

CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 338 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

Juan Ignacio PUIG DURAN
Comandante Auditor del Aire.

REFLEXION PRELIMINAR

El Artículo 338 del Código de Justicia Militar que establece y castiga la cobardía ante el enemigo como un delito «sui generis» imponiendo la pena de muerte para castigo y ejemplo de los demás ha sido objeto de escasa atención por los estudiosos del Derecho Penal Militar.

La importancia del delito de cobardía no se debe únicamente al interés de los problemas dogmáticos que plantea, sino también, a la transcendencia del debido encuadramiento de esta figura delictiva para la protección del bien jurídico de la disciplina y seguridad del ejército en campaña.

En el fenómeno del conflicto bélico, como en tantas otras manifestaciones de la técnica, la realidad arrolla al derecho. El interesado en estas cuestiones ha de emanciparse de su tradicional tendencia a la meditación y reposo intelectual para enfrentarse con la posible evolución dogmática de los principales temas de estudio.

El método que se ha seguido consiste en un análisis cuidadoso de la norma y de los problemas particulares para con posterioridad, entroncarlo con los principios generales del derecho y ello con base en un punto de vista funcional.

La escasez de doctrina me brinda la ventaja de obligarme a una más estricta y aislada contemplación del tema, con menor margen para disquisiciones técnicas por caminos tortuosos.

I. INTRODUCCION

El Código de Justicia Militar vigente dedica su tratado II a las Leyes Penales y dentro de él, regula en un capítulo único del Título XI los delitos contra el honor militar a continuación de los cometidos contra la disciplina militar y con anterioridad a los que atentan contra los fines y medios de acción del Ejército.

En la exposición de motivos del Código se hace alusión al carácter independiente del Título relativo a los delitos contra el honor militar.

Para Querol resulta notorio que este Título encierra figuras delictivas muy diversas en entidad y naturaleza. Lo demuestra el hecho de que las penas que señala sean tan distanciadas unas de otras, que van desde la muerte, imponible sin proceso y ejecutable en el acto, del artículo 338, hasta la de seis meses y un día a dos años de prisión militar, de los artículos 353 (si no fuese cometido el hecho delictivo que contempla por Oficial) y 355.

Puede ser causa de ello, manifiesta el mismo autor, la diferente procedencia de unos y otros de sus preceptos. Un grupo de ellos proviene del capítulo IX del Título VIII del Tratado segundo del anterior Código de Justicia de 1890, que llevaba el mismo epígrafe: «Delitos contra el honor militar»; pero a los que consideraba como una subclase de los que atacan a los fines y medios del Ejército; mientras que otros, recogidos del Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, figuraban en éste en sus diferentes capítulos del Título III del Libro II del mismo, destinado a los delitos contra los deberes del servicio militar (muchos, del capítulo I de dicho título, relativo a debilidad en actos de servicio; bastantes, del capítulo VII, destinado a los varios delitos que afectan a la disciplina; algunos del capítulo III, dedicado a la negligencia, y otros dispersos entre los casos de abandono de servicio y hasta del delito de falsedad), habiéndose añadido, además, como artículo nuevo el 349.

Otra causa de la especial formación del Título XI obedece, según Querol, a la indecisa delimitación del campo propio de los delitos contra el honor militar, ya que, en cierto sentido, la mayor parte de los delitos del Código de Justicia Militar lesionan el honor castrense, puesto que éste exige al militar una conducta digna en todos los órdenes que cualquier delito quebranta.

Valenciano Almoyna (1) manifiesta la necesidad de establecer una distinción entre aquellos delitos que impliquen deshonor por cobardía u otra acción que quebrante el espíritu de sacrificio del

(1) VALENCIANO ALMOYNA. Revista Española de Derecho Militar, número 35, pág. 71.

militar, de aquellos otros en que se realicen actos con posibilidad de comisión fuera del ámbito castrense, y no sean castigados en tal supuesto.

El presente estudio se limita al precepto establecido en el primer artículo del Título XI del Tratado II que dice así:

«El que por cobardía sea el primero en volver la espalda al enemigo incurrirá en la pena de muerte, y podrá en el mismo acto ser muerto para castigo y ejemplo de los demás».

Antecedente inmediato de esta disposición es el artículo 294 del Código de Justicia de 1980 y más remoto el artículo 112 de las Ordenanzas del Ejército que establecía que «el que por cobardía fuera el primero en volver la espalda sobre acción de guerra, bien empezada ya o a la vista del enemigo marchando a buscarlo o esperándole en la defensiva, podrá en el mismo acto ser muerto para castigo y ejemplo de los demás».

Momsem (2) expone que en Roma al desertor con las armas en la mano todo individuo podía dar muerte en cualquier momento igual que al espía enemigo.

No es el único artículo del Código que trata del delito de cobardía ya que se contempla esta figura en los siguientes artículos e incluso fuera del Título XI aparecen hechos delictivos que en algunos aspectos pudieran encuadrarse como motivados por la presencia de cobardía. Se trata, entre otros, de los supuestos del artículo 358 que castiga al militar que mandando guardia, patrulla, ronda, posición militar o cualquier fuerza en servicio de armas o transmisiones abandonase su puesto al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos; el artículo 384 que pena al militar que en operaciones de campaña no preste el auxilio que le sea reclamado por el Jefe de una fuerza comprometida o por cualquier Comandante de buque o aeronave en las mismas circunstancias; el artículo 390 que afecta al militar que estando obligado a ello no se halle en una alarma, campo de batalla u otra cualquier función de armas con la debida prontitud, sin causa justificada; el artículo 392 sancionador del militar que sin causa legítima dejase oportunamente de emprender y cumplir en cuanto de él dependiese, la operación que se le hubiese confiado o la operación o servicio ordenado en tiempo de guerra; el artículo 393 que castiga al militar con mando de unidad, comandante de buque o aeronave, que por falta de la debida diligencia se separase de la unidad superior de que forme parte a la vista del enemigo o de rebeldes o sediciosos.

(2) MOMSEN: 2.ª parte, pág. 103.

Parece conveniente, por último, relacionar en esta Introducción la Bibliografía más examinada, sin perjuicio de las citas ocasionales que figuran a pie de página.

HANS NAWIASKI, «Teoría General del Derecho», 1962.
CUELLO CALÓN, «Derecho Penal».
RODRIGUEZ DEvesa, «Derecho Penal Español».
DEL ROSAL, «Tratado de Derecho Penal Español».
GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, «Derecho Procesal Penal».
CLAUS ROSIN, «Problemas básicos del Derecho Penal, 1976».
CÓRDOBA RODA, «Culpabilidad y pena», 1977.
RAMOS MÉNDEZ, «Derecho y Proceso», 1978.
MONTERO AROCA, «Derecho Procesal; Jurisdicción, acción y proceso».
CARNELUTTI, «Cuestiones sobre el proceso penal».
Revista Española de Derecho Militar.

II. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Para Conde un problema intelectual no surge por azar ni se constituye como tal problema por obra de la voluntad o del capricho. Problemas verdaderos sólo emergen de una realidad «problemática» y no está en nuestra mano suscitarlos arbitrariamente. Si la realidad se mostrase siempre a nuestra mirada en iluminada y perfecta transparencia, el entendimiento humano no tendría problemas. Pero entonces el hombre no sería hombre, sino Dios. El mismo autor cree recordar a Lessing, definidor de Dios como ser sin problemas.

La complejidad del artículo 338 del Código de Justicia Militar es consecuencia indudable de la situación fáctica que pretende enjuiciar.

— *Confrontación bélica.*

El primer requisito «sine qua non» para la aplicación del artículo 338 consiste en la existencia de un conflicto bélico.

Ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Constitución Española que posteriormente se examinará sobre la pena de muerte.

