

La responsabilidad civil del Estado prevista en el artículo 106 del Código de Justicia Militar

JOSE ROJAS CARO

Comandante Auditor

Sumario: I. Preámbulo. A) Importancia del Tema. B) Breve reseña histórica. II. La responsabilidad civil dimanante de delito. A) Concepto y naturaleza. B) Fundamento. C) Contenido de la responsabilidad civil. III. El artículo 206 del Código de Justicia Militar. A) ¿Significó este precepto un progreso desde el punto de vista jurídico? B) ¿Supone la responsabilidad civil de que se trata una verdadera responsabilidad civil? IV. ¿Sigue vigente el artículo 206? 1. El Decreto de 17-11-64. 2. La Orden de 15-1-79. 3. La Constitución de 1978. 4. Anteproyecto de Ley penal militar. V. Conclusiones.

I. PREAMBULO



A) *Importancia del tema.* Tiene esta materia, a nuestro juicio, un notable interés. Ya RODRÍGUEZ DEVESA, señalaba que el tema suministraba cuestiones que demandan "un tratamiento monográfico extenso y una atención de que hasta ahora no ha disfrutado" (1). Con este trabajo no aspiramos a colmar ese vacío, pero sí al menos realizar un intento de aproximación al problema de la responsabilidad civil del Estado, que ha sido certeramente calificada como la "última ratio" del Estado de Derecho (2), si bien en este artículo circunscribiremos nuestro estudio a la responsabilidad civil del Estado dimanante de delito previsto en el artículo 206 del Código de Justicia Militar.

(1) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *R.E.D.M. n. 2*. Julio-diciembre 1956, pág. 179.

(2) ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Tecnos, Madrid 1970. 3.ª Ed., Reimpresión, pág. 620.

Solamente una sola razón sería bastante para que este tema mereciera un detenido tratamiento: este problema se resuelve de manera distinta en la Jurisdicción Militar que en la Jurisdicción Ordinaria, lo que ha llevado a decir a algún autor, que en la práctica "no es deseable que el accidente de la Jurisdicción deba influir en que se dé una solución distinta al mismo problema de derecho sustantivo" (3).

B) *Breve reseña histórica.* La jurisprudencia anterior a la importante sentencia de 18 de marzo de 1936, bajo el influjo indudable del artículo 1903 del Código Civil, negaba la posibilidad en todo caso de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por sus funcionarios, dependientes o empleados. Así las Ss. (Sentencias) de 14-6-1886, 7-1-1898 y 4-4-1919.

En el orden legislativo el Código Penal del Ejército de 1884, en su artículo 18, dispuso que la declaración de responsabilidad civil, que pudiera resultar contra personas no sometidas al procedimiento criminal militar correspondía a la Jurisdicción Ordinaria. "Sin embargo, si dicha responsabilidad recae en individuos del Ejército, por actos u omisiones referentes al servicio militar, será apreciada y exigida gubernativamente por las autoridades militares conforme a los reglamentos"; precepto luego reproducido en el Código de Justicia Militar, de 1890, en su artículo 220, y en el Código Penal de la Marina en su artículo 30. Pero el Código de Justicia Militar de 1890 añadió un precepto, el artículo 219 que decía así:

"Toda persona responsable criminal de un delito o falta, lo es también civilmente, con sujeción a los preceptos del Código Penal común."

Este precepto expresaba, como acertadamente expone RODRÍGUEZ DEVESA (4), que uno y el mismo criterio tenía que aplicarse en ambas legislaciones en cuanto a la responsabilidad civil. Pero no sucedió así. En la Jurisdicción Ordinaria los Tribunales cambiaron de criterio en la interpretación del artículo 22 del Código Penal de 1932 y luego de 1944; concretamente —como hemos dicho— la importante sentencia de 18-3-36 señaló el comienzo de una corriente jurisprudencial ininterrumpida por la que se consideró que el artículo 22 era también aplicable a las Corporaciones públicas, incluso al Estado, utilizando aquella sentencia el argumento de que dentro de la palabra *persona*, no sólo van incluidas las físicas sino también las jurídicas (5) y quedó claramente establecido en la reforma del Código Penal de 1944, al

(3) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *R. E. D. M. n.º 2*, julio-diciembre 1956, pág. 179.

(4) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Ob. ct.*, pág. 173.

(5) Luego seguida por otras sentencias más, entre ellas, la de 20-10-43, la de 22-11-47, 12-6-48, 30-9-48, 22-12-48.

introducir en el texto legal las expresiones de "entidades y organismos", así como en la reiterada doctrina jurisprudencial contenida entre otras, en las Ss. de 25-5-58 (R. 1986), 16-3-61 (R. 860), 5-3-63 (R. 974), 5-2-68 (R. 781), 9-3-79 (R. 1098).

Y es cierto, efectivamente, que, al amparo del artículo 1.903 del Código Civil, nuestra jurisprudencia, a lo largo del siglo xx, proclamó una y otra vez la imposibilidad de declarar responsable a la Administración. Dicho precepto establece que el Estado es responsable cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada en cuyo caso será éste el responsable sin posibilidad de dirigirse contra el Estado en el caso de que el funcionario resulte insolvente (6). Efectivamente, en el ámbito de la Administración estatal, con base en el artículo 1.903 del Código Civil, se llegó a la conclusión de que "El Estado no responde", y ello no tuvo una clara rectificación legislativa hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 16-12-54 (7), que consideró que su promulgación era una oportunidad de poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico administrativo (8).

