su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".—X. *Pensiones alimenticias:* No tienen derecho a ellas las esposas de las clases de tropa que causan baja en el cuerpo en virtud de resolución adoptada en vía gubernativa.—XI. *Pensiones extraordinarias de retiro:* A) En las reguladas por la Ley de 13 de diciembre de 1943, no es aplicable el art. 23 del Estatuto que exige veinte años de "servicios efectivos" para tener derecho a los abonos que en el mismo se indican. B) Ambito de aplicación del párrafo 1.º del art. 4.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943: todos los militares —incluidas las clases de tropa— que en lo sucesivo se incapaciten notoriamente para el servicio, sin culpa o negligencia y sin derecho a ingreso en el Cuerpo de **Mutilados**.

I. ASCENSOS. ESCALA COMPLEMENTARIA

Se concederán por rigurosa antigüedad y "siempre con ocasión de vacante", producida en los empleos superiores, siempre que los interesados reúnan las condiciones y circunstancias exigidas en la Ley de 14 de octubre de 1942.

*Sentencia de 30 de septiembre de 1959.*—La cuestión debatida en el litigio es la de determinar "si los Jefes y Oficiales pertenecientes a la Escala complementaria del Ejército, deben ser ascendidos al empleo inmediato tan pronto como cumplan el tiempo de permanencia en su empleo actual y se haya producido el ascenso por antigüedad del que en la Escala activa siguiera al solicitante en el escalafón —tesis ésta que se defiende en la demanda—, o si, como afirma la Administración, se requiere, además, la existencia de vacante y ajustarse a rigurosa antigüedad".

En el fallo triunfa la tesis de la Administración, con motivo del recurso interpuesto por un Comandante de Infantería (E. C.) contra Orden del Ministerio del Ejército que le denegó el ascenso al empleo superior.

En los Considerandos de la sentencia se exponen con claridad y concisión los fundamentos del fallo en la siguiente forma:

"Creada la Escala complementaria mediante el Decreto de 12 de mayo de 1938, se dispuso por el art. 4.º, que los integrantes de la misma, excepto los Coroneles "podrán" ascender en ella una sola vez, siempre que tengan cumplidas las condiciones de tiempo de servicios en el empleo, y cuando haya ascendido, por antigüedad, al empleo inmediato, el que, siguiéndole en el escalafón, haya permanecido en la Escala de actividad, cuyo precepto sólo podía ser racionalmente interpretado en el sentido de otorgar una aptitud para el ascenso, a favor de quienes hubieran ganado las dos condiciones precisas que se exigieron por el mismo; pero no pudo merecer alcance determinante del propio ascenso, ya que *el vacante "podrán" denota la posibilidad de obtenerlo, sin que obligue a su concesión con sólo tener cumplidas las condiciones precisas para ello, ni mucho menos priva a la Administración, en lo sucesivo, de la facultad que le asiste para organizar sus servicios, ampliando o restringiendo su composición conforme a las necesidades de la misión que le está encomendada, para ajustar ésta a la realidad, y así se advierte que el Decreto de 22 de septiembre de 1939 aclaró en su art. 5.º, que las condiciones antes referidas eran precisas, pero no determinantes de la obtención del ascenso, y añadió también, como condición igualmente precisa, la existencia de vacante en el empleo que se va a alcanzar, con cuyos antecedentes advino la Ley de 14 de octubre de 1942, hoy vigente, que derogó los dos Decretos antes mencionados, en lo que a ella se opusiesen; y que en su art. 2.º dispuso que los Jefes y Oficiales de la Escala complementaria "podrán" alcanzar dentro de la misma, por ascenso,*



tos empleos, siendo condición precisa, para obtener cada uno de ellos, haber cumplido el tiempo de servicio en el que disfrute y que haya ascendido por antigüedad al inmediato el que le siga como más moderno que él en la Escala activa, precepto éste, de equivalente significado al que tenía el del Decreto de 1938, antes mencionado, y que, como aquél, no cabe ser interpretado en el sentido de que las dos condiciones que menciona sean determinantes del ascenso y sí sólo de aptitud para el mismo; pues si hubiera querido expresar aquello, lo habría hecho, empleando una frase más precisa, que denotase la necesidad de otorgarle efectos de preceptiva realización, desde el instante mismo en que naciera en cada caso la aptitud para el ascenso."

"No obstante la interpretación que se deja expuesta, ha podido producirse, en ocasiones, una situación confusa, al aplicar la propia Administración el precepto de referencia, sin existir plantilla fija de la Escala complementaria, o después de establecida la eventual suplementaria por Orden de 21 de marzo de 1944, modificada por otra Orden, de 8 de marzo de 1946, dando lugar con ello a determinadas acumulaciones de personal, en algunas categorías, que contrariaban el criterio de ajustar los ascensos a las conveniencias o necesidades del servicio, que es la norma general que debe presidir tales actos administrativos, cuando no está predeterminado el número de plazas de cada categoría, y cuyo criterio ha sido, a su vez, sentado por la Jurisdicción de Agravios, en la Orden de la Presidencia del Gobierno, fecha 28 de junio de 1949; pero la confusión aludida ya no tiene razón de ser desde que, mediante la Orden de 24 de septiembre de 1954, se creó la plantilla eventual de la repetida Escala complementaria y se reguló, como forzada consecuencia de ella, mediante la Orden de 28 de septiembre de igual año, el sistema de ascensos en aquellas, que según su expresión literal "tendrán lugar" por rigurosa antigüedad, y siempre con ocasión de vacante producida en los respectivos empleos superiores, cuando los interesados reúnan las condiciones y circunstancias exigidas por la precitada Ley de 1942, con lo que se ha establecido una regulación específica del referido sistema de ascensos, que no contraría el espíritu de la Ley, puesto que, según se dejó dicho, lo que ésta hizo fué regular la aptitud para obtenerlos y que, por el contrario, aclara y complementa su sentido y alcance, acomodando el sistema a la normación general y al interés del servicio público."

## II. DERECHOS PASIVOS DE LOS "SEPARADOS DEL SERVICIO"

A) Para la obtención de derechos pasivos es requisito ineludible que el interesado haya sido "jubilado" o "retirado".

*Sentencia de 13 de octubre de 1959.*—A un Capitán de Infantería, separado del servicio en virtud de sentencia recaída en procedimiento criminal, le fué señalado por el Consejo Supremo de Justicia Militar, deter-

minado haber pasivo. El interesado recurrió en reposición y más tarde en vía contenciosa, en súplica de modificación del señalamiento, pidiendo se le fijara aquél en el 80 o el 90 por 100 del sueldo percibido en activo, por aplicación, bien del Estatuto —derechos pasivos máximos— o de la Ley de 13 de diciembre de 1943, en relación con la de 19 de diciembre de 1951.

La Sala desestima el recurso, apoyando su fallo en la tesis ya mantenida en otras anteriores de que la "separación del servicio" es concepto jurídico y profesional distinto del de *retiro*, único que origina el derecho a las pensiones extraordinarias que aquellas disposiciones establecen y otorgan.