— *Finalidad del precepto.*

El Artículo 1.º de la Doctrina sobre Empleo Táctico y logístico de las Armas y Servicios (3) establece como principios fundamentales del Arte de la Guerra los siguientes:

”La voluntad de vencer.
La libertad de acción.
La capacidad de ejecución.

(3) Ministerio del Ejército. Estado Mayor Central. D-00-1.

La voluntad de vencer debe entenderse como el firme propósito del Mando y de las tropas de imponerse al adversario en cualquier situación, por desfavorable que ésta sea. Implica fe en el triunfo, tenacidad para alcanzarlo y actividad insuperable en la ejecución. Supone una acendrada identificación con los ideales patrios, un arraigo, un perfeccionamiento y una exaltación de cuantos valores morales animan y conducen al logro de la victoria.

Inherentes unos al propio individuo; asequibles otros por una adecuada instrucción y perfeccionables todos, constituyen el primordial exponente de la valía de un Ejército”.

Debe estimarse el precepto como elemento corrector del abandono de una posición militar al objeto de que dicho abandono no se extienda por el resto de los componentes de la unidad.

El fenómeno del rechazo contra el soldado que huye ante el enemigo aparece como un impulso vital de quien lleva el mando del grupo militar para evitar la transmisión del estado anímico a los demás compañeros.

No se trata de una simple aspiración sino de una absoluta necesidad ya que la forma de desarrollarse cualquier acción exige del combatiente una firmeza moral a prueba de flaquezas.

Parece esencial la admisión de estas ideas que, en consecuencia posterior, influirán sobre la naturaleza jurídica del precepto y su aplicación.

La huida ha de evitarse a todo trance. Ello, sin perjuicio de que por determinados motivos puramente técnicos se organice, ante el enemigo, la operación de retirada.

El artículo 50 del texto anteriormente mencionado expone los principios sobre la Retirada.

«Es un movimiento retrógrado que se efectúa ordenadamente para recuperar la libertad de acción, alejándose del adversario».

— *Huida.*

Almirante, en su Diccionario Militar, define la huida como el abandono de una posición o puesto con miedo o cobardía ante el enemigo.

El código expresamente se refiere al primero que vuelva la espalda al enemigo pero parece necesario interpretar en un sentido amplio las dos cuestiones que encierra el supuesto: número de actores y operación de huida.

Será preciso investigar si el precepto se aplicará como, efectivamente se señala únicamente al primero que huya o podrá entenderse su aplicación al resto de los fugitivos hasta alcanzar el fin perseguido.

En este sentido, es evidente que la práctica muestra la interpretación en un sentido amplio de la limitación señalada.

En opinión contraria a lo manifestado por Querol ha de admitirse una interpretación amplia del precepto de manera que debe aplicarse mientras no se consiga el fin perseguido por la norma.

Con respecto a la forma de desarrollarse la huida, es obvio que ésta debe entenderse dentro del contexto de la guerra moderna.

El concepto «volver la espalda al enemigo», brillante en su formulación es admisible respecto de cualquier manifestación de abandono frente al enemigo incluso aunque éste no sea visible. Esta estimación es distinta a la sostenida por Querol.

— *La cobardía como elemento motivador de la huida.*

El artículo que se estudia expresamente establece un elemento motivador de toda la mecánica del precepto: la cobardía.

Baste únicamente manifestarlo en esta ocasión ya que, con posterioridad, se estudiará la cobardía en sentido general y en sus relaciones con la culpabilidad y el miedo insuperable.

III. DOCTRINA ESPAÑOLA

Es evidente la escasez de tratadistas españoles preocupados por esta cuestión. Hemos encontrado los siguientes:

Fernando de Querol y Durán.

José María Dávila Huguet y Tomás Garicano Goñi, con la colaboración de José María Dávila Zurita.

Rafael Díaz Llanos.

Pedro Rubio Tardío

— *Fernando de Querol y Durán.*

En sus principios de Derecho Militar Español, en primer término, hace una exposición general de los delitos contra el honor militar, ensayando una clasificación de los mismos.

Refiriéndose, exclusivamente, al precepto que nos interesa, deja sentado que dada la extraordinaria gravedad de la medida que autoriza la disposición que nos ocupa, debe interpretarse restrictivamente.

Considera que hay que tener muy en cuenta:

1.º Que el precepto se refiere exclusivamente al primero que vuelve la espalda, no a los demás que le imiten. Si son varios

a la vez los que se vuelvan, o si no es posible averiguar cuál haya sido, de entre ellos, el que inició la manifestación de cobardía, el artículo 338 queda inaplicable en cuanto a la autorización contenida en su segunda parte.

2.º Que la vuelta de espaldas al enemigo exige estar frente a él y a su vista. No es, pues, actualmente aplicable la severísima medida a casos que antiguamente comprendían las Ordenanzas. (Marchando a buscar al enemigo, esperándole a la defensiva, etc.).

3.º Que el poder ejecutar la condena de muerte merecida por el cobarde que vuelve la cara es facultad del superior, que usará discrecionalmente de ella, según indiquen o aconsejen las circunstancias. En cambio —y bien se ejecute en el acto y sin formación de proceso, bien se aplace para la decisión y sentencia del correspondiente Consejo de guerra—, lo que es de todo punto imperativo es que la pena es única y precisamente la de muerte. A los demás que, sin ser el primero, vuelvan la espalda, se les debe estimar comprendidos en el inciso 1.º del artículo 339, y su condena será a reclusión militar por treinta años o a muerte, según el conjunto de las circunstancias del hecho prudentemente apreciadas por el Tribunal sentenciador».

— *José María Dávila Huget y Tomás Garicano Goñi con la colaboración de José María Dávila y Zurita. Legislación Penal Militar 1946.*

Consideran que el artículo 338 sigue el precedente unánime de la legislación anterior, a partir de las Ordenanzas, fundado, aparte de otras consideraciones en que al temor a la muerte probable sólo puede oponerse el temor que inspira la muerte segura.

Según ellos, puede disentirse la oportunidad del precepto en cuanto a su ejecución ya que quizá fuera más propia su inserción en reglamentos de campaña, pero su licitud moral es indudable; un verdadero estado de necesidad impone el restablecimiento de la situación militar perturbada por la huída.

La cobardía es, a veces, contagiosa, y el acto del primero que vuelve la espalda pudiera provocar un general desaliento en las tropas de que forme parte.

— *Rafael Díaz Llanos. Código de Justicia Militar, 1964.*

Estima que los términos en que está redactado el precepto no permiten interpretar que sólo puede darse muerte en el acto al que por cobardía sea el primero en volver la espalda al

enemigo. La necesidad de contener a las tropas en un momento dado, puede aconsejar al mando dar orden de disparar contra los que abandonen su puesto para obligarles a mantenerse en ellos, amparados en el núm. 1 del Artículo 391.

— *Pedro Rubio Tardío. Ponencia sobre las causas de exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal Militar. Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y de la Guerra. Valladolid, 1961.*

Los artículos 296, párrafo 2.º, 338 y 363 son señalados, por otros juristas, como graves derogaciones del dogma de la culpabilidad en el Código de Justicia Militar y máximo exponente y último reducto del utilitarismo y defensismo penal militar.

La cobardía tal como es configurada en el artículo 338 «ser el primero en volver la espalda al enemigo» es una manifestación de huida ante el peligro y no está de más recordar que en la legislación común, concretamente en la aplicación del estado de necesidad, nunca se estima según reiterada jurisprudencia, necesaria ni obligada la huida, porque ello significa merma del prestigio o dignidad personal, según la valoración social.