Hay que significar, sin embargo, dos cosas en relación con la interpretación dada al artículo 1.903 del Código Civil, en orden a la irresponsabilidad del Estado: primero, que en la jurisprudencia posterior al Código Civil la aludida interpretación del precepto no era la única, ni siquiera la dominante, y, en segundo término, que esa interpretación del precepto no era ni la más clara ni la más progresiva.

En relación con el primer punto, LORENZO MARTÍN RETORTILLO ha estudiado la citada jurisprudencia posterior al Código Civil y ha señalado que en numerosas sentencias (por ejemplo la de 2 de enero de 1899, 17 de diciembre de 1902, 9 de abril de 1913 y 2 de octubre de 1934) se admitía la responsabilidad directa del Estado fundándose en el principio de "quien causa daño a otro debe repararlo". En alguna ocasión el Tribunal Supremo pretendió establecer una línea divisoria entre esos dos regímenes de responsabilidad de los artículos 1.902 y

(6) ENTRENA CUESTA, Rafael: Ob. cit., pág. 620.

(7) GARCÍA OVIEDO, CARLOS *EISA-1962*, 8.ª Ed. por MARTÍNEZ USEROS, E. Tomo I, pág. 969.

(8) Así decía literalmente *la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa*: "los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la Administración, resultan hoy tan angostos, por no decir prácticamente prohibitivos que los resultados de una actividad administrativa que lleva consigo la inevitable secuela accidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, revierte al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias amparadas por un injustificado privilegio de exoneración. Se ha estimado que es ésta una ocasión ideal para abrir al menos una brecha en la rigidez legal".

1.903 del Código Civil, sobre la base de distinguir entre "actos de las Autoridades superiores" (que engendrarían una responsabilidad directa del Estado) y "actos de los agentes ejecutivos" (que sería el agente especial del artículo 1.903) y que originarían una responsabilidad subsidiaria del Estado. Pero lo cierto y verdad es que la mayoría de los tratadistas de Derecho Administrativo, por inercia y rutina, lo que citaban era la doctrina jurisprudencial contraria a la responsabilidad del Estado, siendo así que, como se acaba de señalar, no era dominante (9).

Y en segundo término, esa teoría abandonaba la interpretación más clara y más progresiva de los citados textos legales. Así lo señala GARCÍA DE ENTERRÍA, cuando afirma lo siguiente:

- a) El artículo 1.902 permite la responsabilidad del Estado por hechos propios. Así cuando actúa a través de funcionarios; pues en tanto obren dentro de su competencia, son órganos de la persona jurídica estatal, y, por consiguiente, ello supone la actuación directa de ésta, ya que las personas jurídicas, sean públicas o privadas, no pueden actuar directamente más que a través de sus órganos propios, y la actuación de éstos ha de imputarse a aquéllas. El precepto, pues, admitía la responsabilidad directa del Estado, con culpa o no del funcionario.
- b) El artículo 1.903 permitía responder por hechos de otro, es decir, cuando la actuación fuese realizada por agente especial que era aquél, según la jurisprudencia, que recibía un mandato o comisión concreta ajena al servicio de su cargo. El precepto, pues, amparaba la responsabilidad subsidiaria del Estado. Pues bien, a pesar de aquella línea jurisprudencial señalada por MARTÍN RETORTILLO y de las claras y progresivas posibilidades interpretativas de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil indicadas por GARCÍA ENTERRÍA, la doctrina científica ignoró aquélla y abandonó ésta y alzó la bandera de una reivindicación para reformar la Ley a fin de consagrar el principio de la responsabilidad de la Administración (10). Esta reivindicación de la doctrina tuvo sus manifestaciones en el orden administrativo y en el orden penal.

1. En el *orden administrativo* su hito histórico más notable es la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que, según los

(9) MARTÍN RETORTILLO, L.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción*. RAP, n. 42, pág. 168 y ss.

(10) GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo: La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en D. Español. *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal* n. 7, pág. 7 y ss. y *Curso de D. Administrativo*. Volumen II, Ed. Civitas. Madrid 1981. Págs 322 y 333.

propios términos de su Preámbulo, "*abrió una brecha en la rigidez legal*" y consagró en los términos más amplios la responsabilidad patrimonial de la Administración, de manera tan integral que constituye, según se ha dicho con frase afortunada, un "verdadero estatuto de garantía patrimonial del súbdito frente a la acción del Estado". En efecto, el artículo 121 de la indicada Ley dice así:

"Dará también lugar a indemnización... toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiera siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo."

La fórmula fue ampliada por el artículo 133 del Reglamento de la propia Ley aprobada en 26-4-57, que declaró indemnizable "toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos" y no sólo en los bienes y derechos a que se refería la Ley.

No hacía falta más, pues la reponsabilidad civil de la Administración quedaba definitivamente resuelta. Pero se quiso solemnizar aún más el principio consignándole en una Ley básica de ordenación administrativa, y ello tuvo lugar en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, cuyo artículo 40 dice así:

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa."

