

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

José ROJAS CARO
Comandante Auditor

SUMARIO

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

I. LA RESOLUCION

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

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

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

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

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

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

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

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

II. ARGUMENTOS CONTRARIOS

1. *Argumento gramatical*

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

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

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

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

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

2. Argumento histórico

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

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

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

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

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

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

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

3. *Argumento lógico*

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

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

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

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

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

4. *Argumento teleológico*

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

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

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

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

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

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

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

5. *Argumento Jurídico*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. *Argumento práctico o de oportunidad*

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

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

III. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.º Desde el punto de vista práctico, finalmente, la tesis contenida en la resolución comentada es de un alto riesgo, porque podría servir de base para desalojar del Código castrense y del fuero militar otros casos análogos de ofensas a superior producidos por resentimientos afectivos del inferior que se vio menoscabado o lastimado en su honra por alguna afrenta o incluso por delitos de injuria o calumnia. Posibilidad que iría abiertamente en contra de la letra y el espíritu del Código de Justicia Militar.

IV. POST SCRIPTUM

Una vez remitido el presente trabajo a la imprenta, se ha producido una nueva e interesante resolución de la Sala Especial de Competencia.

Es un Auto de 7 de Marzo de 1985 y resuelve una cuestión de competencia positiva entre la Jurisdicción Militar y la Ordinaria que se centra sustancialmente en el siguiente punto: muerte de un Teniente Legionario y de una amiga de éste, inferida por un Soldado Legionario, fuera del Cuartel y de Servicio, a lo que se unen dos infracciones comunes más de menor entidad.

La Jurisdicción Militar mantuvo su competencia con base en que se trata de un delito de insulto a Superior —muerte de un Teniente inferida por un inferior, estando ambos uniformados fuera de servicio— delito tipificado en el artículo 321 párrafo último, del que es competente la Jurisdicción militar por imperativo del artículo 6.º-1.º del Código de Justicia Militar. A lo que no es óbice que exista además otro delito —y este común— de asesinato —en cuanto a la muerte de la mujer—, puesto que el insulto a superior lleva aparejada pena más grave —treinta años— que el asesinato, por lo que ha de considerarse conexo

con aquél, y por consiguiente ha de conocer de ambos la Jurisdicción que conozca del delito principal que es el insulto a Superior, y ello por imperativo del artículo 22 párrafo 1.º y 2.º y 23-5.º del Código de Justicia Militar, y por el mismo motivo es también competente la jurisdicción militar de las otras dos infracciones comunes.

La Jurisdicción Ordinaria mantuvo su competencia por entender que se trataba de infracciones, realizadas fuera de establecimiento militar y fuera de servicio que no afectan al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas. Hay que añadir que a petición de la Jurisdicción Ordinaria se solicitó y obtuvo de Portugal la extradición del presunto culpable.

Pues bien, el referido Auto sienta, a nuestro juicio, la buena doctrina al declarar el 2.º considerando lo siguiente:

Considerando: Que la atribución de la competencia a la Autoridad Militar vendría en principio determinada a virtud de lo establecido en los artículo 22 y 23.5.º del Código de Justicia Militar en relación con el 321, último párrafo, de la misma Ley, así como con el Real Decreto Ley de 21 de Diciembre de 1978 y con los artículos 406, 1.º, 302, 1.º y 587, 3.º del Código Penal, los dos últimos preceptos en cuanto al delito de falsedad en documento mercantil y a la falta de estáfa también cometidos en el mismo complejo factico, y ello por corresponder la pena, única, de treinta años al delito de insulto a superior con resultado de muerte, absorbente en consecuencia de los demás delitos comunes, de penalidad inferior, conexos al que en tal medida sería prioritario.

Lo que ocurre es que en ésta cuestión se ha interferido un problema —el de la extradición— ajeno a la naturaleza del delito principal pero que ha venido a influir poderosamente en ésta:

Se expresa así el Considerando 3.º.

Considerando: Que, ello no obstante, tal argumentación tiene que ceder ahora, inexorablemente, como consecuencia de las normas y principios fundamentales que regulan, de modo genérico, la extradición cual institución de auxilio entre diferentes países para propiciar un frente común contra la delincuencia, Ley de Extradición de 26 de Diciembre de 1958 y Reserva española al artículo 1 del convenio europeo de Extradición por infracciones comunes, es obvio que en éste caso no puede llegarse a la preponderancia de la jurisdicción militar en hechos a enjuiciar como consecuencia de una legal extradición; la segunda porque, en relación con ello, nadie puede ser juzgado por infracciones ajenas a la solicitud de extradición, por lo que es indudable que el delito más importante desde el punto de vista penológico, afecto a la jurisdicción especial, no objeto de la extradición aquí consumada, y ésto ha de marcarse con especial énfasis, ha de ceder ante las otras infracciones de la jurisdicción ordinaria si contenidas en aquélla y por tanto delimita-

doras de cuantos efectos judiciales se deriven de la solicitud cursada al país vecino.

En resumen: que aunque la competencia es de la Jurisdicción militar, en este caso concreto hay que entregar la competencia a la jurisdicción ordinaria por respeto a los principios que rigen la extradición y singularmente por estos dos: el de que la legislación vigente no autoriza la extradición más que por infracciones comunes, y el de que nadie puede ser juzgado por infracciones ajenas a la solicitud de extradición.

En suma: el insulto a Superior es delito de la competencia de la jurisdicción militar, aunque se cometa fuera del cuartel y fuera de servicio, como se reconoce en este Auto de la Sala de Competencias del Tribunal Supremo, aunque en éste caso por imperio de los principios que rigen la extradición, hubiera que resolver en sentido contrario.

La tesis básica que este Auto mantiene sobre el fuero militar de éste delito es la que constantemente y con reiteración mantiene el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Véase, por tales, la tesis contenida en la sentencia de 14 de diciembre de 1983:

«En conclusión, el delito de insulto a Superior, por maltrato de obra, tipificado en el artículo 321 del Código de Justicia Militar, se comete por el mero hecho de la agresión física o ataque del inferior al Superior en empleo o mando, *cualquiera que sea la causa que lo determine u origine, ya que éste, el superior, jamás pierde en la Milicia su carácter de tal frente al inferior*, salvo el único supuesto del artículo 322 del propio Código, de haber sido el inferior ofendido en su honra como marido o padre, por lo que admitir una interpretación contraria a ésta doctrina no sólo significaría distorsionar erróneamente el tenor literal del precepto, sino además quebraría el principio esencial de la disciplina militar que el Código Castrense tiene, a costa, que salvaguardar.»

Llamamos la atención sobre las palabras subrayadas que indican dos cosas: a) que el móvil es intrascendente —salvo el supuesto del 322— y b) que en la Milicia el Superior nunca pierde su condición de superior frente al inferior.