

# Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las Leyes Penales Militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar

Antonio Millán Garrido

Doctor en Derecho, Capitán Auditor

Profesor en la Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. Introducción. II. Circunstancias eximentes. III. Circunstancias modificativas. IV. El art. 194. V. Responsabilidad penal en los delitos de imprenta. VI. La pena de muerte. VII. Otras modificaciones en materia de penas. VIII. Suspensión de condena. IX. Disposiciones generales. X. Traición. XI. Rebelión. XII. Sedición. XIII. Insulto a fuerza armada. XIV. Atentados a Autoridades militares. XV. El artículo 316. XVI. Injurias a los Ejércitos. XVII. Desobediencia. XVIII. Fraudes. XIX. Reincidencia en faltas graves. XX. Faltas militares: Disposiciones generales. XXI. Faltas graves. XXII. Faltas leves. XXIII. Conclusión.

I. La reforma llevada a cabo en el Código de Justicia Militar por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, tiene su origen en los Pactos de la Moncloa y, más concretamente, en los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política aprobado el 27 de octubre de 1977. Entre los objetivos de política legislativa a que se contraen estos Acuerdos figura la reforma parcial y urgente de la legislación penal y procesal militar con el fin de adaptarla a las exigencias propias de la nueva realidad democrática (1).

(1) En el punto VII («Código de Justicia Militar») se acordaba la «reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar: 1.º) Por razón de delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose ésta al ámbito de los delitos militares. 2.º) Por razón del lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares. 3.º) Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafiuro y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyan delito militar. 4.º) Sometimiento a los Tribunales Ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo. 5.º) Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar» (cfr. «Los Pactos de la Moncloa», Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, págs. 85 y ss.).

En cumplimiento de lo pactado, durante los primeros meses de 1978 se redactó por la Comisión nombrada al efecto en el Consejo Supremo de Justicia Militar, un Anteproyecto en el que se abordaba una amplia reforma del Código que excedía de las modificaciones urgentes acordadas. En base a este trabajo, aunque con sustanciales innovaciones, se elaboró posteriormente en el Ministerio de Defensa un segundo Anteproyecto que sólo de modo parcial fue recogido en el Proyecto de Ley de Reforma remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados a primero de noviembre de 1978 (2).

Promulgada, en diciembre, la Constitución, en ella se establecen diversos principios básicos que exigían, ya de modo inmediato, la reforma de Justicia militar (3).

No obstante, la disolución de las Cortes, las nuevas elecciones y, sobre todo, la conciencia de que la reforma era insuficiente para conseguir un Código de Justicia Militar acorde con la Constitución y satisfactorio para la nueva mayoría política dieron lugar a que, durante 1979, se paralizase la tramitación parlamentaria del Proyecto que fue, en ese tiempo, objeto de dura crítica desde diversos sectores sociales (4) e, incluso, por quienes, de algún modo, habían participado en su elaboración (5).

A comienzos de 1980, sin embargo, algunas actuaciones de la jurisdicción militar (6) dan lugar a que nuevamente se plante el tema de la reforma, que ahora va a tener un enfoque distinto, tal vez el único con el que se estimaba posible salir del *impasse* a que había conducido el Proyecto: el Gobierno reconoce la insuficiencia de la reforma proyectada y, a la vez que anuncia su provisionalidad, afronta la tarea de elaborar un nuevo Código de Justicia Militar que responda plenamente a los postulados constitucionales y a los principios por los que la jurisdicción militar se rige en los países pertenecientes a nuestro ámbito socio-cultural.

Así, en abril de 1980, cuando ya se trabajaba en la redacción del nuevo Código (7), se publica el Informe emitido por la Ponencia respecto

(2) Vid. «Boletín Oficial de las Cortes», 15 de noviembre de 1978, págs. 3956 y ss. («Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», tomo XXXI, Madrid, septiembre-diciembre 1978, págs. 714 y ss.).

(3) Así, los contenidos en los artículos 15, inciso final, 17, 3.º, 24, 2.º, y 117, 5.º, donde, tras establecerse el principio de unidad jurisdiccional, se señala que «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

(4) Vid., por ejemplo, el artículo de Juan BORJA DE QUIROGA: «Un Código de Justicia Militar para la Democracia», publicado en «El Periódico» (Barcelona) correspondiente al 4 de febrero de 1979. Asimismo, firmado por «Los Imparciales», «La Justicia militar (notas sobre el Proyecto de Ley de Reforma del Código)», en el diario «El Imparcial» (Madrid) de 10 de diciembre de 1978.

(5) Vid. VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «Sobre la reforma del Código de Justicia Militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 36, julio-diciembre 1978, pág. 141.

(6) Particularmente, el procesamiento de la periodista y directora de cine Pilar Miró con motivo de su versión de «El crimen de Cuenca».