Al propio tiempo, sienta la importante doctrina concretada en el epígrafe, exponiéndola en los siguientes términos:

"si bien el art. 94 del Estatuto de Clases Pasivas establece que la "separación del servicio..., cualquiera que sea su causa, no priva al funcionario de los derechos pasivos que hubiera adquirido..." *para el logro de los mismos es ineludible que el interesado haya sido jubilado o retirado, por así imponerlo, no sólo razones de lógica y sistemática jurídica —ya que la declaración de separación sólo implica el alejamiento definitivo del servicio, pero sin contener pronunciado alguno sobre la nueva posición administrativa del empleado o funcionario, que debe formularse mediante el correspondiente y subsiguiente acto de la Administración—, sino por exigirlo así expresamente la Orden de 25 de julio de 1935, la cual ha declarado que "para que los funcionarios públicos, civiles y militares, a quienes se imponga la pena de separación del servicio, tengan derecho a hacer efectivos los haberes pasivos que les reconoce el art. 94 del Estatuto de Clases Pasivas, es necesario que, por los Ministerios de que dependen, se declare, cuando sea procedente, que se hallan en situación de jubilados o de retirados, por concurrir para ello las condiciones exigidas por los arts. 6.º, 9.º, 49 y 55 del expresado texto legal"; de donde tiene que concluirse, al no existir o constar, en las actuaciones administrativas o judiciales, el que se hubiere dictado la orden pertinente de retiro, que el interesado, por el momento, no tiene derecho alguno a haberes pasivos, razón por la cual ha sido prematuro el otorgamiento de los concedidos, con notorio perjuicio para el Tesoro y para el recurrente, pues aquél los está satisfaciendo indebidamente, y éste pudo incluso haberlos obtenido en mayor cuantía, conforme la Ley citada del 19 de diciembre de 1951, una vez que se dictase la orden retirándole; pero sin que sea lícito hacer declaración en contra de la subsistencia de los acuerdos impugnados, con base en esta motivación, ya que sólo podría efectuarse si la Administración ejercitara acción por lesividad, lo que no se ha producido, ni es el caso presente, en que únicamente litiga el interesado solicitando mejores derechos pasivos, sin posibilidad legal, actualmente, de concedérselos."*

B) Necesidad de la previa declaración administrativa de jubilación o retiro para obtener la de derechos pasivos: la Ley constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 en relación con el Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926.

*Sentencia de 28 de diciembre de 1959.*—A un Comandante de Infantería, separado del servicio en virtud de condena, le fué denegado el señalamiento de haber pasivo "en tanto no acreditara documentalmente haber sido indultado de las penas de inhabilitación especial o las hubiera cumplido".

El interesado había sido condenado, por cada uno de los tres delitos de cohecho de los que se le declaró responsable, a las penas de cuatro años y dos meses de presidio menor, con diez años y un día de inhabilitación especial, así como a las multas de 1.000, 4.000 y 250 pesetas, respectivamente, y como autor de dos delitos contra el honor militar, a sendas penas de separación del servicio.

Interpuesto recurso contencioso, el Tribunal Supremo lo desestima, declarando la subsistencia de los acuerdos impugnados, y, en especial, la parte dispositiva de las mismas "ya que la denegación de haberes pasivos al interesado es legalmente correcta en la actualidad, aun cuando debe realizarse por fundamentaciones jurídicas distintas a las que sirvieron de base a aquellas resoluciones".

La fundamentación jurídica a que se alude, está contenida en los considerandos de la sentencia que, por lo que suponen de innovación respecto a la práctica administrativa hasta ahora observada, se recogen con la necesaria amplitud en los términos siguientes; omitiendo el primero de aquéllos, en un todo similar al que queda transcrito de la sentencia anterior:

"Al no existir o constar, en las actuaciones administrativas o jurisdiccionales, el que se hubiere dictado la pertinente orden de retiro del interesado, tiene que concluirse, en aplicación del precepto antes transcrito, que por el momento carece de derecho alguno al percibo de haberes pasivos, por no existir posibilidad de concedérselos, en tanto no se produzca el acto administrativo previo, que abriría cauce para llegar a dicho reconocimiento."

"El criterio mantenido, con carácter general, en la citada Orden del 25 de julio de 1935, de la Presidencia del Gobierno, se encuentra ratificado por el Ministerio de Educación Nacional, en lo que a sus funcionarios se refiere, por Orden de 1 de febrero de 1941 y no ha sido contradicho por disposición alguna posterior, ni se encuentra en contraposición con precepto anterior de superior rango; pues, aun cuando el artículo 32 de la ley Constitucional del Ejército, de 29 de noviembre de 1878, señala las diversas causas por las cuales pueden pasar a retirados los Jefes y Oficiales, en sus apartados primero al cuarto, ambos inclusive, y en el quinto establece la potestad de separarlos del servicio, este precepto no dice que dicha separación constituya en sí el retiro; pero

aunque pueda ser causa de él, por estar incluida en dicho artículo, vendría a constituir una ratificación de la necesidad de la orden en que se declare tal situación administrativa, ya que *los términos legales "... podrán pasar a la situación de retirados..." aplicados a los separados del servicio, significa, en todo caso, que tras la disposición estableciendo el alejamiento del servicio, puede o no surgir otra que les haga pasar a la citada situación de retirado, ya que la expresada separación sólo viene a constituir una causa del retiro, pero no este mismo y menos aún sus efectos.*"

"A mayor abundamiento, la Ley del 29 de noviembre de 1878 carece de toda virtualidad y eficacia frente a lo dispuesto en el posterior Estatuto de Clases Pasivas, de 22 de octubre de 1926, ratificado con fuerza de ley, por la del 9 de septiembre de 1931, en cuyo art. 9.º, se exige "para que los empleados militares tengan derecho a pensión de retiro, es indispensable haber pasado a dicha situación por una de las causas expresadas en el art. 55..." y como quiera que en éste se señalan como tales, la imposibilidad física, la edad y la petición propia, es notorio que, sin dicha declaración de retiro, producida por alguna de estas tres motivaciones, no pueda tenerse derecho a pensión de la índole referida."

"Tampoco puede ser obstáculo a la tesis mantenida, el hecho de que, la orden por la que separa del Ejército al interesado, tras disponer tal cosa, se diga "significándole que por el Consejo Supremo de Justicia Militar, se le hará el señalamiento de haber pasivo que le corresponde", pues siempre tendrá que entenderse dicho enunciado sometido a la procedencia de que la declaración de haber pasivo sea pertinente, ya que no otra cosa significan los términos "que le corresponda", tanto por razón a los años de servicios que debe tener el interesado, como en cuanto a su condición de retirado, pues una distinta interpretación de dichos términos llevaría al absurdo, cual el obligar al Consejo citado a que tuviera que señalar necesariamente, aparte de la fundamental cuestión, de la total carencia ministerial de facultades para ordenar se haga, por competir exclusivamente al mencionado Consejo Supremo de Justicia Militar, según los arts. 2.º y 4.º del Reglamento de 21 de noviembre de 1927, "el reconocimiento y clasificación de los derechos pasivos de los individuos del Ejército", correspondiendo sólo al Departamento ministerial fijar la situación del funcionario civil o militar de que se trate; pero sin intervención alguna en lo que a la posibilidad o procedencia de señalar haberes pasivos se refiere, por lo que son inoperantes e ineficaces las declaraciones que en cuanto a estos extremos efectúe."

"La desestimación de la demanda, a la que debe darse lugar por esta sentencia, por carecer el actor de la condición de retirado, no priva al mismo, una vez obtenida dicha declaración, mediante la correspondiente Orden ministerial, de su facultad de solicitar y obtener, si procediera, del Consejo Supremo de Justicia Militar, los haberes pasivos adecuados a su nueva situación administrativa, extremo sobre el cual no es lícito

hacer pronunciamiento alguno en este momento procesal, por cuanto que sería prematuro, en tanto no se produjeran las circunstancias de hecho que quedan enunciadas."