2. En el *orden penal* y cuando el comportamiento del órgano, funcionario o dependiente público no fuera sólo ilegal sino además constitutivo de delito, al primera brecha abierta contra el principio "El Estado no responde" y en consecuencia

2. En el *orden penal*, y cuando el comportamiento del órgano, funcionario o dependiente público no fuera sólo ilegal, sino además constitutivo de delito, la primera brecha abierta contra el principio "El Estado no responde" y, en consecuencia, la primera quiebra, en el orden legal, de la irresponsabilidad del Estado fue el artículo 22 del Código Penal de 1944 que, al aludir a Entidades y Organismos, cobijó la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración sin paliativos (11).

(11) GÓMEZ CALERO, J.: *La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal*. RGD. n.º 189-194. 1960.

La segunda brecha quiso ser el artículo 206 del Código de Justicia Militar, pero antes de entrar en el examen de la letra del precepto veamos algunas nociones generales en orden al concepto y naturaleza, fundamento y contenido de la responsabilidad civil.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DIMANANTE DE DELITO

A) *Concepto y naturaleza.* Dice QUINTANO RIPOLLÉS que en el fenómeno jurídico procesal del delito hay una triple facultad de ejercicio de acción: 1.ª) La de la *acción pública*, encarnada por el Fiscal. 2.ª) La de la acción civil privada, consecuencia de la obligación dimanante del artículo 1.001 del Código Civil, y 3.ª) La acción innominada, verdadera "acción tercera", que se corresponde a la obligación o responsabilidad quasi criminal del artículo 101 del Código Penal.

Esta acción tercera guarda parentesco con la pública (o ex delicto) por su etiología y por su exigencia de publicidad; y con la civil por su renunciabilidad y ser susceptible de transacción. La proximidad hacia la una sirve para alejarla de la otra, por lo que su especialidad —aunque no su autonomía— queda suficientemente acreditada. La acción tercera tiene sobre la civil notables ventajas: la primera de todas ellas su amparo y ejercicio a cargo del Ministerio Fiscal. Segundo, la preferencia sobre todas las demás responsabilidades pecuniarias, aunque le falte el privilegio máximo del apremio personal como a la multa (12).

En cuanto a su naturaleza jurídica la acción tercera, señala el mismo autor, es una verdadera obligación de tutelar por parte del Estado y un correlativo derecho de actuar hacia el Estado.

Ahora bien, en Derecho Procesal Militar es un principio general que no se admitirá la acción ejercitada por particulares (13). Por lo que el

(12) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: La llamada acción tercera o "quasi criminal" propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito. *Revista de Derecho Privado XXX*, 1946. Pág. 935.

(13) Así, efectivamente, lo decía en forma terminante el artículo 542 del Código de Justicia Militar de 1945, al establecer que "en ningún caso se admitirá la acción privada". No obstante, la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, ha modificado este artículo en el sentido de limitar la acción privada a sólo los delitos perseguibles a instancia de parte. Pero esta modificación obviamente es intrascendente, porque muy rara vez conocerá la Jurisdicción Militar de un delito perseguible a instancia de parte, habida cuenta las nuevas normas de competencia introducidas precisamente por esa misma Ley Orgánica, que atribuye a la Jurisdicción Militar una competencia puramente residual y está dentro del ámbito estrictamente castrense.

derecho de actuar hacia el Estado está atribuido siempre en la práctica al Ministerio Fiscal Jurídico Militar.

Pero además de ese fenómeno, en cuanto al ejercicio de la llamada acción tercera, cuyo práctico monopolio corresponde al Ministerio Fiscal Jurídico Militar, la segunda especialidad de la acción civil dimanante de delito cuando el responsable subsidiario es el Estado, es, como veremos, que frente al derecho de acción contra el Estado no existe una correlativa obligación de tutela por parte del mismo Estado, con lo cual sufre una importante quiebra la naturaleza jurídica de esta acción.

B) *Fundamento*. El fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria por hecho de otro, señala BAJO FERNÁNDEZ, no es la culpa in vigilando o in eligendo, sino que se halla en el principio de que quien se beneficia del riesgo debe responder del daño ventualmente ocasionado (Ss. de 22-11-76 y 6-10-77). Y opina este autor, con relación al artículo 22 del Código Penal, que la frase "en el desempeño de obligaciones al servicio" hay que entenderla en un sentido amplio equivalente a comisión de delito o falta "con ocasión del servicio", con lo cual se consigue un acercamiento a lo establecido en el artículo 1.903 del Código Civil, que exige que el empleado cometa el hecho dañoso "en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones". Así se evita, según este autor, que la responsabilidad del principal dependa de más requisitos cuando el dependiente comete un delito (art. 22 C.p) que cuando comete un ilícito civil (art. 1.903 C.c) (14).