(7) Inicialmente fue encargado el trabajo a un Grupo de Estudio formado en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército bajo la dirección del hoy Consejeroogado don Francisco Jiménez y Jiménez. Después, tras la promulgación de la Ley 9/80 y en cumplimiento de lo dispuesto en su Disposición final Primera, se constituyó formalmente, por Orden ministerial de 17 de noviembre de 1980, la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, que, presidida por el Teniente General don Luis Álvarez Rodríguez, pasó a trabajar en la sede del Consejo Supremo de Justicia Militar.

al Proyecto de Reforma (8) y en él se deja constancia del carácter transitorio de la misma al establecerse en su Disposición final Primera, párrafo segundo, el plazo de un año para que, por la Comisión constituida al efecto se elabore un Anteproyecto articulado de Código de Justicia Militar (9).

El texto, debatido en el Congreso de los Diputados en el mes de junio y en el Senado en octubre, fue sancionado, como Ley Orgánica 9/1980, el día 6 de noviembre, publicándose en el «Boletín Oficial del Estado» número 280, de 21 de noviembre (10) y entrando en vigor al día siguiente, conforme a lo dispuesto en la Disposición final Tercera.

La reforma, que afecta a ciento seis preceptos, de los que seis quedan sin contenido, incide en los tres tratados de que consta el CJM.

En los tratados primero y tercero, esto es, en la organización y atribuciones de los Tribunales militares y en el procedimiento, temas trascendentales para la jurisdicción militar, como sus límites de competencia, los Tribunales, el procedimiento sumarísimo o los recursos, han sufrido alteraciones sustanciales, de las que, preferentemente, quizá por constituir el núcleo originario de la reforma, se ha ocupado la doctrina (11).

En el tratado segundo, las modificaciones, motivadas, en buena medida, por la constante preocupación competencial, surgieron, en número considerable, durante los debates parlamentarios. El Proyecto publicado en 1978 únicamente preveía nueva redacción para once artículos de Derecho penal material. Después, como consecuencia de las enmiendas presentadas en ambas Cámaras, se amplió notablemente, en este terreno, el ámbito de la reforma que afecta, en el texto definitivo, a una treintena de preceptos de naturaleza sustantiva.

Del contenido y alcance de estas modificaciones, que en su conjunto suponen, pese a la originaria motivación orgánica y procesal de la

(8) Vid. «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, 24 de abril de 1980, páginas 188/1 y ss.

(9) Se establece definitivamente en la Ley (Disposición final Segunda) que por la Comisión se elaborará, antes de un año, a partir de su constitución, un proyecto articulado del Código o Códigos de Justicia Militar, «en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar equifradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los Ejércitos extranjeros de más asidua relación».

(10) En el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa», Diario Oficial del Ejército, fue publicada la Ley en su número 273, de 27 de noviembre de 1980.

(11) Cfr. VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980», Madrid, 1980; FERNANDEZ SEGADO, Francisco: «La jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional», en «Revista de Derecho Público», núm. 89, Madrid, julio-septiembre 1982, págs. 533 y ss.; ROJAS CARO, José: «¿Pueden los Tribunales ordinarios imponer las penas accesorias del Código de Justicia Militar a los militares culpables de delitos comunes?», en prensa, en «Revista de Derecho Público», Madrid, 1983. A nivel de divulgación, vid. los trabajos de Martín BRAVO NAVARRA: «Reforma de la Justicia Militar»; Jesús VALENCIANO ALMOYNA: «La Ley de Reforma del Código de Justicia Militar. Aspectos más importantes», y Francisco BLAY VILLASANTE: «Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar»; todos ellos incluidos en el «dossier» publicado bajo el título «Reforma del Código de Justicia Militar» por la «Revista de Aeronáutica y Astronáutica», núm. 481, Madrid, forma del Código de Justicia Militar» por la «Revista de Aeronáutica y Astronáutica», núm. 481, Madrid, enero 1981, págs. 51 y ss. Asimismo, el de Arturo BELTRAN NÚÑEZ y Benito EGIDO TRILLO-FIGUEROA: «Breves consideraciones sobre la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar», en «Ejército», núm. 513, Madrid, octubre 1982, págs. 59 y ss.

ley 9/80, una de las más trascendentales reformas llevadas a cabo, en las leyes penales militares, desde 1945, voy a ocuparme en este trabajo. Su análisis individualizado se llevará a cabo siguiendo, en líneas generales, la propia sistemática del Código.

II. El artículo 185, que regula las *circunstancias eximentes*, ha sido modificado en sus números 2 (menor edad), 9 (fuerza irresistible) y 12 (obediencia debida), sufriendo un ligero retoque en su redacción el número 4 (legítima defensa).

1. En materia de *minoría de edad*, el C. J. M. de 1945 mantuvo la tesis mixta de la imputabilidad condicionada por el discernimiento, progresivamente abandonada en el Derecho común, a partir del C. P. de 1928, en favor de fórmulas biológicas cada vez más radicales.

Tal particularismo fue justificado por el legislador en la propia Exposición de Motivos del Código, alegándose, aparte de la frecuente intervención de menores en «delitos militares de notoria gravedad», que «si por disposiciones administrativas se permite, en algunos casos, el ingreso voluntario en las filas militares antes de los dieciséis años, debe serlo con todas sus consecuencias, y, entre ellas, las de orden penal militar, el cual no quedaría debidamente salvaguardado si, en caso de infracción, se redujera la acción de las Autoridades judiciales militares a entregar al culpable menor de dieciséis años a los Tribunales Tutelares de Menores o a aplicarle la legislación penal de esta clase».