C) El precepto contenido en el art. 94 del Estatuto de Clases Pasivas, implica una nueva causa de retiro. Tienen derecho a las pensiones extraordinarias.

*Sentencia de 26 de octubre de 1959*—El autor, que ostentaba el empleo de Brigada de Infantería de Marina, causó baja en su Cuerpo por separación del servicio acordada en Orden ministerial de 23 de agosto de 1957, conforme al art. 1.021 del Código castrense, y pasó a la situación de retirado en virtud de otra Orden ministerial de fecha 5 de julio de 1958.

Habiéndole sido señalado por el Consejo Supremo de Justicia Militar un haber de retirado del 25 por 100 del sueldo regulador, entabló recurso contencioso que es estimado al declarar el derecho del recurrente a la pensión extraordinaria del 90 por 100, establecida por la Ley de 13 de diciembre de 1943.

Sobre los dos conceptos destacados en el epígrafe, sienta la Sala la siguiente doctrina:

a) "Disponiendo el art. 94 que la separación del servicio o cesantía, sea cualquiera su causa, no priva al funcionario de los derechos pasivos que hubiere adquirido, tanto para sí como para su familia, salvo si se le impusiera la pena de inhabilitación absoluta, perpetua o temporal, en cuyo supuesto se interrumpirá el derecho al cobro de la pensión, mientras duren los efectos de la pena, precepto éste que entraña una nueva causa del retiro, y que ha sido desenvuelto por la Orden de la Presidencia del Consejo de Ministros de 25 de julio de 1935 en el sentido de que para que los funcionarios que se hallen incursos en separación del servicio, tengan derecho a hacer efectivos los haberes de retiro, es necesario que por el respectivo Ministerio se declare que se encuentran en tal situación de retiro, por concurrir en ellos las circunstancias exigidas por los artículos pertinentes del expresado texto legal; de todo lo cual se infiere como inequívoco e incontrovertido que el actor puede acogerse al mentado régimen común de derechos pasivos, en atención a los años de servicio que ha prestado en la Marina y a la circunstancia de haber sido declarado en situación de retirado por Orden ministerial antes anotada."

b) "El recurrente puede acogerse también al régimen expuesto de pensiones extraordinarias que, en su caso, alcanza la cuantía del 90 por 100 del sueldo correspondiente a su empleo de Brigada de Infantería de Marina, en atención a que tomó parte en la Campaña de Liberación y cuenta con más de veinte años de servicios abonables, según se consigna anteriormente, sin que su derecho deba creerse decaído, como pretende la Administración demandada, por el contenido de los arts. 224 y 1.201 del Código de Justicia Militar, fecha 17 de julio de 1945, que señalan los

efectos que produce la separación del servicio, porque el primero de ellos se refiere a la impuesta como pena, a más de que deja a salvo los derechos pasivos que puedan corresponder al penado por sus años de servicio, sin establecer distingo entre los de carácter ordinario y los de carácter extraordinario, así como el segundo sólo impone a los separados gubernativamente del servicio la pérdida del derecho al uso del uniforme, fuero y demás prerrogativas inherentes a la condición militar; *pero no les priva del derecho al retiro que les corresponda por sus años de servicio, concepto éste que no arguye limitación de los efectos del retiro, ya que no se expresa concretamente así, ni tampoco puede comprenderse la pensión extraordinaria en el concepto antes aludido, de prerrogativa para llevar a la conclusión de que debe privársele de ella, esto a más de que cualquier duda que pudiera surgir, al interpretar los citados artículos del Código castrense, queda desvanecida con sólo tener en cuenta que la ya mentada Ley del año 1951, que reconoció el derecho a las pensiones extraordinarias de retiro en favor de los Generales, Jefes, Oficiales y Cuerpo Auxiliar Subalterno que reuniesen las condiciones por ella exigidas, cualquiera que fuese la causa de su retiro, es posterior en fecha al repetido Código y, por consiguiente, cualquier precepto de éste, que contradiga los de aquélla quedará sin efecto por virtud de la cláusula derogatoria contenida en el art. 6.º de la misma."*

### III. DERECHOS PASIVOS. SUELDO REGULADOR

Ha de regularse la pensión de retiro por el mayor sueldo disfrutado durante dos años por el funcionario, aunque lo fuese en empleo distinto del efectivo que ostentara en la escala profesional.

*Sentencia de 20 de octubre de 1959.*—A un Capitán Médico asimilado, Teniente efectivo en la escala profesional, le fué señalado, al retirarse por edad, una pensión para la que se adoptó como regulador el sueldo del empleo de Teniente.

Interpuesto recurso, el Tribunal lo estima, y, revocando el correspondiente Acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar, declara el derecho del actor a regular su pensión de retiro por el sueldo del empleo de Capitán, "que como asimilado, pero con todos los derechos, obligaciones y emolumentos del cargo, ha venido disfrutando ininterrumpidamente desde el año 1945, hasta su retiro en el mes de diciembre de 1957".

El fallo se fundamenta, entre otros, en las siguientes consideraciones:

"Tratándose de un Capitán provisional con el mismo sueldo, prerrogativas, responsabilidad y obligaciones de los efectivos, *es indiferente a estos efectos el carácter con que se dió el empleo, pues el beneficio lo adquirió por la prestación real y verdadera de la función o cometido con grado de Capitán*: que las diferencias que puede haber entre oficiales provisionales y los profesionales en nada afectan a la realidad de los servicios prestados por unos y otros en el desempeño de un mismo em-

pleo militar y con idéntica plenitud de los derechos y deberes que le son inherentes; y que nada autoriza a concluir que merezcan los oficiales provisionales consideración distinta a los empleos de la escala profesional, porque la denominación no supone que el empleo dejó por ello de ser efectivo, porque ésta es la cualidad objetiva referida al empleo, y no subjetiva propia tan sólo de los oficiales provisionales”.

“El art. 2.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943 establece que las pensiones extraordinarias que hayan de percibir los militares retirados, consistirán en los porcentajes que fija con relación al tiempo de servicios, pero expresamente referidos aquellos al sueldo del empleo, circunstancia que denota con claridad, ha de tratarse del último que se disfrutó efectivamente mientras se permaneció en activo y en concepto de remuneración, paralela al cumplimiento de una función determinada, ya que en materia de Clases Pasivas impera la interpretación estricta y literal de la norma... criterio éste al que, por otra parte, se llega también en forzoso cumplimiento de lo ordenado en el art. 18 del Estatuto de Clases Pasivas, que impone como sueldo regulador de las pensiones de jubilación, retiro, viudedad y orfandad y de las establecidas a favor de las madres viudas, el mayor que se haya disfrutado durante dos años, por lo menos, siempre que figure detallado con cargo al personal en los Presupuestos generales del Estado”.

#### IV. EDAD DE RETIRO O JUBILACION. DERECHOS ADQUIRIDOS

La determinación de la edad legal de retiro, en un Cuerpo de la Administración, es función privativa de ésta, no pudiendo originar lo que en un momento se establezca a este respecto, derechos adquiridos por el funcionario.