Opina que la cobardía, aunque tenga generalmente cierto significado de miedo, no exige, casi nunca que éste sea insuperable, sino que más bien lo que se da en la cobardía es una conducta de voluntaria evasión de la defensa de bienes superiores, incluso al de la propia vida, cuya voluntaria indefensión y abandono mediante la huida representa, conforme al criterio social general, una mengua de la propia dignidad y militarmente causa de deshonra y falta de ánimo y valor en el cumplimiento de los fines patrióticos que justifican la existencia del Ejército.

Es así como incluso, a la vista de las consideraciones generales sobre el estado de necesidad podría concluirse, la licitud moral indiscutible del precepto, en cuanto facilita el rápido restablecimiento de la situación militar, perturbada por el cobarde, mediante el mantenimiento del bien más lícito y calificado, ofendido por quien en áreas de él tenía la obligación de sacrificarse.

En conclusión, considera que las anteriores ideas muestran como el delito de cobardía a más de tener una plena justificación moral, no contradice, al menos en principio, y necesariamente la doctrina penal general, en cuanto a la culpabilidad y anti-juricidad, ya que uno y otro concepto juegan en relación con el tipo de delito establecido en el artículo 338 del Código castrense.

IV. EL ARTICULO 338 Y EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

a) *La Constitución Española de 1978.*

La norma jurídica establecida en el precepto que se estudia debe aplicarse en el contexto determinado por la parte última del artículo 15 de la Constitución vigente. «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

Cualquiera que sea la fundamentación que se adopte del texto no hay posibilidad de encontrar discrepancias basadas en las doctrinas contrarias a la pena de muerte (4).

Parece interesante trasladar el pensamiento de Beccaria inexactamente calificado de «fundador de la ciencia penal», a este estudio.

Tomás y Valiente, en la Introducción al libro «De los delitos y de las penas», considera que Beccaria no era un jurista si se entendiera que el campo del Jurista es tan sólo el del análisis y la aplicación del Derecho positivo. Pero el jurista debe simultanear la aplicación de las normas vigentes con sus reflexiones críticas sobre ellas. Sólo así se evitará como hizo Beccaria convertirse en un autómatas obediente a la letra de la Ley. Fruto de su meditación fueron unos principios éticos y de política legislativa, desde los cuales pudo construir un nuevo sistema normativo penal y procesal.

Para Beccaria las leyes que son o debieran ser pactos entre hombres libres, no han sido generalmente más que el instrumento de las pasiones de unos pocos, o han nacido de una forzada y pasajera necesidad; no han sido dictadas por un frío observador de la naturaleza humana, que concentrase en un punto las acciones de multitud de hombres y las considerase desde este punto de vista: la máxima felicidad repartida entre el mayor número.

En su Capítulo XVI sobre la pena de muerte examina si la pena de muerte es verdaderamente útil y necesaria en un gobierno bien organizado.

«No puede considerarse necesaria la muerte de un ciudadano más que por dos motivos. El primero, cuando aun privado de

(4) Sobre la pena de muerte es interesante el estudio realizado por García Valdés en su libro «No a la pena de muerte». Cuadernos para el diálogo. Otros estudios dignos de mención: Pena de muerte. Juan del Rosal. Respuestas a la pena de muerte. B. O. E. Gimbernat. Contra la pena de muerte.

la libertad tenga todavía tales relaciones y tal poder, que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida».

Resultaría interesante meditar acerca del posible encuadramiento de la justificación del precepto que se estudia en la segunda causa expresada por Beccaria, con la necesaria adaptación. «Cuando su existencia —del ciudadano— pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno» que trasladado al tema en cuestión significaría la huida del cobarde causa productora del derrumbamiento de una formación militar.

Concretándonos al texto de la Constitución Belmonte (5) considera que la abolición de la pena de muerte es muy amplia, ilimitada e inconcreta.

Alzaga (6) estima que la excepción, confirmadora de la regla general, está doblemente limitada, de una parte, por quedar la puerta abierta tan sólo a la legislación militar, y aun con una segunda condición —que por su propia naturaleza sólo puede, afortunadamente, darse en circunstancias de suyo anómalas— que es la de que nuestro país se encuentre en guerra.

Justifica la medida de excepción entendiendo que las reglas naturales de la guerra obligan a prever un trato del mismo rigor para con el enemigo que respecto de aquellos ciudadanos, que ante la grave crisis por la que atraviesa su patria, no cumplan debidamente con las obligaciones que les imponen las circunstancias.

Pudiera haberse adoptado la fórmula de excepción de la abolición de la pena de muerte a los supuestos de declaración de los estados de sitio de los artículos 55 y 116.4 de la Constitución.

Sin embargo, como recoge Alzaga «se ha optado por la fórmula redaccional que ha imperado, que puede ser más restrictiva, porque parece indicar que para la vigencia de la pena de muerte por disposición de las leyes penales militares, no basta la declaración del estado de sitio, sino que es preciso la real situación bélica».

b) *Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas sancionadas el 28 de Diciembre de 1978*

Las Reales Ordenanzas, que constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y dere-

(5) BELMONTE, JOSÉ: «La Constitución». Texto y contexto, pág. 113.

(6) ALZAGA, OSCAR: «La Constitución Española de 1978».

chos de sus miembros, expresamente manifiestan en diversos preceptos como en su mismo artículo primero la exigencia del honor, disciplina y del valor.

Baste hacer mención de los artículos 27, 29 y 33 del Título II del Tratado Primero.

También figura expresamente la mencionada exigencia en los artículos 49 y 72 del Título IV del Tratado II y en los artículos 122 del Título IV del mismo Tratado y 197 del Tratado Tercero.

Todo ello enmarcado dentro de lo dispuesto en el célebre artículo 127. «El que tuviese orden absoluta de conservar su puesto, a todo trance, lo hará».

V. LA COBARDIA

A) *Generalidades*

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define la cobardía como «la falta de ánimo y de valor».

En primer término hemos de centrar esta cuestión en el marco de la batalla.

El Manual, antes citado, sobre el empleo táctico y logístico de las Armas y Servicios configura la batalla como «el acto esencial de la guerra; aunque puede reñirse para alcanzar objetivos de naturaleza diversa, siempre persigue como último resultado la destrucción de la potencia bélica del contrario».

A la hora de conceptualizar lo que sea la guerra se considera que ésta es «una serie de batallas sucesivas o simultáneas cada una de las cuales se compone de combates de carácter e importancia variables, siendo la finalidad de cada uno de ellos lograr un objetivo parcial, siempre relacionado con el general o total de la batalla».

En este marco se encuentra el combatiente. Que es de importancia decisiva porque, como expresa el mismo Manual, de nada serviría disponer del más perfeccionado armamento si al hombre que lo ha de emplear le faltasen patriotismo, honor, disciplina, perseverancia, acometividad, abnegación y solidaridad.

La fuerza moral y la aptitud física dan como resultado el valor de una tropa y la capacitan para superar las pruebas más arriesgadas y penosas.

«Habrà de tenerse siempre muy en cuenta que el hombre ha sido, es y será el elemento primordial y decisivo de la guerra, y que el armamento, en sus manos, será de óptimos o mediocres efectos según sea, grande o pequeña, su alma de soldado».

Frente a estas consideraciones aparece, repetimos, la posible cobardía del soldado como falta de ánimo y de valor.

Castejón considera el valor como «elemento característico del Ejército». Es una cualidad antinatural. Lo lógico, lo corriente, lo que enseña la naturaleza a todos los hombres es el instinto de conservación; es el riesgo, es el desafío del peligro, es el desprecio a la muerte, es el poco amor a la vida; y en esa lucha que se entabla entre el instinto de conservación, que ordena huir, y el valor que manda quedar, la resultante es el triunfo, es la afirmación del deber militar» (7).

La cobardía supone que el miedo, invencible para el individuo que lo conoce y siente, le domina y le produce una conducta que puede exteriorizarse, en el caso que nos ocupa con la huida.