Por su parte, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, coherente con este planteamiento, exceptúa, en su artículo 9.º, de la competencia de dichos Tribunales «los delitos o faltas atribuidos a la jurisdicción castrense por el Código de Justicia Militar».

Esta vinculación del menor al sistema represivo penal militar, justificada inicialmente entre los primeros comentaristas (12), fue pronto sometida a serias consideraciones críticas en nuestra doctrina que, de momento, abogó por una interpretación restrictiva de la incriminación del menor que, por demás, se impuso en la práctica (13).

La reforma ha venido, en este punto, suprimiendo en el artículo 185-2.º el requisito de que el menor de dieciséis años «no hubiese obrado con discernimiento», a implantar la fórmula biológica pura del artículo 8, número 2 C. P., la que, como ha destacado con acierto RODRIGUEZ DEVESA, responde «a la aspiración, acentuada desde fines del siglo pasado, de anteponer, respecto a los menores que realizan un hecho castigado por la ley, el derecho a la educación que les asiste a cualquier otra consideración» (14).

(12) Así, DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: «Principios de Derecho Militar Español, con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945», tomo II, «Derecho Penal Militar», Edit. Naval, Madrid, sin fecha, pág. 50.

(13) Vid., especialmente, IRIGUIEZ DE LA TORRE, Julián: «El menor de dieciséis años en la jurisdicción militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 5, Madrid, enero-junio 1958, págs. 61 y ss.

(14) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», 8.ª edición, Madrid, 1962, pág. 586.

No se ha efectuado, sin embargo, previsión alguna para el caso de que el menor de dieciséis años ejecute un hecho castigado por el CJM. En tales supuestos es evidente que el menor, exento de responsabilidad en base el artículo 185 número 2, debería ser entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores, mas no siendo de aplicación el párrafo segundo del número 2 del artículo 8 CP y estando aún vigente, como norma competencial a la que en nada afecta la modificación del CJM, el artículo 9 de la LTTM, dicha solución no deja de ser, en la legalidad vigente, extremadamente cuestionable.

2. En la *legítima defensa* (art. 185-4.º), con la sustitución del término «aquellos» por «aquella» (15), en el párrafo segundo de la circunstancia 1.º, no se hace más que subsanar lo que, sin duda, constituía un error material arrastrado desde la publicación del CJM en 1945.

3. La *fuerza irresistible* se regula en el artículo 185-9.º CJM, cuya redacción se diferenciaba de la de su correlativo artículo 8-9.º CP en dos puntos:

a) En la expresa referencia a la conducta omisiva («el que obra o deja de obrar») que, por innecesaria, no se incluye en el artículo 8 CP. Tal referencia se estimó imprescindible en el CJM para destacar que en el precepto quedaba subsumida la circunstancia de «incurrir en alguna omisión por impedírsele una causa legítima e insuperable», que autónomamente regulaba como eximente el derogado Código penal de la Marina de Guerra de 1888.

b) En la exigencia expresa de que la fuerza irresistible ha de ser *física y externa*, con lo que no se recogía sino la doctrina constantemente mantenida en la jurisprudencia.

Estas diferencias no afectan, sin embargo, al contenido sustancial de la eximente que responde en el CJM al mismo criterio adoptado en el CP (16).

En este sentido, no resulta fácil determinar el alcance de la reforma, que, incidiendo en la segunda de las diferencias apuntadas, suprime el requisito de que la fuerza irresistible sea *física y externa*, manteniendo, en cambio, la expresa referencia a la posible forma omisiva de la conducta afectada.

El hecho de mantener dicha referencia (hoy del todo innecesaria) obliga a considerar que el motivo de la reforma no ha sido simplemente equiparar las formulaciones legales de la eximente prevista en los artículos 185-9.º C. J. M. y 8-9.º C. P., lo que, en principio, resultaría lógico al no existir argumentos válidos que apoyen una diferenciación normativa.

(15) La corrección fue propuesta, en el Senado, por Vicente BOSQUE HITIA, del Grupo Parlamentario Mixto, en enmienda núm. 71 al texto aprobado en el Congreso de los Diputados (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 54).

(16) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», 8.ª edición, Madrid, 1980, pág. 1247.

Ello pudiera llevar a pensar que, eliminando unas exigencias expresamente consignadas en la redacción anterior, lo que ha pretendido la reforma es ampliar el contenido de la eximente, de forma que, con el texto en vigor, queda exento de responsabilidad criminal «el que obra o deja de obrar violentado por una fuerza irresistible», pudiendo ser ésta de carácter moral o de origen interno.

Tal conclusión, a la que ya ha llegado algún autor al comentar este precepto (17), es, en mi opinión, insostenible.

Como destaca RODRIGUEZ DEVESA, en relación al artículo 8-9.º, la fuerza irresistible es aquella que imposibilita al sujeto adoptar una resolución o que, cuando la ha tomado, impide que la ponga en práctica; se trata de una *vis physica*, porque la *vis moralis* opera sobre las motivaciones y presupone, por lo tanto, una voluntad libre (18).