Criterio este del riesgo, como fundamento de la responsabilidad civil, por hecho de otro, que viene siendo mantenido casi con unanimidad por la doctrina dominante. Así, SANTOS BRIZ señala que el principio de la responsabilidad individual va evolucionando hacia la socialización de la responsabilidad. La responsabilidad individual ha sido predominante culposa; ha sido a través de la responsabilidad de actos ajenos como se ha llegado a la responsabilidad por riesgos (15). Y SOTO NIETO afirma que a la culpa básica, primaria, nuclear del agente productor, viene a anudarse una negligencia de segundo grado, omisiva, aunque antecedente en el tiempo a la anterior; culpa propia de los obligados en el artículo 1.903, que se ha calificado de culpa in vigilando y ha evolucionado en el sentido de que hoy día es dogmáticamente imposible escindir los incommoda de los commoda en los

(14) BAJO FERNÁNDEZ: *Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal*. Importancia de su determinación (S. 22-11-76). *Revista de Derecho Público* 1978, pág. 707 y ss.

(15) SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*. Derecho sustantivo y procesal. 3.ª Ed., Ed. Montecorbo, S. A., 1981. pág. 12.

riesgos (16) y HEREDERO declara, acentuando el carácter objetivo de la responsabilidad civil, que el deber de reparación es exigible en cuanto el daño se presente... y, que cualquier elemento subjetivo, está ausente de la base fundamentadora de esta responsabilidad (17).

C) *Contenido de la Responsabilidad Civil*. La S. de 28 de abril de 1955 declara que:

“La indemnización de los perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el *resarcimiento económico del menoscabo*, producido al perjudicado, y por ello *si el causante del perjuicio debe repararlo tiene que hacerlo en su totalidad*, para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación.

Es decir, que, como señala GÓMEZ ORBANEJA, la función específica de la restitución es dejar las cosas como estaban, reintegrar o restaurar el “statu quo” anterior, en tanto que lo que caracteriza al resarcimiento es la constitución de una obligación secundaria que se sustituye o se agrega a la primera (18). SILVA MELERO, partiendo de la base de que el concepto de ilicitud es el mismo y único, y que el artículo 1.106 del Código Civil define los principios fundamentales en materia de resarcimiento, los cuales son válidos tanto para las obligaciones contractuales como contra la extracontractuales declara que en definitiva el “*id quod interest*” que yacía en las fuentes romanas y que para los pandectistas implica la nivelación de la diferencia que se produce entre la situación actual en que se hallaría el patrimonio de la persona dañada sin el hecho dañoso y el que en la realidad presenta (19).

De cuanto antecede resulta, pues, que la palabra “indemnización” tanto vale como quedar “indenme”, y ello sólo se logra si el perjudicado obtiene sin regateos la restitución de la cosa, la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios, tanto en el orden del “*damnum Emergens*”, como en el “*lucrum cesans*”, y tanto en el orden moral como patrimonial. Y aunque es cierto que el Tribunal tiene facultad para determinar el “*quantum*” de la indemnización, ésta por equidad y por

(16) SOTO NIETO, FRANCISCO: *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo*. Ed. Montecorbo. Madrid 1982, pág. 177.

(17) HEREDERO, JOSÉ LUIS: *La responsabilidad sin culpa*. Responsabilidad Objetiva. Ed. Nauta, Barcelona 1964, pág. 146.

(18) GOMEZ ORBANEJA, E.: *La acción civil de delito*. R. D. P. 1949, pág. 204.

(19) SILVA MELERO, V.: *El problema de la responsabilidad civil en derecho penal*. R. G. L. J. Diciembre 1950, pág. 636.

disposición legal no puede ser inferior a la entidad y valor real del daño evidenciado en el procesado (S. 25-5-73, R. 2422).

Veamos ahora si la responsabilidad civil subsidiaria del Estado que contempla el artículo 206 del Código de Justicia Militar responde por su concepto, naturaleza, fundamento y contenido a los que ha de tener una verdadera responsabilidad civil.

III. EL ARTICULO 206 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

A) *El precepto*: el artículo del Código de Justicia Militar dice así:

“Artículo 206. Cuando la responsabilidad civil declarada no pudiera hacerse efectiva por insolvencia del culpable o culpables, pertenecientes a cualquiera de los Ejércitos, y el delito o falta de que se deriva aquélla lo hubieren cometido en ocasión de ejecutar un acto de servicio reglamentariamente ordenado, el Tribunal o Autoridad Judicial que conociera del procedimiento podrá acordar dentro del mismo, si lo estima justo, que se exija la responsabilidad subsidiaria del Ejército respectivo en todo o parte de la civil impuesta, mediante la tramitación que establece el artículo 1.602. Si recayese acuerdo de indemnización o pago se hará efectivo por el Ministerio militar respectivo con cargo a su presupuesto.”

De la letra del precepto resultan los siguientes requisitos para la exigencia de la llamada responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio militar respectivo (hoy Ministerio de Defensa):

1. *Declaración de responsabilidad civil del responsable penal y que éste resulte insolvente.*
2. *Que la infracción se hubiese cometido en ocasión de ejecutar un acto reglamentariamente ordenado, circunstancias estas, ambas, que han de darse simultáneamente, es decir, acto de servicio y orden para ejecutarlo (A. de 15-3-61) (20).*
3. *Acuerdo del Tribunal o Autoridad Judicial de exigir la responsabilidad subsidiaria al Ejército “si lo estima justo”. Este último*

(20) Si bien no desnaturaliza la condición de acto de servicio el hecho de que el procesado tergiverse lo que reglamentariamente se le ordenó (A. de 3-10-56), y aunque no conste la circunstancia en la pieza separada, si en los hechos probados de la sentencia no se determina nada en contrario (A. de 9-11-55).