*Sentencia de 13 de octubre de 1959.*—Un Policía Armado, ingresado en el Cuerpo de Seguridad en el año 1930, fué retirado, por edad, al cumplir cincuenta y seis años, resolución que impugna en este recurso por entender que, habiendo ingresado en su Cuerpo cuando regía la Ley de 27 de febrero de 1908, cuyo art. 11 señalaba la de los cincuenta y ocho para acordar la baja en el servicio de las clases y guardias de Seguridad, aun integrado posteriormente dicho Cuerpo en el de Policía Armada y de Tráfico debe seguir rigiéndose la edad de jubilación o retiro de los procedentes del extinguido Cuerpo de Seguridad por la expresada Ley de 1908, que creó una situación de derechos adquiridos.

La Sala desestima el recurso previo el razonamiento que se contiene en los dos siguientes párrafos:

“Si bien el art. 11 de la repetida Ley de 27 de febrero de 1908 estableció, como se ha dicho, que las clases y guardias de Seguridad serán baja en el servicio el día que cumplan cincuenta y ocho años, al reorganizar más tarde los servicios de Seguridad, creándose el Cuerpo de Policía Ar-

mada y de Tráfico, tal Cuerpo se integró con arreglo al art. 16 de la Ley de 8 de marzo de 1941 con individuos procedentes del Cuerpo de Seguridad, juntamente con otros de otras procedencias, estableciéndose en el art. 22 de la misma Ley que el personal de la Policía Armada y de Tráfico se retirará con arreglo a su empleo militar en las categorías de Oficial, y las Clases e individuos a lo que determina y con los beneficios consignados en el art. 11 de la Ley de 15 de marzo de 1940 para los de la Guardia Civil, precepto este que fija para el retiro de dicho benemérito Cuerpo la edad de cincuenta años prorrogables voluntariamente si se conserva aptitud física, según establece el art. 12, hasta el límite máximo de cincuenta y seis años, al cumplir los cuales, inexcusablemente el personal pasa a la situación de retirado; y como quiera que ni la Ley de 8 de marzo de 1941, ni ninguna otra, establecen excepción alguna para los miembros del Cuerpo de Policía Armada y de Tráfico procedentes del anterior Cuerpo de Seguridad, es visto que la legislación por la que éstos se rigen no es otra que la impuesta por la ley creadora u organizadora del Cuerpo de Policía Armada y de Tráfico, o sea de la Ley de 8 de marzo de 1941, a cuyos preceptos establecidos en materia de retiro o baja en el servicio habrán de acomodarse cuantos individuos la componen cualquiera que sea su procedencia, quedando derogado o ineficaz lo que en la Ley de 1908, sobre organización de la Policía Gubernativa en España se dispusiese, con relación al extinguido Cuerpo de Seguridad."

*"La determinación de la edad legal de retiro, en un Cuerpo de la Administración, es función privativa de ésta, no pudiendo originar lo que en un momento se establezca a este respecto derechos adquiridos por el funcionario, sino que constituye un límite o condición reglamentaria para el ejercicio de las funciones públicas propias del Cuerpo a que se refiere, susceptibles siempre de modificación, siendo la propia Administración la que, atendiendo a las necesidades y características del Servicio, a la mayor eficiencia de éste, a la conveniencia, en fin, del interés público, habrá de determinar en cada momento ese límite de servicio activo y... esta facultad de la Administración de determinar las edades, mínima y máxima de la actuación de sus funcionarios, siempre ha sido doctrinalmente admitida, sin que las diversas fijaciones de las mismas, con arreglo a contingentes necesidades o circunstancias, diese lugar a invocación de derechos adquiridos, al calor de cualquier disposición legal anterior y así, en casi todos los Cuerpos civiles o militares se han introducido a lo largo de su historia modificaciones en sentido de prolongación o disminución del término legal en servicio activo, sin que por ello se considerase lesionado el derecho de los funcionarios por ellos afectados."*



V. EXPEDIENTES GUBERNATIVOS

**Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo de separación recaído en expediente gubernativo incoado con arreglo al art. 1.011 del Código de Justicia Militar**

*Sentencia de 7 de diciembre de 1959.*—La Sala, acogiendo el motivo de inadmisibilidad del apartado c) del art. 82 de la Ley, alegado por el Abogado del Estado, declara la incompetencia de la Jurisdicción en esta materia, apoyando el fallo en el siguiente razonamiento:

“El art. 40 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, vigente cuando en 9 de junio de 1959 se interpuso el presente recurso contencioso-administrativo, contra la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil, de fecha 20 de octubre de 1952, separando del Cuerpo al recurrente en virtud de expediente gubernativo instruido con arreglo al art. 1.011 del Código de Justicia Militar establece, que no se admitirá recurso contencioso-administrativo, respecto de las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales, Suboficiales y Clases de Tropa o Marinería, con arreglo al art. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar; cuya resolución alcanza de lleno al acuerdo, recurrido, de la Dirección General de la Guardia Civil indicado, y a la desestimación tácita del recurso de reposición, formulado en 12 de marzo de 1959, contra el acuerdo fecha 20 de octubre de 1952, que separó al Cabo D. José G. M. del Instituto o Cuerpo de la Guardia Civil, como incurso en el caso 5.º del art. 1.011 del Código de Justicia Militar y, en consecuencia, procede acoger el motivo alegado por el Abogado del Estado, en el acto de la vista, de inadmisibilidad del recurso, dada la fecha en que se interpuso, ante este Tribunal, la del acuerdo de separación y la índole de la materia objeto de la contienda.”

VI. HOJAS DE SERVICIOS

**Valor y efectos de las anotaciones consignadas en ellas en relación con el Decreto de 30 de enero de 1953, como justificación de haber tomado parte en la Campaña de Liberación.**

*Sentencia de 3 de julio de 1959.*—Se desestima en ella recurso interpuesto por un Sargento de Ingenieros contra acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar en virtud del cual se le señaló un haber pasivo equivalente a las veinte centésimas del sueldo adoptado como regulador. El recurrente pretendía se declarase su derecho a un haber pasivo del 90 por 100 del expresado sueldo, por considerarse comprendido en el régimen de pensiones extraordinarias establecido en las Leyes de 13 de diciembre de 1943 y 19 de diciembre de 1951 apoyándose para ello en lo consignado al respecto en su hoja de servicios.

La doctrina que la Sala expone sobre la fuerza vinculante de tales anotaciones es de especial interés:

“El punto esencial del recurso dirigido a impugnar los acuerdos del Consejo Supremo de Justicia Militar que fijaron el haber pasivo correspondiente al actor como Sargento del Cuerpo de Ingenieros nace por entender el recurrente infringida por su inaplicación la Ley de 13 de diciembre de 1943 en su perjuicio, al no serle concedida pensión extraordinaria con arreglo a la misma, y más concretamente los derechos pasivos máximos a que se cree tener derecho con arreglo al Decreto de 30 de enero de 1953 en relación con la Ley de 19 de diciembre de 1951, apoyándose para todo ello en las dos notas consignadas en su hoja de servicios en que se dice estar comprendido en los beneficios que tales disposiciones establecen para el personal que hubiere tomado parte en la guerra de liberación, *mas tales notas no pueden considerarse como definidoras de derechos, ni investidas de autoridad o condiciones legales para vincular a la Administración*, y lo cierto es el apartado a) número segundo del Decreto de 30 de enero de 1953, exige que para la aplicación de la Ley de 19 de diciembre de 1951 referente a derechos pasivos máximos a los residentes en Zona Nacional, que hayan desempeñado destinos propios del Arma o Cuerpo respectivo durante las tres cuartas partes del tiempo de permanencia en la Zona Nacional, y siendo estos servicios, según manifestación del propio recurrente, los comprendidos desde el día 23 de noviembre en que fué movilizado y se incorporó al Batallón de Zapadores, núm. 7, de guarnición en Salamanca, hasta el final de la campaña, o sea, el primero de abril de 1939, aun desestimando el cómputo aceptado por el Consejo Supremo de Justicia Militar que reduce dicho tiempo de servicios propios de su Arma o Cuerpo a poco más de un mes por descontarle el tiempo que permaneció en cursillo de Sargentos, no obstante haber ido a él forzoso por designación obligatoria del mando, siempre resultaría dicho tiempo de servicios, aun en el cómputo más justificado del recurrente, de poco más de cuatro meses, y, por consiguiente, notoriamente inferior a las tres cuartas partes del tiempo de permanencia en Zona Nacional, ya que el recurrente residió en ella durante todo el tiempo de la campaña, si bien por no haber sido movilizado su reemplazo hasta el 21 de noviembre de 1938, sólo empezó a prestarlos dos días después, o sea, el 23 de los citados mes y año, razones que al no permitir la inclusión del recurrente en los beneficios que establecen dichas disposiciones, impiden la estimación en este punto esencial del recurso”.