Asimismo, la fuerza irresistible ha de ser de origen exterior, esto es, implica una violencia externa al sujeto que la sufre (19). Como se ha señalado, «frente a las frecuentes y baldías alegaciones de los recurrentes, el Tribunal Supremo sostiene constantemente que la fuerza irresistible no puede ser endógena, nacida dentro del propio estado de ánimo del agente, sino que ha de ser exógena, proveniente de fuera, de la presión de un tercero» (20), ello sin perjuicio, lógicamente, de que estos estados de coacción moral, arrebato o pasión puedan ser valorados en relación a otras causas eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal.

Distinta es, en todo caso, la cuestión de si en esta eximente pueden comprenderse, junto a la fuerza material inmediata, que excluye radicalmente la voluntad, supuestos en que se actúe mediatamente sobre el sujeto, al que se anula su libertad de voluntad, aunque no la voluntad misma.

Este tema, resuelto afirmativamente por algún sector doctrinal (21), en nada se ve afectado por la reforma (22), desde el momento que los que se cuestionan son supuestos de *vis compulsiva*, en los que la violencia ejercida es material y de origen externo.

Entiendo, en conclusión, que la reforma, que, de hecho, ha aproximado la redacción del artículo 185-9.º CJM a la del 8-9.º CP, en nada ha alterado su contenido que sigue siendo el de una causa en la que se excluye la acción al venir el sujeto violentado por una fuerza irresistible y esta violencia ha de requerirse que sea física y externa, aun cuando

(17) Cfr. VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 96.

(18) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», cit., pág. 480.

(19) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», cit., pág. 480.

(20) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Derecho Penal. Parte General», Edt. Civitas, Madrid, 1978, pág. 233.

(21) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», cit., pág. 480. En contra, la doctrina jurisprudencial. Vid., al respecto, RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Derecho Penal. Parte General», cit., pág. 234.

(22) En contra, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., página 96, quien confunde los conceptos de «vis compulsiva» y «vis moralis».

ahora el precepto no lo exija expresamente. Cualquier otra interpretación, aparte de ir en contra de lo generalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia, vulneraría la misma naturaleza jurídica de esta exigente.

4. De modo especial ha incidido la reforma en la regulación de la *obediencia debida*.

En la nueva redacción sólo se mantiene la declaración inicial de que está exento de responsabilidad criminal «el que obra en virtud de obediencia debida», añadiéndose, como novedad, que «se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución». En tales supuestos, la distintas conductas de desobediencia prevista en el CJM «no se consideran delictivas» en virtud de lo dispuesto en un tercer párrafo añadido al artículo 328, sobre el que volveremos más adelante.

La modificación de los artículos 185-12 y 328 trae su origen de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que dos años antes habían establecido en su artículo 34 que «cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso, asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión».

Surge así, con la reforma, una nueva concepción de esta exigente, cuyo contenido ofrece trascendentales innovaciones en aspectos varios, a algunos de los cuales vamos a referirnos:

a) La obediencia debida no presentaba en la redacción originaria del CJM una naturaleza jurídica unitaria. En la fórmula legal se incluían, ante todo, los supuestos de obediencia debida genuina, esto es, aquellos que tenían por base un mandato lícito y que comportaban una causa de justificación. Pero, junto a ellos, se encontraban igualmente regulados por la exigente, como destacó la doctrina (23), casos de obediencia debida impropia, que no producían la justificación pero sí la exculpación de la conducta. Eran las hipótesis del error (el inferior cumple la orden ilegítima del superior por desconocer sus presupuestos fácticos o por ignorar que no está autorizado a desobedecerla) y de la coacción (el cumplimiento de la orden ilegítima se lleva a cabo por el inferior ante las graves, inmediatas y quizá irreparables consecuencias que, en determinadas circunstancias, particularmente en tiempo de guerra, puede comportar su no acatamiento). A estos casos se refería la segunda parte de la fórmula legal, precisamente aquella que ha suprimido la reforma.

En este aspecto, el legislador no ha seguido sino la orientación marcada por nuestra mejor doctrina, que estimaba conveniente «discrimi-

(23) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida en el Derecho penal militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 3, Madrid, enero-junio 1957, pág. 71.

nar unos casos de otros, dejando en el número 12 del artículo 185 tan sólo aquellos supuestos de obediencia debida propia, respecto a la cual no debe quedar ningún arbitrio del juzgador» (24).

En cuanto a los posibles supuestos de error y coacción, convengo con RODRIGUEZ DEVESA (25) en que, respecto a los últimos, cabe una solución satisfactoria sin introducir nuevas modificaciones, teniendo en cuenta la amplitud con que está concebido en nuestro ordenamiento el estado de necesidad, comprensivo no sólo de conflictos de bienes jurídicos, sino también de conflictos de deberes. El problema se reduce, pues, al tratamiento del error, cuya regulación específica no debe seguir marginada de nuestros Códigos en las próximas reformas.

b) Hasta ahora era comúnmente admitido en la doctrina que en el Derecho penal militar español, a diferencia del común y de otras legislaciones militares extranjeras (26), no cabían los *mandatos antijurídicos obligatorios*, esto es, por decirlo con RODRIGUEZ DEVESA, «en el Derecho militar español, no puede obligar el superior al inferior a cometer un delito, valiéndose de una orden» (27).