inciso, "si lo estima justo", da a entender claramente que la facultad del Tribunal o Autoridad Judicial no es imperativa, sino discrecional, y así lo confirma la Exposición de Motivos, con estas palabras:

"No quiere esto decir que la responsabilidad subsidiaria que se instala sea general y preceptiva... sino que aquí se abre sencillamente el camino al Tribunal o Autoridad que conozca del procedimiento, a fin de que, si aprecia razones de gran justicia, haga recaer el todo o parte de la responsabilidad civil, en defecto de exacción sobre el culpable directo u otros subsidiarios, en el Ejército cuyo personal o material produjo el daño, pero vedando toda reclamación o apelación contra la resolución, que aquéllos dicten, sea de estimación o desestimación y deje o no satisfechos los intereses particulares."

4. *Incoación de pieza separada* en la que, previo informe del Ministerio en orden a la responsabilidad civil que pretende exigírsele, y previo dictamen del Fiscal Togado, *recaerá Auto inapelable del Consejo S. Justicia Militar* (21) declarando la responsabilidad o irresponsabilidad civil del Ministerio. Así resulta del artículo 1.062 del Código de Justicia Militar (22), (23).

(21) RUBIO TARDIO: *La responsabilidad civil en el Código de Justicia Militar*. R. E. D. M., n.º 20, pág. 58. Señala este autor que con ello se ha creado un expediente que no es jurisdiccional, y que no se refiere a la propia responsabilidad civil nacida de delito.

(22) Su texto literal es el siguiente: "Cuando la responsabilidad civil de que se trate sea la subsidiaria del Ejército respectivo derivada del artículo 206, firme el acuerdo del Tribunal o Autoridad que declare procedente exigirla, ordenará uno u otra se tramite pieza separada, que se encabezará con testimonio de particulares, entre los que ha de figurar siempre la resolución de procedimiento. Una vez completa la instrucción, se elevará lo actuado al Ministerio militar correspondiente para que emita su informe en el plazo de dos meses sobre la responsabilidad expresada que pretenda exigírsele; y transcurrido el indicado término, dicho Departamento cursará las Diligencias al Consejo Supremo de Justicia Militar, quien previo dictamen del Fiscal Togado, dictará Auto con la declaración de responsabilidad o irresponsabilidad civil subsidiaria del Ejército de que se trata. Contra esta resolución no se dará recurso de ningún género y se comunicará al Ministerio a que afecte por aquel Alto Tribunal, quien al propio tiempo, y si fuere declarativa de responsabilidad, interesará del respectivo Ministerio la habilitación del crédito necesario para hacerla efectiva. También se trasladará la resolución, con los autos, al Instructor, quien notificará al interesado."

(23) RUBIO TARDIO: Ob. citada, pág. 58. Afirma que este precepto ha de aceptarse con ciertos reparos, puesto que si la resolución es inapelable ello no impedirá que el interesado pueda accionar en otra vía, puesto que la resolución en vía penal se produjo sin su conocimiento ni su intervención y es una "res inter alios acta".

A la vista de cuanto antecede podemos preguntarnos si estamos en presencia de una verdadera responsabilidad civil, si el artículo 206 supuso un progreso desde el punto de vista jurídico, y si, finalmente, el precepto está derogado por normas de igual o superior rango. Vamos a tratar de contestarlas.

A) *¿Significó este precepto un progreso desde el punto de vista jurídico?* La Exposición de Motivos del Código Castrense contiene estas palabras:

“En orden a la responsabilidad civil se *introduce la innovación* de poder hacer recaer aquélla sobre la Administración del Estado, en sus Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, cuando agentes o personal de los mismos a quienes hubiere sido impuesta por delitos o faltas cometidos con ocasión de servicios reglamentarios, resultaren insolventes. No se oculta la *trascendencia de semejante novedad.*”

Las palabras subrayadas parecen indicar el convencimiento del legislador de que el artículo 206 iba a suponer un progreso legislativo en orden al mayor amparo concedido a los perjudicados. Y pudo serlo en relación con el Código Penal del Ejército de 1884 (24) y con el Código de Justicia Militar de 1890 (25) y con el Código Penal de la Marina de Guerra (26), que no contenían el menor atisbo —ni siquiera embrionario— de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Pero si en relación con sus inmediatos precedentes legislativos el artículo 206 es un progreso, no lo es, en cambio, en el ámbito de la legislación en general y de la legislación Penal en particular, puesto que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Organismos Administrativos fue introducida un año antes como un imperativo de la seguridad jurídica en el artículo 22 del Código Penal y en la praxis judicial desde la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1936.

En consecuencia, el referido artículo no fue un progreso, pues publicado el Código de Justicia Militar en 1945, suponía para los perjudicados una garantía notablemente inferior a la contenida en el artículo 22 del Código Penal dictado un año antes.

Y no sólo fue un progreso, sino que realmente envuelve un contrasentido pues, siendo única la personalidad del Estado, era y es absurdo que en presencia de un comportamiento punible de un órgano, autoridad, o dependiente estatal, exista responsabilidad civil preceptiva del Estado, siempre, excepto cuando el dependiente o el órgano es

(24) En su artículo 18.

(25) En sus artículos 219, 220 y 221.