Juan José López Ibor, distingue el miedo de la angustia en que «el miedo se siente siempre con respecto a algo concreto, cuando a uno le amenaza un peligro real que puede ser definido. Por el contrario, la angustia surge en medio de lo inexplicable, allí donde el peligro que amenaza es vago e indeterminado. Cuando el hombre está poseído por la angustia, siente que en torno de él ocurre algo que no puede explicar, y esto mismo le angustia aún más. En medio de la angustia hay siempre una incertidumbre de lo que ocurre, y uno siempre desea que el peligro aparezca de un momento a otro como una realidad palpable, por grande que ésta sea» (8).

Del mayor interés resulta el cuadro sobre las virtudes militares perfilado por José María Gárate Córdoba (9).

El origen del mismo se inicia «al conocer la clásica polémica sobre si la primera virtud militar es el valor o debe ceder su primacía a la constancia o a la obediencia, y sobre si ésta es virtud primera o segunda. Merece citarse que Napoleón subrayaba la constancia; Vigny, la abnegación; Vallecillo, la obediencia, como Calderón de la Barca. Hay que saber también que en el fondo, las virtudes esenciales de toda profesión son las virtudes cardinales del cristiano, sólo que variando el orden en cada caso. Para Pieper, el filósofo alemán, la primera es la prudencia, como en el orden del catecismo, mientras que para Aranguren lo es la fortaleza. Con esto ya venían seleccionadas en números dígitos unas virtudes entre las que, indudablemente, el valor es muy característico para el militar, sea primera o no».

(7) CASTEJÓN: «Revista Española de Derecho Militar», núm. 6.

(8) LÓPEZ IBOR: «Lecciones de psicología médica».

(9) GÁRATE CÓRDOBA: «Las virtudes militares son tres». Revista Reconquista, 3.ª época, núm. 350.

VIRTUDES MILITARES	Virtud Motora (Espíritu Militar)	{ Hombria (Dignidad, Honor, Honra) Amor a la Patria Amor a los compañeros Espiritualidad (Dios lo quiere)	
	Virtud Instrumental (Disciplina)	Abnegación	{ Grados { Servicio Sufrimiento Sacrificio Inmolación Formas { Por la Patria: Patriotismo Por los Jefes: Lealtad Por los compañeros: Compañerismo Por los ideales: Fidelidad Por los compromisos: Adhesión
		Subordinación	{ Mando (Autoridad) Obediencia Respeto Deferencia Sumisión Iniciativa
		Valor	{ Heroísmo Audacia (Acometividad o arrojo) Temeridad Fortaleza, Firmeza (Resistencia)

En consecuencia, afirma que «las virtudes militares son tres: «abnegación», «subordinación» y «valor». Porque las virtudes propiamente dichas son las instrumentales, que por respetar el disensible concepto de Villamartín, encerramos bajo el denominador común de la «disciplina». Del mismo modo, los móviles que llevan a practicarlas se abarcan bajo el término «espíritu militar», que comprende no sólo la vocación y sus complejos componentes, sino los elementales ingredientes de la hombría del soldado, su sentido de dignidad, honra y honor, incluido en ella, el amor a la patria y a los compañeros, incluso el amor de Dios, en el que vive una gran espiritualidad; cualquiera de esos móviles impulsan al soldado de reemplazo o al oficial de vocación a practicar las virtudes militares».

Gárate Córdoba presenta en sus ideas el «compañerismo» como una de las formas de la «abnegación».

B) *La cobardía, la culpabilidad y el miedo insuperable.*

No precisan plantearse las cuestiones relativas a la exigencia de culpabilidad que se han presentado en el Derecho Penal común y Derecho Penal Militar, ya que es patente la existencia de culpabilidad en la huida por cobardía.

Como indica Rodríguez Devesa si se admite que el miedo insuperable es, también en el derecho común, no una causa de inimputabilidad, sino de falta de culpabilidad por no ser exigible otra conducta, no contradice el principio de que no hay pena sin culpabilidad el que no se admita para los militares tratándose de

delitos militares, porque para ello reciben una instrucción física y una adaptación mental especiales, en las que se cultiva y desarrolla el sentido del cumplimiento del deber aun a riesgo de la propia vida (10).

Es sentimiento común de la sociedad la no aceptación de la cobardía y la creencia de existencia de culpabilidad en la misma.

Gabriel Martínez (11) cita la siguiente Junta General: «El 9 de Mayo de 1908, en la Sala Capitular de la Catedral de Oviedo, estaba reunida la Junta General del Principado de Asturias que presidía don Joaquín de Navía Osorio, Marqués de Santa Cruz de Marcenado, para tomar una decisión contra la invasión napoleónica; varias horas de discusión no fueron bastantes para hacer reaccionar a sus componentes, temerosas de la tremenda aventura que suponía levantarse sin medios contra el coloso de Europa. Navía Osorio, próximo a cumplir 70 años, cortó aquellas vacilaciones suicidas, con el siguiente parlamento-arenga, que recogió Ramón Alvarez Valdés, testigo presencial:

« ¡ ¡ La tierra que pisamos quisiera yo que se abriera en este instante y nos tragara a todos para que sepultara en sus entrañas tanta pusilanimidad y tanta cobardía. Quédense en su abyección y en su egoísmo los que se resignen a ofrecer sus cuellos a las argollas que les remachara el usurpador. Soy un viejo, pero marcharé solo a encontrar sus legiones en el confín de los pajares con un fusil, cuya bayoneta clavaré en el pecho del primer francés que intente poner allí su planta. Me matarán, y pasarán sobre mi cadáver si no lo hicieron pedazos, mas la posteridad sabrá que hubo un asturiano leal y bizarro que murió resistiendo solo la invasión de este suelo nobilísimo! ! ».

No hay inconveniente en relacionar de forma positiva la conducta de la cuestión que se estudia y los principios generales de la culpabilidad.

«Para que una persona pueda ser castigada por un hecho ilícito es preciso no sólo que actúe típica y antijurídicamente, sino además que sea culpable.

La culpabilidad, pues, es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad y constituye uno de los capítulos fundamentales de la teoría jurídica del delito, dando lugar a una enorme producción científica en la que tratadistas tratan de perfilar acabadamente el concepto» (12).

(10) RODRÍGUEZ DEVESA: «Derecho Penal», pág. 1.077.

(11) MARTÍNEZ GARCÍA, GABRIEL, General Auditor. Revista de Aeronáutica y Astronáutica, núm. 454, pág. 736.

(12) PUIG PEÑA: «Derecho Penal». Tomo I, 1955, pág. 266.

El principio de culpabilidad es básico en el Derecho Penal y su mantenimiento, como expresa Ruiz Vadillo, ha de ser tarea ineludible para cuantos creemos que su existencia forma parte integrante del orden jurídico que ha de garantizar la Justicia, la seguridad y el bien común (13).

El mismo autor considera que el derecho penal ha de ser un derecho de culpabilidad y sólo sobre la presencia de un sujeto imputable y adecuadamente culpable puede configurarse la imposición de la pena, anudada legislativamente a un hecho delictivo.

El miedo admite muy diversas graduaciones. Piga (14) distingue distintos niveles: temor, terror, espanto, horror, pavor, pánico. Sus efectos son también muy diversos. Puede paralizar, imposibilitar todo movimiento, hacer perder el habla privando de gritar pidiendo ayuda, incluso causar la muerte por la impresión sufrida. Puede engendrar reacciones psicógenas y auténticas psicosis. El miedo puede sobrevenir súbitamente o gestarse lentamente.

Como afirma el General García Bravo, el miedo insuperable es violencia moral, como la fuerza irresistible es violencia material, o acción o fuerza física, de la que el miedo viene a ser complemento, y ambas, negación o disminución de la libertad volitiva.