Con la modificación del artículo 185-12, pero, sobre todo, a la vista del artículo 328 reformado, esta afirmación se hace más cuestionable, porque, interpretados dichos preceptos *a sensu contrario*, resulta que en aquellos supuestos en que las órdenes entrañen la ejecución de actos contrarios a las leyes o usos de la guerra o constitutivos de delito, *pero no de manera manifiesta*, la referida orden deberá ser aceptada para no incurrir en delito de desobediencia (arts. 327 y ss.) y, naturalmente, en dichos casos, la obediencia será *debida*, pudiendo integrar la exigente número 12 del artículo 185 CJM.

De todas formas, en contra de la existencia de estos mandatos antijurídicos obligatorios en el ámbito jurídico penal militar siempre podrá alegarse que, siendo la obediencia sólo exigible en relación al servicio, nunca es obligatoria para el inferior una orden que, por su contenido antijurídico, sea ajena al mismo (28).

(24) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., pág. 73. En contra, PORRES JUAN-SENABRE, Enrique: «Consideración general de la obediencia debida como exigente», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 12, Madrid, julio-diciembre 1961, pág. 150. Asimismo, a favor de un amplio arbitrio judicial en esta materia, DIAZ ROMERO, Alejandro: «La obediencia debida en la legislación penal común y militar vigente», en «Boletín Jurídico Militar», segunda época, núm. 18, México, abril-junio 1954, págs. 115 y ss.

(25) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., págs. 73 y ss.

(26) Vid., al respecto, por ejemplo, ROMAN VIDAL, Sergio M.: «El delito militar en el Código de Justicia Militar chileno», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 9, Madrid, enero-junio 1960, páginas 187 y ss.

(27) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., pág. 74.

(28) En este sentido, RODRIGUEZ, José María: «La obediencia debida», cit., págs. 63 y ss. Admitida, sin embargo, la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en el vigente Derecho penal militar español, no dejaría de ofrecer problemas la naturaleza jurídica de la exigente de obediencia debida en relación a ellos. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», citado, pág. 531, se muestra, en tal supuesto, a favor de la naturaleza jurídica unitaria de la exigente que sería una causa de justificación comprensiva de dos situaciones distintas: mandatos de contenido lícito y mandatos antijurídicos obligatorios. En contra, entiende MEZGER, Edmund: «Tratado de Derecho Penal», traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, Edit. Revista de Derecho Privado, tomo I, Madrid, 1955, pág. 424, que el mandato antijurídico del superior jerárquico no puede excluir, hacia afuera, la antijuridicidad objetiva de la acción del subordinado por más que sea obligatorio para él. Dicha acción continúa siendo objetivamente antijurídica, pero no puede hacerse reproche alguno al que, de acuerdo



La solución es, en cualquier caso, discutible y la nueva fórmula legal, en este punto, desafortunada.

En el artículo 328 era innecesario el párrafo añadido porque resulta evidente que toda orden que entrañe la ejecución de actos contrarios a la ley no puede ser encuadrada dentro de las «órdenes relativas al servicio», siendo la obediencia exigible únicamente en relación al mismo (29). Es más, el obligar al inferior a realizar actos ajenos al servicio, cualquiera que sea su contenido, constituye abuso de autoridad conforme al artículo 435-3.º CJM (30).

Por su parte, en el artículo 185 hubiera sido preferible, siguiendo una proposición de *lege ferenda* formulada ya hace años por RODRIGUEZ DEVESA, señalar únicamente que, «no es debida la obediencia cuando se trate de una orden cuyo cumplimiento lleve consigo la comisión de un delito o falta, ni en materias ajenas al servicio» (31).

III. Una menor incidencia ha tenido la ley 9/80 en las *circunstancias modificativas* de la responsabilidad criminal:

1. Las atenuantes, que pueden ser en el CJM «simples» (art. 186) o «calificadas» (art. 189), sólo se han visto afectadas por la reforma en lo que a la *menor edad de dieciocho años respecta*, que del artículo 186-2.º pasa, con una nueva redacción, procedente del artículo 9-3.º CP («la de ser el culpable menor de dieciocho años») y con una posible mayor trascendencia (la de atenuar la responsabilidad «de modo especial») al artículo 189-1.º, que preveía como atenuante calificada «la de ser el culpable menor de dieciséis años, habiendo obrado con discernimiento», circunstancia que desaparece lógicamente del elenco como consecuencia de la nueva formulación de la eximente de menor edad del artículo 185-2.º

2. Tampoco las agravantes, que asimismo continúan divididas en «simples» (art. 187) y «calificadas» (art. 190), han sufrido sensible variación.

Tan sólo la *reincidencia* ha dejado de ser circunstancia de agravación calificada para pasar a constituir la decimoquinta agravante ordinaria del artículo 187, si bien mantenga la redacción que ofrecía en el número 1 del artículo 190 (32).

con el ordenamiento jurídico, obedece la orden. Con otras palabras: el sujeto no actúa culpablemente; el mandato obligatorio constituye para él una causa de exclusión de la culpabilidad. La cuestión no se plantea en aquellos autores que entienden que la obediencia debida es en todo caso una causa de exculpación (vid. ANTON ONECA, José: «Derecho Penal», tomo I, «Parte General», Madrid, 1948, pág. 273).