## VII. MEDALLA DE SUFRIMIENTOS POR LA PATRIA

Interpretación del apartado c) del art. 6.º del Reglamento de 11 de marzo de 1941: “no basta que el militar resulte con heridas o lesiones sufridas en acto de servicio, por un accidente de cualquier clase”.

*Sentencia de 10 de julio de 1959.*—Se resuelve y desestima en ella recurso interpuesto por un Sargento de Ingenieros contra Orden del Mi-

nisterio del Ejército por la que se le denegó la Medalla de Sufrimientos cuya concesión había solicitado por haber sufrido lesiones, que determinaron su clasificación como mutilado accidental permanente, producidas en un vuelco del vehículo en que viajaba con ocasión del tendido de líneas telefónicas en el curso de unas maniobras militares a las que asistía como destinado en la Agrupación de Transmisiones, núm. 5.

Fundamentos del fallo:

“La cuestión a resolver por la sentencia se reduce, en el fondo, a decidir cuál sea la interpretación que debe darse al apartado c) del art. 6.º del Reglamento de 11 de marzo de 1941 para la concesión de la Medalla de Sufrimientos por la Patria, y más concretamente a lo dispuesto en la última parte de dicho apartado c) a cuyo tenor literal generan sus beneficios las lesiones “ocasionadas en toda clase de accidentes al personal militar o militarizado, que en actos del servicio fueran víctimas de tales accidentes”.

“Para determinar el verdadero alcance de esta declaración, se ha de partir como punto de arranque del indudable carácter de recompensa, que el propio Reglamento atribuye a la Medalla de Sufrimientos por la Patria que si lleva anejos beneficios de orden económico, en nada pierde dicho carácter, consecuente al designio que presidió su origen, con el que se quiso premiar con honroso distintivo a quienes “reducidos a la dura condición de prisioneros de guerra, sin mengua ni quebranto del honor militar, arrostran en ella de manera igualmente honrosa grandes penalidades”; carácter de premio o recompensa mantenido hasta el vigente Reglamento, que no ha hecho otra cosa que ampliar los supuestos de hecho que dan lugar a la recompensa, y si esto implica merecimiento, lo que supone ejercicio de la voluntad, *el accidente fortuito, no puede motivar un premio, cuando no sobreviene en el ejercicio de una actividad que comporta de suyo el riesgo de que se produzca y que, no obstante, arrostra con todas sus consecuencias*”.

“Si bien el art. 1.º de la Ley de de 7 de julio de 1921 determina que la pensión aneja a la Medalla de Sufrimientos por la Patria, a que se refiere la Ley de Bases para la reorganización del Ejército de 29 de junio de 1918, tendrán carácter de indemnización por los perjuicios materiales sufridos, no por ello pierde la medalla lo que tiene en sí de recompensa, y así la denomina expresamente el epígrafe del art. 10, del vigente Reglamento de 11 de marzo de 1941 y el art. 7.º, párrafo segundo, así como los apartados tercero, sexto y séptimo, número cuarto del art. 11; y por este mismo carácter de recompensa que tiene la condecoración, sólo se otorga, salvo la que con carácter honorífico se concede a las familias de muertos o desaparecidos, en las circunstancias que determina el propio Reglamento, a quienes prisioneros del enemigo sufrieron penalidades en cautiverio (art. 5.º) o prisión en zona roja (art. 11, apartado 7.º) o resultaren heridos directamente por el hierro o fuego enemigo sin menoscabo del honor militar (art. 6.º, apartado a)), o por elementos propios de guerra en los frentes de combate (art. 6.º, apartado B)), o en la preparación, ensayo o manejo, fabricación o experimentación de gases

asfixiantes, explosivos, armas o proyectiles de todas clases y demás elementos de combate, o por consecuencia de los rayos X, explosión de polvorines, acreditado que no fueron debidos a imprudencia ni impericia por parte del que los sufrió, y las ocasionadas en toda clase de accidentes al personal militar o militarizado que en actos de servicio fuesen víctima de tales accidentes (art. 6.º, apartado c)], y, por último, a los heridos o lesionados en retaguardia, a consecuencia de bombardeo de avión o artillería, pero únicamente cuando lo sean en acto de servicio que tuvieran encomendado (art. 6.º, apartado b)]; de donde se sigue que, como tiene reiteradisimamente declarado la jurisdicción de agravios, no basta que el militar resulte con heridas o lesiones sufridas en acto del servicio por un accidente de cualquier clase, sino que es preciso que éste sobrevenga en la prestación de un servicio militar, al que sea inherente la posibilidad de que aquél se produzca, que es lo que propiamente constituye el riesgo específico: porque de no entenderlo así se sigue un manifiesto absurdo, cual es el de establecer el Reglamento, tantas veces mencionado, unos supuestos para la concesión de la medalla, cuya concreción y límites en orden al origen de las heridas y lesiones carece en absoluto de sentido, si bastara con que se produjeran en la prestación del servicio por un accidente de cualquier clase, sea cual fuese su naturaleza”.

“Es de concluir, por cuanto queda expuesto, que carece de fundamento la pretensión del actor, del presente recurso contencioso-administrativo, de que con revocación de las órdenes que impugna, se declare su derecho a la Medalla de Sufrimientos por la Patria, con la pensión aneja de 19.290 pesetas...” “... porque el vuelco de dicho automóvil, ni siquiera se produjo en tránsito por terreno accidentado, con riesgo específico de que sobreviniera el accidente, sino que esto sucedió en la carretera, por empleo de un medio de locomoción, al que la prestación del servicio militar ni quita ni pone mayor ni menor riesgo que el usual y corriente, cuando se emplea un vehículo de tracción mecánica, tanto más cuanto que, según testimonio de las diligencias previas instruidas en averiguación de las causas que determinaron el accidente y que obran en el expediente administrativo, tampoco se produjo aquél por un exceso de velocidad, como hubiera podido suceder si la prestación del servicio lo requiriese comportando el consiguiente riesgo.”