Es obvia la necesidad de examinar la relación que muestra la cobardía y el miedo insuperable ya que como indica Rubio Tardío (15) éste es el caso más claramente contrapuesto al principio de culpabilidad.

Sin tener el propósito de justificar a ultranza el precepto, destaca el mismo jurista que el precepto contenido en el artículo 338 no es planta espontánea que sólo se enraiza en el Derecho Militar, porque el delito de cobardía no es, de suyo, una bárbara derogación de la eximente del miedo insuperable, ni de los demás principios, incluso metajurídicos, inspiradores de nuestro Derecho Penal.

Por otra parte, estima el miedo insuperable como el que imponiéndose a la voluntad de uno, le impulsa a ejecutar un delito, pero considera que la cobardía no es idéntica, pues como afirma el General García Bravo, tener miedo no es siempre ser

(13) ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Desviaciones al principio «no hay pena sin culpabilidad» en el Código Penal Español». Estudios Penales. Homenaje al R. P. Julián Pereda. S. T. Universidad de Deusto.

(14) Citado por Rodríguez Devesa.

(15) Las causas de exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal Militar. Primeras jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra.

cobarde. Más aún, expone, que ante determinados riesgos, especialmente el de la propia vida o el de los próximos, todo ser racional siente y casi puede decirse debe sentir miedo, cuya superación no es tan excepcional como parece entenderse.

No cabe duda, de que como opina Rodríguez Devesa, el nivel de exigencia de valor es mayor respecto de los militares que de los civiles por causa de la instrucción que reciben y su específica obligación de hacer frente al peligro.

Puede finalizarse esta cuestión con la manifestación formulada por Valenciano Almoyna en su estudio antes citado en el sentido de que el miedo, insuperable o no, nunca podrá ser alegado como eximente o atenuante para los militares.

VI. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION CON EL ARTICULO 338

Del examen del artículo 338 del C.J.M. aparece, de inmediato, como llamada de atención la duda sobre la existencia de un procedimiento judicial para la aplicación del citado artículo.

Cuestión fundamental del precepto si se pone en relación con el artículo 207 del mismo Cuerpo Legal que considera como penas únicamente las impuestas por los Tribunales en virtud del procedimiento judicial.

Y, abundando en este sentido, el artículo 209 clasifica las penas que los *Tribunales Militares* pueden imponer como principales por los delitos comprendidos en esta Ley.

Dos son las posturas que pueden defenderse sobre este aspecto:

- A. Se establece un procedimiento especialísimo con unas características propias.
- B. Inexistencia de procedimiento.

A) *El procedimiento excepcional.*

La situación fáctica condiciona el cumplimiento y la aplicación de las normas jurídicas.

El fin del precepto, dada la gravedad de la conducta que inmediatamente debe punirse impide la celebración de una serie de medidas que pudieran configurarse como garantías procesales suficientes.

El ejecutor de la pena aparece como instrumento de la Autoridad Judicial.

Es el único miembro de un Consejo de Guerra apropiado que examina la conducta punible y ejecuta la pena.

Es evidente que por sí mismo enjuicia la actuación del que huye, calificándola de huida por cobardía. No aparece ninguna garantía procesal. Por ello pudiera estimarse que nos encontramos ante un Consejo de Guerra excepcional de carácter más sumario que el denominado sumarísimo pero sin intervención del Ministerio Fiscal, Defensa ni del mismo enjuiciado.

No obstante, la Administración de Justicia se cumple por medio de ese mandatario con atribuciones penales suficientes.

B) *No existe procedimiento.*

Sin ningún tipo de disquisición doctrinal puede considerarse que no se ha establecido procedimiento judicial alguno y en consecuencia, ninguna garantía de carácter procesal por entenderse que la naturaleza del precepto y su finalidad impiden cualquier normativa al efecto.

Estimamos más aceptable esta última postura por considerar muy difícil de mantener la consideración afirmativa de la existencia de un procedimiento especialísimo, que no nos atrevemos a denominar, en el precepto objeto de este estudio.

Ello nos lleva a introducirnos, siquiera sea superficialmente, en las líneas generales del procedimiento para obtener consecuencias.

En la perspectiva del Derecho Procesal Civil, Chioyenda, al ocuparse de la acción, considera que «en la ciencia del derecho procesal resultan tres grandes divisiones que se completan recíprocamente: la teoría de la acción y de las condiciones de la tutela jurídica, la teoría de los presupuestos procesales y la teoría del procedimiento» (16).

En sentido similar Calamandrei parte para el estudio descriptivo y exegético de un Código de Derecho procesal de estas tres nociones fundamentales:

Jurisdicción, acción y proceso (17).

Todos los estudios de Derecho Procesal han examinado esos conceptos básicos que Alcalá Zamora por la imprecisión de los mismos concebía como «trípode desvencijado».

(16) CHIOYENDC, G.: «L'azione nel sistema dei diritti, en Saggi di diritto processuale civile». Roma, 1930, citado por Montero Aroca.

(17) CALAMANDREI, P.: «Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice Padova, 1943, también citado por Montero Aroca.

Para su exposición Montero Aroca inicia el estudio con «el examen de la jurisdicción, que es el prius lógico como potestad y función, continua con la acción que es el motor que pone en marcha la potestad jurisdiccional, para concluir con el proceso que es el medio de actuar de ésta» (18).

Estas mismas ideas pueden aplicarse sin violencia al derecho procesal penal en cuanto rama específica del derecho procesal.

El proceso penal es también un *processus indicii* en el que únicamente varían, por razón de su objeto, en alguna forma los principios que lo rigen.

Se ha señalado como característica diferenciadora del proceso penal frente al civil el principio de oficialidad o de necesidad.

Con él se alude, como expresa Ramos Méndez (19), a la infungibilidad del proceso penal para el enjuiciamiento de un delito y la imposición de una pena, esto es, para el ejercicio del *ius puniendi*. Pero advierte que ocurre lo mismo en cualquier otro sector del Derecho: el ordenamiento jurídico en sus diversas manifestaciones surge de una experiencia procesal. Planteado así el problema del derecho en general, esta génesis procesal del derecho es común en todo el ámbito jurídico. Por lo que considera oportuno fijarse en otros principios para configurar más particularmente el proceso penal.

Sobre esta cuestión se tratará con más profundidad al examinar específicamente las relaciones entre el proceso, el delito y la pena.

El mismo autor estima verdaderamente relevante el principio de inmutabilidad que rige en el proceso penal frente al principio dispositivo que rige en el proceso civil. «Frente a la absoluta libertad de la acción civil, la acción penal aparece restringida tanto en su iniciativa como en su desarrollo o valoración, pero no por su propia esencia, sino porque la peculiaridad del proceso penal y la propia naturaleza de éste lo exige en nuestra actual experiencia histórica: el delito, estrictamente, o existe, o no existe, aun en formas imperfectas; o se castiga jurídicamente, o no es tal delito. No cabe ahora la composición privada, pues repugna con la configuración actual de la experiencia jurídica en materia penal. Iniciado el proceso penal, la acción se siente ahora abocada a llegar a su disolución en el juicio, sin posibilidad de claudicaciones durante el *processus indicii*».

(18) MONTERO AROCA: «Jurisdicción, Acción y Proceso», 1976.

(19) RAMOS MÉNDEZ: «Derecho y proceso», 1978.

C) *Consideraciones generales bajo el prisma de la doctrina de Francesco Carnelutti*

En el contenido del artículo 338 destaca como llamativa luminaria la ausencia de procedimiento judicial con sus correspondientes garantías.

Ello hace, a mi juicio, que, con independencia del necesario estudio de la cobardía ante el enemigo aparezca la imprescindible necesidad de examinar el precepto, de manera que puede considerarse el carácter procesal que está oculto bajo una pátina penalista inveterada.