(29) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., págs. 64 y ss.

(30) Cfr. PORRES JUAN-SENABRE, Enrique: «Consideración general de la obediencia debida», cit., página 151.

(31) RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La obediencia debida», cit., pág. 73.

(32) Esta modificación procede de la enmienda núm. 36 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, aceptada sin oposición. Sostuvo el referido Grupo, a través del Diputado señor NAVARRO ESTEBAN, que, si bien su postura en relación al Derecho penal común era favorable a la supresión de esta agravante, admitían su fundamento en el C. J. M., donde, dada la especialidad del Derecho castrense, debía mantenerse, aunque no como agravante calificada, sino simple (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6643 y ss.).

Como agravante calificada queda la *habitualidad*, que no sufre alteración en su contenido (33). No tiene mayor relevancia que el de un error material el que en el artículo 6.º de la Ley se declare suprimido, entre otros, el artículo 190, lo que afectó, sin embargo, a alguna de las primeras ediciones del Código reformado (34).

IV. El artículo 194 prevé una serie de delitos de naturaleza común que, cometidos en determinadas circunstancias por miembros de las Fuerzas Armadas, comportan una causa personal de agravación para sus autores, así como la competencia de la jurisdicción militar para el enjuiciamiento del hecho.

Sustancialmente, el artículo 194 contempla hechos delictivos que, cometidos en las circunstancias que el precepto detalla, afectan de modo directo a la eficacia del potencial bélico militar, trascendiendo del orden punitivo común.

Ocurre, sin embargo, que desde el momento en que el CJM de 1890 abandonó el sistema de incriminación independiente de estas figuras, tradicional en nuestro Derecho histórico y que se mantiene en el CP del Ejército de 1884 y en el de la Marina de Guerra de 1888, adoptando en su artículo 175 esta cláusula mixta inserta en la parte general y donde no se tipifican delitos autónomos ni se establecen sus correspondientes penas, no puede sostenerse con fundamento que los previstos en el artículo 194 sean delitos militares ni en sentido amplio ni en sentido estricto (35).

La técnica legislativa utilizada ha motivado, además, el que, olvidándose el trascendental aspecto sustantivo del artículo 194, se haya destacado, durante la elaboración de la reforma, por ciertos sectores parlamentarios, su contenido competencial, abogándose por la supresión del precepto al considerarlo simplemente una norma extensiva de la jurisdicción militar por razón de la persona incompatible con los dictados constitucionales (36), postura que, si bien no ha prosperado, ha dado lugar a una restricción en el ámbito subjetivo de la disposición que, desde ahora, se refiere únicamente a supuestos en que los delitos señalados sean cometidos por militares, suprimiéndose la referencia a los *agregados a los Ejércitos* que figuraba en el texto originario.

Esta modificación no puede reputarse acertada porque es indudable que, en ciertas circunstancias, como por ejemplo en tiempos de guerra, determinados hechos (asesinatos, violaciones) cometidos por personal agregado a los Ejércitos deben ser objeto de un especial tratamiento

(33) Contrario también al mantenimiento de la habitualidad como circunstancia especial de agravación se mostró en el Congreso de los Diputados el Grupo Parlamentario Socialista, que propuso, sin éxito, una vez insertada la reincidencia en el artículo 187, la eliminación del contenido del artículo 190 (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6544 y ss.).

(34) Vid., por ejemplo, el «Código de Justicia Militar» de la Biblioteca de la Guardia Civil, Madrid, 1981, pág. 74.

(35) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Delito militar», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Editorial F. Selix, tomo VI, Barcelona, 1954, pág. 598.

(36) Vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6546 y ss.

agravatorio que, en el actual Código, sólo se conseguía a través de la fórmula del artículo 194.

De *lege ferenda*, parece lo más conveniente, en la próxima reforma, volver a la técnica de incriminación individualizada de todas aquellas conductas que se considere por el legislador que, por afectar al potencial bélico del Estado, tienen naturaleza militar: entre ellas deben tener cabida la mayor parte de las figuras circunstanciadas que en el actual artículo 194 prevé.

V. El artículo 197, que regula la responsabilidad criminal en los delitos cometidos por medio de la imprenta, grabado u otro medio de publicación o difusión, ha sufrido como única modificación la despenalización de los simples *tenedores* del «impreso o publicación criminal».

Debe dejarse constancia, sin embargo, de la reforma integral del precepto propuesta por el Senador de UCD señor VILLAR ARREGUI, para quien el artículo 197 «establecía un inadmisibles y criticadísimo sistema de responsabilidad extrapersonal y en cascada, unánimemente rechazado por la doctrina penal» (37).

La enmienda propuesta, que recogía el contenido del artículo 34 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, fue aprobada en el Senado (38), aun cuando no prosperase en el texto definitivo de la reforma.