*Sentencia de 23 de noviembre de 1959.*—Mantiene la misma doctrina que el fallo anterior en cuanto a la interpretación del apartado c) del artículo 6.º del Reglamento de 11 de marzo de 1941, al decir que el “concepto de recompensa de la Medalla de Sufrimientos por la Patria impide que las normas por que se rige sean interpretadas de modo extensivo, por lo que debe entenderse que *no basta que el suceso se produzca en acto de servicio, sin imprudencia o impericia por parte de la víctima para su concesión en todo caso*, lo que sería desnaturalizar su carácter, sino que *es necesario que el accidente implique un riesgo no común, específico y propio del servicio de las Armas, de suerte que el afrontarlo*

*sea meritorio y haga acreedor a una recompensa al que llega a padecerlo, excluyendo forzosamente los casos en que el riesgo sea corriente o habitual, o cuando se trate de hechos casuales y fortuitos".*

#### VIII. MESADAS DE SUPERVIVENCIA

Su incompatibilidad con toda pensión o derecho a ella. Es requisito imprescindible para que puedan producirse, que el funcionario fallecido no haya causado derecho a pensión o creado la facultad potencial a su percibo.

*Sentencia de 23 de septiembre de 1959.*—Un funcionario civil contra-jo matrimonio después de haber cumplido sesenta años de edad, y al fallecer le sobrevivieron dos hijos del matrimonio anterior, mayores de veintitres años.

La viuda solicitó la concesión de mesadas de supervivencia, petición que le fué denegada en definitiva por acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central, contra el que fué interpuesto el presente recurso, que el Tribunal desestima con base en las consideraciones siguientes:

"Limitada la cuestión a decidir en la presente litis, el esclarecimiento de si la recurrente puede percibir mesadas de supervivencia, habida cuenta de que carece de derecho a pensión, porque el funcionario-causante contrajo matrimonio con ella después de cumplidos los sesenta años de edad, como dispone el art. 85 del Estatuto de Clases Pasivas, es esencial a dichos fines el examen del art. 20 del mismo."

"Del texto literal del mencionado artículo, se destaca, como requisito imprescindible para que puedan producirse las mesadas de supervivencia, que el funcionario fallecido no haya causado derecho a pensión: es decir, que no haya dado origen a la misma o creado la facultad potencial a su percibo, de donde se infiere que la pensión y las mesadas de supervivencia son incompatibles, ya que el funcionario-causante o da lugar a aquélla, en cuyo caso ésta se abona, por su orden, a la viuda, huérfanos y madre viuda pobre, o en sustitución de la misma, de no producirla, causa solamente las mesadas de supervivencia, que se abonan por el mismo orden y a idénticas personas."

"Por lo tanto, la pensión y mesadas de supervivencia se producen siempre, en consideración a la vida administrativa y condiciones que haya cumplido el funcionario que causa las mismas, con independencia total de la aptitud legal de los beneficiarios de aquéllas para tener esta condición o hacer efectivos sus posibles derechos al percibo de las mismas y a este tenor, *para que pueda surgir el derecho a las mesadas de supervivencia, la falta de pensión ha de ser absoluta y referida a todos los familiares, pues entenderlo en otra forma equivaldría a admitir que un funcionario puede causar, al mismo tiempo, pensión en favor de unos familiares y mesadas en favor de otros*, lo que iría contra la sistemática del Régimen de Clases Pasivas, en el que las segundas constituyen un

paliativo o remedio supletorio de las primeras, "por no causarse derecho a pensión", con lo que se presupone su falta total."

"Reconocido en el párrafo 2.º del art. 85 del Estatuto de Clases Pasivas, que el funcionario que hubiese contraído matrimonio después de los sesenta años, causa pensión en favor de sus hijos, y prohibido en el párrafo 1.º del propio artículo, que pueda percibirse la misma por la viuda de aquél, al ser evidente que el esposo de la recurrente ha causado u originado un derecho a pensión, no puede darse lugar a las sustitutorias mesadas de supervivencia, cualquiera que sean las causas por las cuales la actora y los hijos del causante carezcan de aptitud legal para percibir aquélla en el momento actual, y con independencia de que para los segundos puedan variar estas circunstancias; razón por la cual se impone la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, y la confirmación de la resolución recurrida."

#### IX. ORDENES "COMUNICADAS"

"... No producen efectos jurídicos de carácter general, mientras no se acredite su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*."

*Sentencia de 14 de diciembre de 1959.*—Denegada una pensión extraordinaria de viudedad, por haber transcurrido el plazo señalado en el artículo 70 del Estatuto de Clases Pasivas, fué producida la petición por la recurrente, al amparo de la Orden comunicada del Ministerio del Ejército, de 20 de noviembre de 1958, por la que se concedía un nuevo plazo para solicitar pensiones extraordinarias de guerra.

La nueva solicitud fué también denegada, y con motivo del recurso contencioso interpuesto, que se desestima, el Tribunal Supremo reafirma la doctrina que en el epígrafe se enuncia:

"Aparte las razones expuestas en la resolución recurrida, de 3 de marzo de 1959, de que la Orden comunicada expresada se refiere únicamente a pensiones extraordinarias de guerra (fallecidos en campaña), lo más esencial es tener en cuenta que, por una simple Orden comunicada, no se puede derogar ni modificar el art. 70 del Estatuto de Clases Pasivas, en que se fundaron las anteriores resoluciones administrativas, de 14 de febrero y 18 de abril de 1958, ya que dicho Estatuto, publicado el 28 de octubre de 1926, conforme al número 5.º del Real Decreto-ley, aprobándolo sólo puede ser modificado por disposiciones de carácter legislativo, cuyo carácter no tiene la Orden comunicada de que se trata, la que, por otra parte, no puede producir efectos jurídicos de carácter general, mientras no se acredite su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, como exigen los arts. 29, de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, y 132, de la ley de Procedimiento administrativo, por cuyas razones, dichas resoluciones de 14 de febrero y 18 de abril de 1958 no pueden ser modificadas por la Orden comunicada en que se funda la recurrente."

## X. PENSIONES ALIMENTICIAS

No tienen derecho a ellas las esposas de las clases de tropa que causan baja en el Cuerpo en virtud de resolución adoptada en vía gubernativa.

*Sentencia de 12 de noviembre de 1959.*—“En el presente recurso contencioso-administrativo se impugnan las resoluciones dictadas en 19 de diciembre de 1958 y 20 de febrero de 1959, por la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, por las que se denegó a doña G. A. la pensión que solicitó como esposa del ex-Policia Armado T. T., que había sido baja definitiva en el servicio en virtud de expediente disciplinario, alegándose en la demanda el art. 224 del Código de Justicia Militar, el art. 94 del Estatuto de Clases Pasivas del Estado y el art. 1.º de la Orden de 1 de febrero de 1941, como únicos fundamentos de la pretensión que se formula. La Sala desestima el recurso, con base, entre otros, en los siguientes razonamientos: “Para determinar si el acuerdo recurrido se halla o no ajustado a derecho, es preciso partir del hecho de que el esposo de la recurrente ha sido baja en las Fuerzas de la Policía Armada en virtud de resolución adoptada en vía gubernativa por la Dirección General de Seguridad, como consecuencia de expediente disciplinario, lo que excluye toda posibilidad de aplicación de los preceptos del art. 224 del Código de Justicia Militar, que determina los efectos de las penas de pérdida de empleo y separación del servicio, por lo que no cabe extender sus normas a casos que, aun cuando tengan una aparente semejanza, son totalmente ajenos al concepto a que dicho precepto se contrae y a la materia desarrollada en el capítulo en que está contenido, que regula los efectos de las penas comprendidas en el mismo Código, sin relación alguna, por tanto, como así se declaró en la sentencia de esta Sala, de 25 de mayo de 1959 (1), con medidas sancionadoras de naturaleza tan diferente como son, en este caso, las adoptadas gubernativamente en expediente instruido con arreglo a lo prevenido en los artículos 12 y 25 de la Ley de 8 de marzo de 1941 y 26 del Reglamento aprobado por Decreto de 31 de diciembre del mismo año, cuya resolución corresponde al Director general de Seguridad, con recurso de Alzada ante el Ministro de la Gobernación.”