Carnelutti tratando la absorción de la ciencia del proceso penal en la ciencia del derecho penal inicia bajo el título «La cenicienta», esta bella descripción:

«Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la ciencia del derecho penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran más bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas.

Con la primera le tocó dividir durante mucho tiempo la misma habitación; y aquélla retuvo para sí lo bueno y lo mejor. Esta comunidad no dejaba de tener sus buenas razones: desde el primer momento en que me ocurrió tener que encarar las relaciones entre derecho y proceso civil y derecho y proceso penal me impresionó su profunda diversidad; en la conclusión, manifestada más tarde, de que todo el derecho penal es procesal, y en la construcción de su sistema al modo de una trilogía, de la cual los actos segundo y tercero son el juicio y la expiación, ha encontrado esta idea su desenvolvimiento».

El mismo tratadista al estudiar las relaciones entre Derecho y Proceso afirma «que el problema de la acción es, en el fondo, el problema de las relaciones entre el Derecho y el Proceso».

«¿Cuáles son esas relaciones? El proceso sirve al derecho y el derecho sirve al proceso. Si no estuviese el proceso, no podría hacerse el derecho; pero tampoco podría hacerse el proceso, si no estuviese el derecho».

«Se sabe hoy que el derecho no consiste sólo en la ley. Frente a lo que de ello se pensaba a principios del siglo pasado, nuestras ideas han cambiado profundamente. La ley no es más que un producto jurídico imperfecto, que para perfeccionarse necesita del acuerdo de las partes o de la imposición del juez. Se reconoce, por tanto, hoy que, aun en sus efectos puramente declarativos, el proceso sirve para formar el derecho».

«Pero es verdad también que, si el derecho se hace por medio del proceso, el proceso se hace mediante el derecho. El proceso,

efectivamente, es una actividad estrictamente regulada por el derecho. Si no hubiese esa regulación, el proceso no podría hacerse. Un proceso conducido con la colaboración enteramente libre de las partes, de los jueces, de los defensores, de los peritos, de los testigos, sería una utopía».

D) *Consideraciones sobre la naturaleza y validez jurídica del precepto.*

De la mano de Francesco Carnelutti llegamos al interrogante que nos presenta la ausencia de garantías procesales, excluyendo —naturalmente— el supuesto de celebración posterior de Consejo de Guerra.

¿El precepto del artículo 338 del Código de Justicia Militar establece una figura delictiva?

Entendemos firmemente que no. La ausencia de procedimiento lleva como consecuencia la inexistencia de delito y por añadidura de pena.

Como manifiesta Carnelutti el delito es cometido por el imputado; mientras la pena no existe más que en el proceso, el delito se cumple fuera del proceso, y la declaración judicial de certeza es una condición no un elemento de su existencia. El delito existe siempre que el juez declare su certeza.

El proceso penal presenta carácter esencialmente constitutivo. Para Carnelutti «el delito como acto jurídico, no existe sin proceso porque la declaración judicial de certeza es una condición (legal) de su existencia jurídica» (20).

Más bien se trata de una *medida militar de defensa*. Es una norma jurídica que contiene una medida correctora y preventiva de una situación militar determinada, y fundamentamos su validez jurídica en la doctrina general de la que seleccionamos las siguientes consideraciones:

El campo del jurista no es tan sólo el del análisis y la aplicación del derecho positivo. Es preciso simultanear la aplicación de las normas vigentes con sus reflexiones críticas sobre ellas.

Para Castro «el Derecho Positivo de un Estado es el plan sobre cuyo fundamento nace, es su plan de vida, de desenvolvimiento y de actuación. Sus reglas levantan el edificio del Estado, fundan y afianzan las instituciones sociales, dirigen y corrigen la conducta de los miembros de la colectividad».

«Las reglas jurídicas se dan para que sean cumplidas. Van dirigidas a crear una organización, pero necesitan también de una organización que las haga cumplir.

(20) CARNELUTTI: «Cuestiones sobre el proceso penal».

La nota más visible del Derecho es la de su eficacia, la posibilidad, en último término, de poner en movimiento la «*manu militari*». Un simple conjunto de reglas de conducta, sin un aparato de ejecución y aplicación, no puede ser llamado Derecho positivo válido, porque le faltan los órganos necesarios para hacerlo valer. Es preciso, por tanto, un poder social puesto al servicio del plan de organización, que supone la norma de Derecho».

El fin que se ha de realizar mediante el Derecho consiste, para Nawiasky, en la satisfacción de los intereses de las personas individuales, de sus asociaciones, de la comunidad. Pero hay otra razón, afirma, por la que tienen relevancia para el Derecho como hecho dado. Todas las normas que quieran obligar efectivamente a sus destinatarios deben apoyarse sobre una voluntad real que se manifieste en exigencias de conducta, deben tener por soporte a hombres vivos que dicten los mandatos. A través de la autoridad, anclada en el mundo de los hechos, que está detrás de las normas jurídicas, entran éstas en contacto con la realidad de la vida social.

Un derecho abstraído de un fin carecería de sentido y su vigencia presupone unos portadores que tratan de realizar determinados fines con el Derecho.

Pero todo ello no debe hacer olvidar que la norma positiva no puede contrariar al Derecho natural ya que dicho supuesto acarrea la pérdida de eficacia real.

Expresivamente se ha dicho que la ciencia jurídica es la ciencia del Derecho en su realidad y verdad porque es la ciencia de la verdad, la vida en el signo de la justicia. Es la voz de Justicia que percibe y ha de percibir el que reconoce el Derecho, donde él está.

VII. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Partimos de la estimación de que el artículo 338 contiene el deber de ejecutar el castigo en el mismo acto en que aparezca la cobardía.

Páramo y Cánovas entiende que «el deber de acudir a la fuerza es de tal forma enérgico en el Derecho Militar que llega hasta el extremo del artículo 338 del C.J.M.»

En consecuencia creemos encontrarnos con la causa de justificación expresada en el número 11 del Artículo 185 del mismo Código reconocida, también, en el Código Penal Ordinario.

La ejecución de actos ordenados por la Ley se considera unánimemente como causa de justificación.

Como expresa Cuello Calón el que ejecuta lo que la Ley ordena o permite no realiza ningún acto antijurídico, su conducta

es completamente lícita y no puede serle imputado delito alguno. La Ley impone, a veces, como deber jurídico la ejecución de determinados actos que objetivamente tienen aspecto delictivo, que el funcionario de policía detenga al delincuente, que entre en el domicilio ajeno contra la voluntad de su dueño, que el testigo revele un hecho cuya divulgación perjudicará la buena fama de una persona, en estos casos el agente está exento de responsabilidad, pues su conducta es justa porque obra en cumplimiento de la Ley.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. 7 Noviembre 1895, 7 Junio 1901, 27 Septiembre 1913, 16 Octubre 1928, 8 Mayo 1929, 28 Diciembre 1935, 17 Febrero 1944, 28 Septiembre 1950, 9 Mayo 1957, 16 Marzo 1970, etc.

La sentencia de 22 de Enero de 1943 exige para la existencia de esta eximente la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º, carácter de autoridad o de agente; 2.º ejercicio de funciones derivadas de dicho carácter; 3.º, cumplimiento de un deber atinente a las mismas funciones; 4.º, empleo de medio violento adecuado para imponer respeto a la Ley.

Quien está de acuerdo con la norma no establece un comportamiento antijurídico. Es ilícito el que se encuentra en contradicción con el ordenamiento jurídico y por ello, como expresa Páramo y Cánovas, no puede considerarse como ilícita la conducta ejecutada en cumplimiento de un deber impuesto precisamente por alguna norma de derecho o autorizada por la misma.