(26) En sus artículos 27 al 30.

militar, pues en este caso el Tribunal tiene discrecionalidad para condenar o no al Estado, condena, por demás, sometida a una ulterior verificación en pieza administrativa separada en los términos que señala el artículo 1.062 del Código de Justicia Militar (27).

El precepto citado del artículo 206 no fue, pues, más que un tímido intento legislativo para dotar al tema de la responsabilidad civil del Estado de un matiz más progresivo y moderno (28), sacándolo de la situación de estancamiento en que se encontraba conforme a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y conforme, sobre todo, a la jurisprudencia que los interpretaba; jurisprudencia que, como hemos señalado más arriba, no era jurisprudencia general y conteste ni tampoco suponía la interpretación más progresiva de esos preceptos.

B) *¿Supone la responsabilidad civil de que se trata, una verdadera responsabilidad civil?* Creemos que no: la responsabilidad del Estado que con carácter de subsidiaria se establece en este artículo no es verdadera responsabilidad civil. Y ello porque la responsabilidad civil dimanante de un delito o falta es una *obligación* civil declarada por el Tribunal sentenciador y tiende al resarcimiento de la víctima, sin atender a otro parámetro que al restablecimiento del desequilibrio patrimonial experimentado por el perjudicado como consecuencia del delito. Y está claro que la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 206 no tiene las características señaladas por las siguientes razones:

PRIMERO, porque la Ley permite que el Tribunal discrecionalmente pueda acordarla o no, con lo cual la responsabilidad civil del Estado por el comportamiento ilegal de sus funcionarios, servidores y órganos —que es un imperativo del Estado de derecho— (29) deja de ser evidentemente una obligación inexcusable en sentido estricto para

(27) Curiosa es la opinión de GÓMEZ CALERO, J., en ob. citada, pág. 895, cuando afirma que el artículo 1.062 integra un proceso contradictorio peculiar, un litigio, que no carece de juez y de partes —el Consejo Supremo de Justicia Militar, el Ministerio y el Fiscal que asume la acción civil en interés del particular que tutela— y que su más relevante anomalía consiste en la alteración del orden normal de los actos procesales, pues interviene la defensa antes que la acusación. Creemos que la tesis no se puede aceptar puesto que el titular del derecho no tiene acceso a la defensa faltando, por consiguiente, la igualdad en el debate —equality of arms— y finalmente, el fallo, al ser inapelable, impide que pueda ser revisado por una instancia superior.

(28) En este sentido se ha señalado que el precepto significó un paso, aunque prudente, a una meta de indiscutible justicia. RUBIO TARDIO, Pedro: *La responsabilidad civil en el Código de Justicia Militar*: algunos problemas sustantivos y procesales con ella relacionados. R. E. D. M., n.º 20. Julio-diciembre, pág. 58.

(29) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal*. Tomo I, pág. 487. Afirma el autor que “la responsabilidad civil del Estado y sus órganos es un imperativo de la seguridad Jurídica en un Estado de derecho y aun de moral”. lo que propugna una paridad absoluta con la de las demás empresas y personas jurídicas, salvo las naturales diferencias que su naturaleza impone.

convertirse en una obligación que eventual y discrecionalmente puede señalar el Tribunal. Lo que antecede tiene su confirmación en la expresión condicional —no muy afortunada, por cierto— de “si lo estima justo” y en la propia Exposición de Motivos cuando indica que la responsabilidad civil subsidiaria que se instala “no es general y preceptiva” (30).

SEGUNDO, porque el precepto permite que la responsabilidad subsidiaria del Estado recaiga *en todo o en parte* de la civil impuesta, lo que va en contra de la esencia misma de la responsabilidad civil subsidiaria que debe tener la misma cuantía y extensión patrimonial que la responsabilidad civil del principal obligado porque una y otra deben de estar encaminadas al mismo fin, es decir, al pleno resarcimiento del perjudicado.

TERCERO, creemos también que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado del artículo 206 no es verdadera responsabilidad civil porque ésta, como se acaba de decir, tiende al resarcimiento. Y es el caso que la Jurisprudencia del Código de Justicia Militar, ensanchando no muy razonablemente el precepto legal, viene exigiendo, además de los requisitos expresados en la letra del mismo, uno más, a saber, la indigencia del perjudicado (Autos de 3-10-56 y 2-9-65) o la situación de manifiesto desamparo y penuria de la víctima (Auto de 31-8-55) o que el perjudicado sea económicamente débil (Auto de 7-12-55). Para exigir estos requisitos —que la letra del precepto no exige, insistimos—, la Jurisprudencia se apoya en la Exposición de Motivos, lo que técnicamente nos parece inaceptable, puesto que las palabras contenidas en las exposiciones de motivos expresan la intención o propósitos del legislador y sirven para aclarar o explicar, con valor de interpretación auténtica, el sentido o alcance de la norma contenida en la Ley. Lo que no puede hacer una Exposición de Motivos es añadir a la norma legal un requisito que ésta no contiene. En este sentido GÓMEZ CALERO afirma con razón que *formalmente* la Exposición de Motivos no tiene rango de Ley, careciendo en sí de toda fuerza normativa, de modo que no puede ampliar el ámbito de aplicación de la Ley y, mucho menos, reducirla con la adición de requisitos o exigencias no contenidos en la norma; y desde el *punto de vista sustantivo* la responsabilidad civil en su triple contenido, tiende a reparar la lesión ocasionada por el acto punible: es, por tanto, la entidad de la lesión la que determina la cuantía