“También es manifiesta la improcedencia con que es citado en el recurso el art. 94 del Estatuto de las Clases Pasivas del Estado —que, sin duda, es invocado en la demanda, si bien se le designa como el 49— toda vez que, ni en dicha demanda, ni en el expediente administrativo iniciado por la petición de la recurrente, aparece que el esposo de ésta haya pasado a la situación de retirado o jubilado, por concurrir para ello las condiciones exigidas por los arts. 6.º, 9.º, 59 y 55 del Estatuto, requis-

(1) REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 9: pág. 384.

to inexcusable, a tenor de lo establecido en la Orden de 25 de julio de 1935, para la aplicación a los separados del servicio de los preceptos del artículo 94 del mismo."

## XI. PENSIONES EXTRAORDINARIAS DE RETIRO

A) En las reguladas por la Ley de 13 de diciembre de 1943, no es aplicable el art. 23 del Estatuto que exige veinte años de "servicios efectivos" para tener derecho a los abonos que en el mismo se indican.

*Sentencia de 20 de octubre de 1959.*—A un Sargento de la Policía Armada, que contaba dieciséis años, diez meses y veintidós días de servicios efectivos y abonos de tiempo por un total de tres años, cuatro meses y veintidós días, le fué señalada pensión extraordinaria de retiro, equivalente al *sesenta* por ciento del haber regulador con arreglo a la Ley de 13 de diciembre de 1943, en relación con la de 19 de diciembre de 1951. Impugnado el acuerdo en vía contenciosa, el Tribunal Supremo estima el recurso en este particular y declara que al interesado le corresponde, en concepto de pensión de retiro, el noventa por ciento del regulador, por estimar que es al efecto computable no sólo el tiempo de servicios efectivos, sino el de abono por campaña.

Esta doctrina se razona así:

"Habiendo obtenido el retiro con arreglo a la Ley de 13 de diciembre de 1943, aplicable al caso del recurrente, en virtud de la Ley de 19 de diciembre de 1951 y Orden de 20 de febrero de 1952, la aplicación del 60 o del 90 por 100 debatida depende exclusivamente, con arreglo al artículo 2.º de la mencionada Ley de 13 de diciembre de 1943, de que el tiempo de servicios, computable a efecto de fijación de la pensión sea inferior o superior a veinte años y contando el recurrente, según aparece justificado en el expediente administrativo, con dieciséis años, diez meses y veintidós días de servicios efectivos y con un abono de campaña de tres años, cuatro meses y veintidós días, de la estimación, o no, como computable, del expresado tiempo de abono de campaña, en el retiro producido con arreglo a la Ley de 1943, depende que el recurrente sobrepase o no los veinte años, fijados como línea divisoria por la expresada ley, para la aplicación de los porcentajes del 60 o del 90 por ciento del sueldo regulador, debatidos por el recurrente y la Administración, en cuyo respecto preciso es tener en cuenta que la Ley de 13 de diciembre de 1943 introdujo un sistema de pensiones extraordinarias para los Generales, Jefes, Oficiales, Suboficiales y Cuerpo Auxiliar del Ejército, que habiendo tomado parte en la Campaña de Liberación, les correspondiera ser retirados por el pase a las escalas complementarias, o situación de retirado, con arreglo a la Ley de 1940, o por el cumplimiento de la edad reglamentaria, estableciendo un régimen de excepción a los preceptos del Estatuto de Clases Pasivas, privilegiado y premial para quienes



tomaron parte en la antedicha Campaña, beneficios ampliados en sucesivas disposiciones, como la Ley de 19 de diciembre de 1951, a retirados voluntariamente, como el recurrente, pero investidos de igual cualidad de excombatientes; y al establecer tal privilegio, ni en la Ley de 13 de diciembre de 1943, básica en la materia, ni en las posteriores que la complementan o amplían se dijo nada en el sentido de circunscribir los servicios computables para la fijación de los veinte años ni para efecto alguno, a los servicios efectivos prestados día por día, sino genéricamente a servicios, por lo que interpretando acertadamente la mencionada ley, la Jurisdicción especial de Agravios en un caso análogo, resuelto por Orden o Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de mayo de 1959, declaró no ser aplicable el art. 23 del Estatuto de Clases Pasivas, que exige veinte años de servicios efectivos para tener derecho a pensión, pues entiende, y así lo declara el Consejo de Ministros en su resolución, que aun no vinculando a esta jurisdicción Contencioso-administrativa, tiene inculdable importancia, tanto por la elevada categoría del órgano que la dictó, cuanto por la ponderada y espiritual doctrina interpretativa que tiene, que en el régimen de pensiones extraordinarias de retirados, regulado por la Ley de 13 de diciembre de 1943, y demás disposiciones complementarias, hasta, en el puro terreno teórico, con un solo día de servicio para tener derecho a pensión de retiro, y en el art. 2.º de la expresada Ley se habla sencillamente de servicios, por lo que debe ser interpretado dicho término en el sentido más favorable, o sea, en el de servicios abonables y no en el de servicios efectivos."

B) Ambito de aplicación del párrafo 1.º del art. 4.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943: todos los militares —incluidas las clases de tropa— que en lo sucesivo se incapaciten notoriamente para el servicio, sin culpa o negligencia y sin derecho a ingreso en el Cuerpo de Mutilados.

*Sentencia de 22 de diciembre de 1959.*—A un Guardia Civil que contaba con doce años, dos meses y once días de servicios y había causado baja por inutilidad física, le fué denegado por el Consejo Supremo de Justicia Militar el señalamiento de haber pasivo, a tenor de lo dispuesto en la Ley de 31 de diciembre de 1921 por no contar con veinte años de servicios.

En el recurso contencioso entablado contra el expresado acuerdo se fundamenta la pretensión de obtener pensión de retiro en dos preceptos legales totalmente independientes e inconexos: el art. 2.º de la Ley ya citada de 31 de diciembre de 1921 que reguló los derechos pasivos de los cabos e individuos de tropa de la Guardia Civil y del antiguo Cuerpo de Carabineros y el aludido párrafo primero del art. 4.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943.

El Tribunal declara la improcedencia del derecho invocado con apoyo en el precepto de la repetida Ley de 1921; pero estima el recurso por considerar al actor comprendido en los beneficios establecidos en la se-

gunda de las disposiciones citadas, todo ello con revocación de la resolución impugnada "debiendo serle señalado en nueva clasificación el haber pasivo consistente en el sesenta por ciento del sueldo regulador".