El mismo autor hace ver cómo en la vida militar, sobre todos los casos que pueden presentarse en la vida civil, es frecuente que el militar con algún mando o el agente de alguna autoridad encargados de mantener el orden o hacer cumplir una consigna, empleen la fuerza física para imponerse a los que resisten.

Basta citar el artículo 305 del Código Castrense que castiga al militar que no emplee todos los medios a su alcance para contener la rebelión o la sedición en las fuerzas a su mando y recordar el castigo impuesto al militar que no mantenga la debida disciplina en las fuerzas de su mando, o no proceda con la energía necesaria para reprimir en el acto cualquier delito militar, según los medios que al efecto disponga.

Conejos (21) considera que «las leyes militares autorizan a los encargados de mandar fuerzas para acudir a las violencias materiales cuando las circunstancias del momento así lo exigen, a los fines de impedir manifestaciones o actos que afectan a la existencia del organismo armado, o constituyan un peligro para el éxito de los combates».

(21) Citado por Páramo y Cánovas.

Las cauciones que se observan, en general, para la conceptualización de una acción como causa justificante del cumplimiento de un deber no son aplicables al que cumple su deber como consecuencia de una huida por cobardía ante el enemigo.

En efecto, es de tener en cuenta que hay obligación de cumplir, en el acto, con el precepto del artículo 338 para que se consiga el fin de intimidación y ejemplaridad que pretende.

No es, por tanto, aceptable en este supuesto la consideración de Querol en el sentido de que no es suficiente el que los hechos ocurran estando el autor del delito en el servicio o ejercicio de funciones oficiales, si no ha sido «necesario» o, al menos, «muy conveniente» el empleo de los medios violentos para el más exacto cumplimiento del deber, lo cual quiere decir que el empleo de la fuerza ha de estar sujeto a medida determinada según delicado juicio, como dicen Oneca y Rodríguez Muñoz (22) en que han de pesarse varias circunstancias: imposibilidad de emplear otros medios, gravedad del hecho que determina la intervención, grado de resistencia del previamente intimidado, deberes y facultades del Instituto a que pertenece el agente. Y como principio general regulador de esta proporción, expone Páramo y Cánovas, ha de tenerse en cuenta que el prestigio de la autoridad es componente tanto por dejación como abuso.

VIII. LA OBEDIENCIA DEBIDA

Es posible contemplar el supuesto de la obediencia debida cuando el cumplimiento del precepto del artículo 338 se manifiesta como consecuencia de una orden superior en un caso concreto y determinado observado por quien da la orden y desconocido por el que la recibe.

No es difícil imaginar que la huida ante el enemigo haya sido presenciada por quien se ve imposibilitado para dar cumplimiento al precepto.

En sentido opuesto, quien recibe la orden de proceder a la ejecución del cobarde, tal vez, no tenga conocimiento de la fuga.

En este supuesto nos encontramos claramente con la figura jurídica de la obediencia debida.

Se dan en el mismo los requisitos exigidos por la doctrina:

1. Una relación jerárquica.
2. Una orden dictada dentro de la esfera de las atribuciones del que la da, y revestida de las formalidades legales.

(22) Citado por Páramo y Cánovas.

3. Que el motivo determinante de la obediencia sea precisamente la orden emanada del superior.

4. Que ésta recaiga sobre hechos que no sean clara e indubitadamente delictivos.

La situación de hecho que enmarca el cumplimiento de la orden estimamos que no da lugar a dudas para el inferior sobre la utilidad de la misma y su licitud.

Ello considerando el precepto referido no exclusivamente al primero que haya si no en un sentido amplio, como creemos debe entenderse.

Llama la atención la exposición de Arcas afirmando no importar a la exigente que el acto ordenado sea ilícito, antes, por el contrario, el carácter de la ilicitud del acto es tan consustancial a la circunstancia que sin él no cabe hablar de que concurra la exigente de responsabilidad criminal. Y ello aunque sea patente la ilicitud de la orden.

No se nos alcanza la posibilidad de exigir una adecuación del mandato al ordenamiento jurídico —dice— para que pueda aplicarse la circunstancia de obediencia exigente de la responsabilidad criminal por cuanto si la obediencia se presta a un mandato jurídico, tan ajustado a Derecho estará la orden dada como la obediencia que se presta; y entonces ¿de qué responsabilidad criminal hay que declarar exento al obediente? ¿Qué precepto legal se ha violado para que haya surgido una responsabilidad criminal de la que el obediente no deba ser declarado culpable?

No queriendo extendernos sobre este tema, estudiado en profundidad en las Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho Penal de la Guerra celebradas en Valladolid en el año 1961 y por otros trabajos esclarecedores, solamente haremos una breve alusión a la polémica sostenida sobre si la circunstancia de que se trata es causa de inculpabilidad o lo es de justificación en relación con nuestro examen.

Arcas Lorite considera que la obediencia no justifica el acto; lo exculpa. Lo realizado sigue siendo un acto ilícito, pero el obediente aparece exento de una responsabilidad que sólo alcanza al que ordenó el acto.

Querol, en sentido contrario, estima que la obediencia es debida, no sólo cuando el inferior estima erróneamente que la orden es justa, sino siempre y cuando no le sea lícito someter a examen la posible legalidad o ilegalidad del mandato, debiendo limitarse a ejecutar lo dispuesto por el superior. Surge así un conflicto de deberes en que ha de prevalecer el deber de obedecer. Por ello, la conducta del que obedece es lícita, concentrándose la responsabilidad en el superior que ha dictado la orden.

Inspirándose en este criterio afirma que la obediencia es verdadera causa de justificación.

En el cumplimiento del precepto expuesto en el artículo 338 de nuestro Código por orden del superior no parece deba dudarse para la elección de la naturaleza jurídica de la obediencia debida.

Se trata del cumplimiento de un deber por parte del superior y, por la correspondiente relación de subordinación, aparece un inferior obligado a obedecer.

Páramo y Cánovas entiende, tratando sobre la obediencia debida, en general, que, aparte de los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición del superior para hacer que la orden se cumpla, el superior se encuentra, de hecho, en situación de poder coaccionar física y moralmente al inferior que incumple la orden.

Todo el complejo de normas por las que se rigen los Ejércitos tienden a convertir a éstos en una fuerza, en un instrumento.

La meta consiste en mecanizar un conjunto de hombres, en convertirlos en un arma.

Requiere esto inculcar en todos y cada uno de sus componentes la idea de que tienen que obedecer, de que la obediencia es primordial y no puede ser de otra manera, desde el punto de vista básico de la eficacia del Ejército.

Además, en la subordinación militar se añade una mayor complejidad a causa de que los Ejércitos tienen una organización fuertemente jerarquizada, de manera que el superior actúa muchas veces simultáneamente como subordinado al dar una orden en cumplimiento de órdenes recibidas. La relación de subordinación se eslabona frecuentemente en cadena a través de una pirámide en que siendo cada superior, a su vez, inferior de otros, discurre la orden desde la cumbre de la jerarquía militar hasta el último eslabón de la cadena representado por el ejecutor material.

Esta complejidad —dice— de las relaciones de subordinación tiene por consecuencias que su contenido no sea unitario: esto es, que dentro de ella se comprendan situaciones muy diversas.

En definitiva, y como expusiera la ponencia del Magistrado Militar Gardan Gratien en el Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, celebrado en Bruselas en 1959, en cualquier país, el Ejército se nos presenta como una sociedad fuertemente jerarquizada y en la que todos sus miembros, sea cual fuere su número, su importancia o la diversidad de técnicas concurren para la realización de un mismo fin: la ejecución de la voluntad del superior, que se manifiesta por órdenes a las que la Jerarquía asegura su exacta trans-

misión y ejecución, según reglas estrictas y precisas, cuyo conjunto forma la disciplina en su más estricta acepción.