(30) GÓMEZ CALERO, J.: *La responsabilidad civil derivada de acto ilícito penal*. R. G. D., n.º 189-194. 1960, pág. 896. Opina que si conoce del hecho la Jurisdicción Ordinaria, la responsabilidad civil es imperativa, si conoce la Jurisdicción Militar es discrecional. El hecho es tan injusto como real, pues hechos idénticos deben tener en la Ley soluciones idénticas. En igual sentido RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho Penal español*. Parte general. Madrid 1981, pág. 980.

de la responsabilidad; por eso tomar como módulo no la entidad del perjuicio sino la situación económica del perjudicado —enteramente extraña al hecho delictivo— es subvertir arbitrariamente los términos (31).

Pero independientemente de esta anomalía técnica en la interpretación de la norma es el caso que si se condiciona la exigencia de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado a la penuria o desamparo de la víctima está claro que la responsabilidad civil deja de ser un imperativo jurídico encaminado a restaurar el desequilibrio patrimonial producido por el delito para convertirse en una manifestación más de la función que en materia de beneficencia se encomienda al Estado. Y, evidentemente, la responsabilidad civil es una obligación, no una limosna.

IV. ¿SIGUE VIGENTE EL ARTICULO 206?

Formalmente el artículo 206 del Código de Justicia Militar no ha sido derogado expresamente. Sin embargo, se han dictado disposiciones, incluso de inferior rango, que intentan mejorar su contenido y, desde luego, creemos que ha sido seriamente afectado por la Constitución. Veámoslo detenidamente.

1. El Decreto del 17-11-64

El artículo 31 de este Decreto dispone que “para la declaración y efectividad por la Jurisdicción Militar de la responsabilidad civil exigible al Estado con ocasión del uso y circulación de sus vehículos se observarán los peculiares preceptos de la Ley reguladora y disposiciones que la complementen, de acuerdo con su disposición final 5.ª, sin que, por tanto, sean de aplicación lo dispuesto en los artículos 206 y 1.062 del Código de Justicia Militar.

Señala ROMERO Y GONZÁLEZ CALATAYUD que este precepto supone un avance notable, pues con arreglo al artículo 206 del Código de Justicia Militar en la mayoría de las ocasiones los perjudicados no obtenían reparación y, en cambio, en la actualidad, siempre se hará efectiva ésta (32). Y GÓMEZ CALERO afirma que la norma aludida constituye una legalidad absolutamente incompatible con los dos preceptos del Código de Justicia Militar —artículos 206 y 1.062— atinentes al tema de la responsabilidad civil (33).

(31) GÓMEZ CALERO, J.: Ob. cit., pág. 894.

(32) ROMERO Y GONZÁLEZ CALATAYUD, Vicente: *La nueva Ley penal y procesal del automóvil y su adaptación a la Jurisdicción Militar*. R. E. D. M., n.º, 1965, pág. 72.

(33) GÓMEZ CALERO, J.: *La responsabilidad civil subsidiaria de los Ejércitos y el*

No debe pensarse, sin embargo, que el precepto derogó el artículo 206 del Código de Justicia Militar, como se deduce de las opiniones aludidas y como expresamente afirma algún autor, puesto que formalmente el precepto viene contenido en un Decreto que tiene rango normativo inferior al Código, y porque además el artículo 257, párrafo 1.º, del Código de Justicia Militar ordena que los delitos y faltas comunes —las de circulación entre ellas— de que haya de conocer la Jurisdicción Militar se regirán por el Código Penal. En consecuencia, esos delitos y faltas habrán de regirse —en cuanto se refiere a la responsabilidad subsidiaria del Estado dimanante de los mismos— por el artículo 22 del Código Penal y no por el artículo 206 del Código de Justicia Militar. De manera tal que el artículo 31 del Decreto mencionado no supuso incompatibilidad con la normativa del Código Castrense ni mucho menos derogación de éste.

2. La Orden del 15-1-1979

Tampoco ha sido derogado el artículo 206 por la Orden del Ministerio de Defensa de 1979 referida a las "indemnizaciones que sean exigibles por razón de daños a las personas o las cosas originados por el uso y circulación de vehículos de las Fuerzas Armadas siempre que sean conducidos por personas habilitadas para ello y en prestación de servicios autorizados" (artículo 1º), puesto que, igual que en el caso anterior, la referida Orden no puede derogar el Código, dado el superior rango de éste, como se reconoce expresamente en la disposición derogatoria, al dejar sin efecto solamente "las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la misma.

Si se lee con detenimiento el preámbulo de la indicada Orden, lo que con la misma se pretende es extender al personal contratado y personal militar de reemplazo que conduce vehículos oficiales el mismo sistema que para las autoridades, funcionarios y agentes establece la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en orden a que la Administración asume, como auto-aseguradora, las contingencias que sufran sus propios bienes o los de terceros causados por esas personas.