VI. Por el artículo 15 de la Constitución española de 1978 queda abolida la *pena de muerte*, «salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

La fórmula, que no figuraba en el Anteproyecto del texto constitucional, tiene su origen en una enmienda *in voce* del Diputado centrista señor GARCIA AÑOVEROS, aunque su configuración definitiva procede de la discusión en el Senado, donde, a instancia fundamentalmente de los Senadores VILLAR ARREGUI y CIRICI PELLICER, se abandona el criterio subjetivo inicialmente propuesto, que relegaba la posibilidad de imponer la pena capital a las «personas sujetas al fuero castrense», y se añade la expresión *en tiempo de guerra*, que, en la Comisión Mixta sería finalmente sustituida por la de *para tiempos de guerra* (39).

El mismo día que la Constitución, el 29 de diciembre, entró en vigor el Real Decreto-Ley número 45/1978, de 21 de diciembre, que tenía por finalidad concretar el artículo 15 del texto constitucional, sustituyendo, «para tiempos de paz», la pena de muerte por la de treinta años de reclusión en el CJM, en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea

(37) Vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 60.

(38) Vid. B. O. C. G., Senado, 15 de octubre de 1980, pág. 89.

(39) Sobre este tema y, en particular, sobre los antecedentes y la discusión legislativa del artículo 15 de la Constitución, vid. HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe: «La previsión constitucional de la pena de muerte [comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978]», Bosch, Barcelona, 1980, págs. 19 y ss.

de 24 de diciembre de 1964 y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 (40).

Con estos antecedentes, el párrafo final del artículo 209 CJM, añadido en la reforma, no viene sino a recoger en el texto algo ya constitucionalmente establecido, esto es, que «la pena de muerte sólo podrá imponerse en tiempos de guerra», siendo del todo innecesaria la referencia al artículo 15 de la Constitución y al Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre.

El precepto, sin embargo, no ha ido acompañado de otras previsiones legislativas que hubieran sido deseables en esta materia:

1. No se ha sustituido la pena de muerte en aquellos supuestos en que la misma es inconstitucional por no ir exclusivamente referidos a tiempos de guerra, con lo que hay que seguir recurriendo al Real Decreto-Ley 45/78, cuyo carácter provisional no se ha tenido en cuenta por el legislador en esta reforma.

La solución, por otra parte, no está, como se ha pretendido (41), en trasladar el contenido del Real Decreto-Ley de referencia al final del artículo 209 CJM, lo que técnicamente sería incorrecto, sino en establecer, para los distintos tipos previstos en el CJM, las penas que, en el momento actual, se consideren político-criminalmente adecuadas, dentro de los límites constitucionales, lo que, en modo alguno, hubiera excedido de los límites en que se fue desarrollando la reforma.

2. No se ha aprovechado la reforma para concretar y precisar el exacto contenido de los denominados *tiempos de guerra*, concepto no definido en la Constitución y cuya interpretación ofrece algunas dificultades.

Por de pronto, a la vista de los artículos 32 y siguientes de la Ley Orgánica 4/1981, no pueden considerarse conceptos equivalentes los de *tiempos de guerra* y *estado de sitio*, porque éste puede declararse sin que se den las circunstancias fácticas de beligerancia que caracteriza la situación de guerra.

Tampoco define el estado de guerra la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de las Bases de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

El propio CJM de 1945 regula supuestos paralelos como los del «ejército en campaña» o «frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos»

(40) Esta disposición es desafortunada, mas no porque no derogue expresamente la pena de muerte en el Código penal, lo que, en mi opinión, era innecesario, sino porque, de hecho, la mantiene, para tiempos de guerra, en dos leyes especiales comunes, no militares, antes que la L. P. P. N. A. de 1964 y la L. P. D. M. M. de 1955. Vid., sobre este tema, RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», suplemento a la 7.ª edición, Reformas hasta el 31 de diciembre de 1979, Madrid, 1980, pág. 11; FIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe: «La previsión constitucional de la pena de muerte», citado, págs. 30 y ss.; LANDRIVE DIAZ, Gerardo: «La abolición de la pena de muerte en España», en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», tomo XXXIV, Madrid, enero-abril 1980, págs. 28 y ss.

(41) Así, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 102.

(artículo 256), pero tampoco nos ofrece una definición del *tiempo de guerra* que, como elemento normativo, utiliza de forma reiterada en diversos tipos para referirse a una determinada situación bélica agravatoria de la conducta sancionada.

En mi opinión, por *tiempos de guerra* o *tiempo de guerra* (42) debe entenderse toda situación fáctica de conflictividad armada entre dos partes beligerantes.

Puede tratarse de una guerra internacional o externa, pero también de un conflicto interno, de una contienda civil (43).

En ningún caso es necesaria una previa declaración formal de guerra, que, además de ser un requisito abandonado en la práctica internacional, no afecta a la situación fáctica de confrontación armada que es el contenido esencial del concepto que nos ocupa (44).