Fundamentos del fallo:

"Para enjuiciar el derecho del recurrente, a obtener pensión de retiro, con arreglo al ordenamiento excepcional y determinado por especiales circunstancias, que instauró la Ley de 13 de diciembre de 1943, se hace preciso considerar que dicha ley comprendió en su ámbito de aplicación tres supuestos distintos, para cada uno de los cuales señaló modalidades también diferentes, siendo el primero y, al parecer, principal y determinante de su promulgación, el de los retirados por aplicación de la Ley de 1940, por estimarse no reúnen las condiciones precisas para el desempeño de destinos o cargos militares y el segundo y tercero, los comprendidos en el art. 4.º de la Ley, que aplica iguales beneficios a otros dos supuestos, también totalmente distintos entre sí; y, así, en su párrafo 1.º establece que las disposiciones de esta ley, en cuanto a la concesión de pensiones de retiro extraordinarias, serán de aplicación a los militares que, en lo sucesivo, se incapaciten notoriamente para el servicio, de no proceder la incapacidad de su culpa o negligencia, cuando no tuvieran derecho a su ingreso en el benemérito Cuerpo de Mutilados, declaración explícita, cuyo amplio y justificado espíritu de equidad se halla avalado por la consideración consignada, en la motivación de la ley, que expresamente reconoce que resulta de equidad que los beneficios concedidos en la misma a los retirados, por haberse estimado que no reúnen las condiciones precisas para el desempeño de destino o cargos militares, se aplique en el futuro a los militares que se incapaciten notoriamente para el servicio, sin culpa o negligencia de su parte, cuando no tengan otros derechos que el señalado en el art. 65 del Reglamento, para aplicación del Estatuto de Clases Pasivas; o sea, los derechos dimanantes del retiro por edad, de cuya auténtica interpretación, así como del empleo del término genérico "militares" se desprende bien clara la amplitud con que el legislador quiso aplicar a todos los militares que en lo futuro se incapacitasen para el servicio, el mismo trato que otorgó a los retirados discrecionalmente por el Ministerio, sin sujetarles a ninguna de las dos restricciones a que expresamente afectó a los retirados por edad, que constituyen el que pudiera llamarse tercer grupo, o sea, los del párrafo segundo del mismo artículo, restricciones referentes a las circunstancias de haber tomado parte en la Guerra de Liberación y a pertenecer a determinadas categorías del Ejército, ya que de haber querido exigirlos, lo hubiese dicho expresamente el legislador, como lo hizo en el mencionado supuesto del párrafo segundo, para los retirados por edad con derechos pasivos menores de los establecidos en dicha ley, o sin ellos; por lo que es indudable que al no haberlo así el legislador, empleando tan solo para los retirados por inutilidad el amplio término de militares y no decir nada, pudiendo decirlo, de que reuniesen las otras condiciones que concretamente exige para los retirados por edad, quiso aplicar a ambos supuestos dos tratamientos ju-

ridicos distintos, concediendo a los inutilizados en el servicio la misma amplitud que para los retirados por aplicación discrecional que la Ley de 1940 instituyera."

*"Consiguientemente, ha de incluirse la aplicabilidad de los beneficios de la Ley de 13 de diciembre de 1943, a los militares que, como el recurrente, sea cual fuere su categoría, se inutilizasen en lo sucesivo para el servicio, quedando únicamente a discriminar se la inutilidad en que fué declarado el mismo, tiene el carácter de notoriedad que el precepto comentado exige, en cuyo respecto es indudable que no puede aceptarse la interpretación del concepto de incapacidad notoria, adoptada por la Junta Facultativa de Sanidad Militar, y no recogida por el Consejo Supremo de Justicia Militar, en su resolución, sin duda, por supuesta improcedencia, que expresa no ser notoria la incapacidad porque puede ser curable, ya que ni etimológica ni gramaticalmente, tiene la notoriedad relación ninguna con la incurabilidad de la dolencia, pues si notorio es lo que es conocido, manifiesto, público o sabido de todos, clara es la notoriedad del padecimiento que da lugar a que por dos Tribunales médicos se declare la total incapacidad del paciente para el servicio y se le dé de baja en el mismo, retirándole de él y no limitándose a otorgarle una licencia temporal"*

OLEGARIO GONZÁLEZ GARCÍA

# INDICES

Correspondientes a los números 1 al 6

(Años 1956-1958)

DE LA

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

Indispensable instrumento de trabajo destinado a facilitar la búsqueda y aprovechamiento de cuantos datos, jurisprudencia e información se contienen en los seis primeros números de la Revista.

INDICES: } GENERAL  
              } DE MATERIAS  
              } DE LEGISLACION  
              } DE JURISPRUDENCIA  
              } DE AUTORES

Un volumen de 80 páginas ● Precio: 30 pesetas

PEDIDOS A

SECCION DE DERECHO MILITAR

Duque de Medinaceli, 4, 4.º - Madrid - 14

## HAN COLABORADO DURANTE EL PRESENTE AÑO:

*Celestino* BARREDA TREVIÑO. — *Francisco* CASTRO LUCINI. — *Ignacio* DIAZ DE AGUILAR Y DE ELIZAGA. — *José Ramón* FERNANDEZ AREAL. — *Amador* GARCIA SANCHEZ. — *Gratien* GARDON. — *Olegario* GONZALEZ GARCIA. — *Joaquín* HERNANDEZ OROZCO. — *Julio* IRANZO DOMINGUEZ. — *Enrique* JIMENEZ ASENJO. — *Francisco* JIMENEZ JIMENEZ. — *Jesús* LOPEZ MEDEL. — *Luis María* LORENTE RODRIGÁNEZ. — *Sigeki* MIYAZAKI. — *Eduardo* DE NO LOUIS. — *S. B.* NYHOLM. — *José Antonio* PASTOR RIDRUEJO. — *José Manuel* PEREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO. — *Román* RODOLFO RIVERA. — *José María* RODRIGUEZ DEVESA. — *Carlos* RODRIGUEZ DEVESA. — *Sergio M.* ROMAN VIDAL. — *Amador* SANCHEZ GARCIA. — *Luis* TEJADA GONZALEZ. — *Domingo* TERUEL CARRALERO. — *Hans* WIEBRINGHAUS.

---

---

La  
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR  
se publica con la cooperación de los siguientes corresponsales:

### En España:

*Luis* HERTOGS ECHEMENDIA, Sevilla. — *Ramón* TAIK PLANAS, Valencia. — *Enrique* QUEROL DURAN, Barcelona. — *Pedro* HERRERO SANCHEZ, Zaragoza. — *Narciso* ALONSO OLMEDO, Burgos. — *Virgilio* PEÑA PEÑA, Valladolid. — *Rafael* VAAMONDE MALLO, La Coruña. — *Francisco* MORALES SOUVIRON, Granada. — *Francisco* JIMENEZ JIMENEZ, Palma de Mallorca. — *José* ASCANIO LEON HUERTAS, Santa Cruz de Tenerife. — *CELESTINO* BARREDA TREVIÑO, Ceuta.

### En el extranjero:

*Carlos José* COLOMBO, Argentina. — *Janine* VANDER MOUSEN, Bélgica. — *Mario* Tiburcio GOMES CARNEIRO, Brasil. — *Alirio* CAYCEDO, Colombia. — AUDITORIA GENERAL DEL EJERCITO, Chile. — *Hugo* GAVILANES SALTO, Ecuador. — *Ricardo* ALVARADO RAFAEL, Estados Unidos de América. — INSPECCION DE LA JUSTICIA MILITAR, Holanda. — *Charles* D'OLIVIER FARRAN, Inglaterra. — *Gildo* RODIGARSIA, Italia. — *F.* GOERENS, Luxemburgo. — *Renato* LACAYO GUILDRIST, Nicaragua. — *Ivar* FOLLESTAD, Noruega. — *Luis* DE LA JARA, Perú. — *René* DEPIERRE, Suiza. — *J. G.* SARMIENTO NUÑEZ, Venezuela.

FRANCISCO  
• O T I L I S M I •  
• D E V I T O R I A •



SECCION DE  
DERECHO  
MILITAR