Por ello la indicada Orden establece que las correspondientes indemnizaciones serán abonadas por el Ministerio de Defensa cuando excedan o no estén cubiertas por el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

nuevo régimen de seguro obligatorio de riesgo de la circulación. R. G. D., n.º 248, 1965, pág. 369.

3. La Constitución de 1978

El artículo 106-2.º de la Constitución establece que “los particulares... *tendrán* derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, ...siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Creemos que así como las dos disposiciones administrativas anteriores no derogaron, ni expresa ni tácitamente, el artículo 206, creemos que el precepto constitucional citado, en virtud de la disposición derogatoria 3.º de la propia Constitución, ha vaciado el artículo 206 del Código de Justicia Militar de toda la ganga de limitaciones que desnaturalizaban la institución allí contemplada.

Sobre la eficacia derogatoria de la Constitución baste citar la sentencia del Tribunal Constitucional de 31-3-81 (Ra-7), que declara “que la naturaleza de Ley Superior que la Constitución tiene se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella”.

Evidentemente no son ya constitucionales las limitaciones, legales o jurisprudenciales, que se opongan al derecho de los particulares a ser indemnizados. Si se produce una lesión como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos la indemnización inevitablemente tiene que producirse y no se puede condicionar. Han de desaparecer, pues, los condicionamientos, trabas y limitaciones impuestas por la letra del artículo 206, o por el espíritu del mismo que flúa de la Exposición de Motivos del Código o por la jurisprudencia limitativa del Consejo Supremo de Justicia Militar, tales como la discrecionalidad en la exigencia de las indemnizaciones, la posibilidad de que ésta recaiga en todo o en parte, la penuria o indigencia del perjudicado y la necesidad de un expediente posterior con resolución inapelable. Creemos que todas estas limitaciones chocan ahora con el mandato constitucional por lo que —conforme a la disposición derogatoria 3.ª de la Constitución— han quedado derogadas y sin efecto. El vocablo imperativo *tendrán* que utiliza el texto constitucional no ofrece dudas.

Si tenemos en cuenta que “los preceptos constitucionales vinculan a todos los poderes públicos (artículos 9 y 53 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos” (Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-6-81, recaída en RA-16), y si tenemos en cuenta además que la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones a las que se considera como componentes esenciales cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, “estableciendo en ellas un *núcleo o reducto indisponible*”, es evidente que la indemnización a los particulares por causa de lesión que sea conse-

cuencia del funcionamiento de servicios públicos, es un *núcleo indisponible* que el legislador ordinario ha de respetar puesto que el mismo constituye un límite o reducto indisponible que no puede desvirtuar o desfigurar, privándola prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Es luminosa en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 28-7-81 recaída en RI-6).

Si, por cuanto antecede, la norma del artículo 206 queda recortada en los términos señalados, resulta ya con la misma significación y contenido que el artículo 22 del Código Penal.

4. Anteproyecto de Ley Penal Militar

El artículo 39 del anteproyecto de la futura Ley Penal Militar dice así:

“Responsabilidad civil subsidiaria del Estado”. En defecto de quienes lo sean criminalmente, el Estado es responsable civil por los delitos que hubiesen cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la sentencia.”

No nos parece acertada la fórmula por varias razones. En primer término, porque es el único artículo dedicado a la responsabilidad civil y pensamos que ya que se omite prácticamente el tema podía haberse omitido en su totalidad y remitirse en su totalidad al Código Penal Ordinario, cuyo artículo 22 disciplina aceptablemente esta materia. En segundo lugar, porque la fórmula no es comprensiva puesto que alude sólo a delitos cometidos por militares y no a los cometidos por los paisanos movilizados o militarizados ni las demás personas comprendidas en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 13 del Código Castrense, modificado por Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre; y finalmente porque el concepto “Acto de Servicio” es mucho más restringido que la fórmula del artículo 22 del Código Penal que alude al “desempeño de sus obligaciones o servicios” y desde luego que la fórmula constitucional que alude simplemente a “funcionamiento de los servicios públicos”. Por todo lo cual sería deseable, como señalaba RUBIO TARDÍO, la completa remisión a la Ley común (34).

V. CONCLUSIONES

1.ª El artículo 206 del Código de Justicia Militar trató de abrir una brecha en el sistema legislativo para hacer posible, en el ámbito

(34) RUBIO TARDÍO, Pedro.: Ob. cit., pág. 58.

castrense, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado dimanante de delito.

2.^a Dicho precepto no significó un progreso en el orden técnico puesto que el artículo 22 del Código Penal, dictado un año antes, era más amplio y comprensivo.

3.^a La institución contemplada en el artículo 206 del Código de Justicia Militar no responde ni por su concepto y naturaleza ni por su fundamento ni por su contenido a una verdadera responsabilidad civil.

4.^a El precepto, en aquello que se oponga a la Constitución, ha sido derogado por ésta, cuyo artículo 106-2.^o obliga a indemnizar toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (35).

5.^a Finalmente no nos parece acertado la fórmula que para disciplinar esta institución se proyecta en la futura Ley Penal Militar y estimamos más aconsejable la remisión completa a la Ley común.



(35) Es interesante en este sentido un Dictamen del Consejo de Estado de 11-4-62, conforme al cual solamente en actos puramente del funcionario "con desconexión total del servicio" exonerarán a la Administración Pública.