Cerramos esta cuestión llamando la atención sobre la profundidad de las conclusiones formuladas por Rodrigo Devesa en su estudio sobre «La obediencia debida en el Derecho Penal Militar», publicado por la Revista Española de Derecho Militar, en su número 3 del año 1957.

IX. EJECUCIÓN DEL PRECEPTO: LA EJEMPLARIDAD

El principio de ejemplaridad sobresale en este precepto. La ejecución del que huye debe aplicarse en el acto para ejemplo de los demás.

Pereiro Sordo sostiene simplemente que una diferencia entre la pena militar y la pena común reside en que dicho principio también denominado de prevención general es mucho más acusado en el derecho Penal Militar (23).

Lo que a juicio de Rodríguez Devesa equivale a decir, prescindiendo de la terminología, «que en el derecho penal común los fines de la pena son los mismos que en el Derecho penal militar. Para el derecho penal español, después de la introducción de la redención de penas por el trabajo en el derecho penal militar, puede decirse que los fines de la pena militar no difieren de los que se vienen asignando a la pena en el derecho común».

Aparicio Gallego entiende que no hay una diferencia notable entre las penas militares y las comunes, porque la disparidad consiste únicamente en la adaptación de la privación de bienes jurídicos y de los medios correccionales y de protección a la realidad de la vida militar.

X. PENA ÚNICA COMO CONSECUENCIA DE SENTENCIA JUDICIAL

Del texto del artículo se deduce con claridad que la pena establecida es únicamente la de muerte para el primero que vuelva la espalda ante el enemigo.

Querol mantiene esta interpretación con posterioridad a la declaración de que «dada la extraordinaria gravedad de la medida que autoriza la disposición que nos ocupa, no hay que decir que debe interpretarse restrictivamente».

No obstante, la interpretación correcta del precepto aparecen serias dudas sobre su conveniencia, en el caso de que se aplace

(23) RODRÍGUEZ DEVESA: «Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común». Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra. Valladolid, 1961. d) Las consecuencias jurídicas del delito.

la ejecución para la deliberación y sentencia del correspondiente Consejo de Guerra.

La finalidad de la disposición, al no ejecutarse la severísima medida, es distinta de la pretendida en un principio. Estimamos en ese caso que no se trata de una medida de defensa militar, sino de una pena por la comisión del delito de cobardía ante el enemigo.

En consecuencia, ante la gravedad de la condena, sería prudente el examen en profundidad de las circunstancias que han concurrido en la huída y las consecuencias de la misma, habida cuenta del bien jurídico que pretende tutelar el precepto.

Del Rosal «expone el relieve destacadísimo, subrayado en los últimos tiempos, como superación de los regímenes de fuerza, de la persona humana y la dignificación de ella, especie de humanización del pensar jurídico, indeclinable supuesto de una concepción cristiana del Derecho. Sin radicalizar esta presencia de la persona, cuyo valor debe ponderarse con el representado por la comunidad» (24).

«La realización de estos cuatro valores —justicia, seguridad, finalidad y humanidad—, informantes del orden jurídico, confiere precisos materiales a la hora de la construcción técnico-dogmática de las nociones penales y de su encarnación práctica. Vienen como a rematar la concepción positiva jurídica del comportamiento de un persona, superando una visión formalista del Derecho y abriéndonos camino, en ocasiones, para aprehender la razón última de una institución, precepto o de una realización penal.

No ha de ovidarse que el «ius puniendi» debe ejercerse en la sola medida exigida para la protección adecuada de la sociedad» (25). Es, en definitiva, el principio de la intervención mínima.

Por todo ello, estimamos conveniente el estudio de una graduación de las penas a imponer en el primero que cometa el delito de cobardía ante el enemigo como consecuencia de la realización del correspondiente Consejo de Guerra al no haberse ejecutado la medida en el momento de la huída.

Máxime, si se tiene en cuenta que, en el supuesto de no ser el primero en la huída —con las dificultades propias de su determinación—, corresponde la aplicación del apartado 1.º del artículo 339 del Código castrense y, por tanto, la imposición de una pena de reclusión militar de 30 años a muerte.

(24) DEL ROSAL: «Tratado de Derecho Penal Español». (Parte General. Volumen 1, pág. 784).

(25) MIR PUIG: «Introducción a las bases del Derecho Penal», página 126, citado por Higuera Guimerá. «El Delito de Coacciones», pág. 43.

Hay que pensar, además, en las posibles dificultades propias de la prueba, consecuencia de circunstancias de hecho, que someterán al Consejo de Guerra correspondiente a la necesidad de sortear obstáculos difícilmente superables.

En mi opinión, parece necesario establecer la misma graduación de penas para todos aquellos que por cobardía vuelvan la espalda al enemigo, lo cual, obviamente, no supone la supresión, en todos los casos, de la pena de muerte.

XI. LA MENCIÓN DEL ARTÍCULO 434 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

El artículo 434 del Código Castrense incluido en el Capítulo II del Título XV del Tratado Segundo que trata de las faltas graves establece en su segundo párrafo una exención de pena, cualquiera que sea el resultado del maltrato de obra a un inferior, si se prueba que éste tuvo por objeto contener por un medio racionalmente necesario los delitos flagrantes de traición, rebelión, insulto a superior, desobediencia en asuntos del servicio, cobardía al frente del enemigo, devastación y saqueo.

Considero que el contenido de este precepto no es aplicable al supuesto del artículo 338 ya que se estima preceptivo, como se ha indicado en otro lugar, la imposición del máximo castigo al que por cobardía sea el primero en volver la espalda al enemigo, entendiendo en sentido amplio el concepto de «primero».

Por ello, en ningún caso se dará maltrato alguno de obra a inferior por este supuesto.

Querol, considerando interesante el segundo párrafo de dicho artículo, lo entiende un «poco inapropiadamente incluido» en el mencionado precepto.

Obviamente, tratándose del establecimiento de una exención de pena, no es el lugar conveniente el elegido por el legislador, sin perjuicio de su posible aplicación a los supuestos, entre otros, que contemplan los artículos 358, 384, 390, 391, etc. que como expresa Querol, «para la calificación exacta de los hechos a que los indicados preceptos se refieren, habría que atender cuidadosamente a la intención o móvil del delincuente y decidir, en consecuencia, si se trata de falta de valor o de simple defecto de los debidos celo y diligencia».

CONCLUSIONES

1. El precepto establecido en el artículo 338 del Código de Justicia Militar ha sido objeto de escasa atención por parte de los estudiosos del Derecho Penal Militar sin que se haya abor-

dado, en profundidad, rebasando el marco de la pura exégesis, los interesantísimos problemas que plantea.

2. El Artículo 338 contiene una medida militar de defensa en el caso de ejecución inmediata del que huya por cobardía ante el enemigo.

Ello fundado en su finalidad y en la ausencia de procedimiento judicial. En consecuencia, el precepto no presenta en dicho supuesto ninguna figura delictiva ni su pena correspondiente.

3. Se estima importante la posterior revisión judicial de los hechos que dieron lugar a la aplicación de la norma.

4. La figura delictiva de cobardía ante el enemigo se contiene en el mismo artículo cuando la acción haya sido juzgada en Consejo de Guerra por no haber sido ejecutado el huído.

5. No parece forzado considerar que la ejecución del que huye por cobardía es preceptiva y no meramente facultativa. También se entiende que el precepto no se refiere exclusivamente al primero que huye sino que comprende a todos los fugitivos en número necesario hasta el logro de la estabilidad de la situación.

6. Tal vez fuera importante establecer una graduación de la pena a imponer como consecuencia del hecho delictivo.

7. Puede considerarse el cumplimiento de un deber como fundamento de quien directamente procede a la ejecución de la norma.

8. El Artículo 434 del Código Castrense parece pudiera modificarse, especialmente, en relación con la mención referida a la cobardía frente al enemigo.