Apoya esta tesis la misma génesis parlamentaria de la expresión. Según el Senador CIRICI PELLICER, que introdujo en el artículo 15 de la Constitución dicha fórmula, con la misma se tiende a diferenciar y delimitar la «guerra auténtica» de situaciones puramente jurídicas y de carácter convencional, como sería hoy el estado de sitio, que podría ser declarado sin que existiese una guerra «real». Esta nueva fórmula, según su inspirador, quiere significar una «lucha armada general y organizada», con lo que se descarta la posibilidad del uso «político» o «de orden público» de la pena capital (45).

## VII. En materia de penas, otras reformas han sido las siguientes:

A. En el artículo 223 se regulan ahora conjuntamente, con algunas modificaciones, las penas de pérdida de empleo y separación del servicio, limitándose el contenido del artículo 224, que figura como disposición complementaria.

1. La *pérdida de empleo* tiene su origen en la degradación militar, de la que tomó, ya en el Código de 1890, su contenido y efectos, de forma que, como se ha destacado (46), la degradación queda desde enton-

(42) Estimo que ambos conceptos son equivalentes. En la fórmula originaria del artículo 15 de la Constitución aprobada en el Senado figuraba «tiempo de guerra». En la Comisión Mixta Congreso-Senado se optó por emplear el plural, sin que conste una motivación sustancial, quedando en el texto constitucional como «tiempos de guerra». En la reforma del C. J. M., el Informe de la Ponencia, al incluir la modificación del artículo 209, no prevista inicialmente en el Anteproyecto, habla de «tiempos de guerra» (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 24 de abril de 1980, pág. 166/17). Por el contrario, en el texto remitido al Senado figura en singular como «tiempo de guerra» (vid. B. O. C. G., Senado, 8 de julio de 1980, pág. 14). Por último, con la aceptación de una enmienda del Senador señor VILLAR ARREGUI, que propuso la utilización del plural en «armonía con el artículo 15 de la Constitución» (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 61), se estableció definitivamente en el último párrafo del artículo 209 la expresión «tiempos de guerra».

(43) En contra, RODRIGUEZ DEVEBA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», cit., página 537, para quien el término constitucional «tiempos de guerra» debe referirse únicamente a la guerra exterior o internacional, esto es, a aquellos supuestos de beligerancia entre dos o más Estados soberanos.

(44) En contra, BARBERO SANTOS, Marino: «La pena de muerte en la Constitución», en «Sistema», número 42, mayo 1981, pág. 58; HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe: «La previsión constitucional de la pena de muerte», cit., pág. 58.

(45) Vid. HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe: «La previsión constitucional de la pena de muerte», cit., páginas 28 y s.

(46) Vid. RODRIGUEZ DEVEBA, José María: «Degradación», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Editorial F. Saeix, tomo VI, Barcelona, 1984, págs. 372 y s.

ces carente de sustantividad propia, representando tan sólo una forma potenciada por su carácter solemne y público de ejecutar, en determinados casos, la pérdida de empleo (o la expulsión de filas del Ejército).

Esta concepción es asumida en 1945 por el CJM, que no establece un contenido específico para la degradación, regulando tan sólo su ritual en el artículo 879, dentro de las normas sobre la ejecución de la pena de muerte.

A la pérdida de empleo se le asignan, en cambio, los efectos característicos de la degradación, consistentes en «la baja definitiva de los Ejércitos, con la privación de los grados, sueldos, honores y derechos militares que correspondan al penado, así como la incapacidad para obtenerlos en lo sucesivo».

La reforma ha incidido en esta materia:

a) Suprimiendo el ritual público y solemne que en el artículo 879 se establecía para la ejecución de la degradación.

La supresión supone, a mi modo de ver, la desaparición definitiva en nuestro Derecho de esta accesoria, aun cuando como tal se prevea en los artículos 210 y 218 y se mantenga en relación a varios supuestos de traición y espionaje y para algunos de los delitos contra el derecho de gentes.

b) Atemperando los efectos de la pérdida de empleo, por cuanto, si bien se mantiene el texto originario, a éste se ha añadido un inciso en el que se exceptúan, de los derechos de que se priva al condenado, «los pasivos que pudieran corresponderle por sus años de servicio».

La modificación trae su origen del artículo 172 de las Reales Ordenanzas que, en su inciso final, establece que «en ningún caso podrá (el militar) ser privado de los derechos pasivos que le correspondan».

Esta excepción se ha querido también establecer para la «expulsión de filas del Ejército», lo que se ha llevado a efecto, de modo técnicamente incorrecto, en el artículo 218, que se refiere a aquellos casos en que la pérdida de empleo o la expulsión de filas del Ejército se impongan como accesorias a los condenados a pena de muerte, en los casos en que no se ejecute ésta por ser indultado el reo.

La declaración en este precepto, que respecto a la pérdida de empleo es repetitiva y por ello innecesaria, no puede justificarse por el hecho de que no exista disposición alguna dedicada a establecer los efectos de la «expulsión de filas del Ejército», porque éstos se determinan en el artículo 210 y, hasta que una reforma más profunda ordene sistemáticamente esta materia, allí debería haberse consignado que el expulsado mantiene el haber pasivo que, con arreglo a sus años de servicio, pueda corresponderle.

2. La pena de *separación del servicio*, que asimismo puede ser impuesta como principal o como accesoria, «producirá también la baja en

el Ejército respectivo con pérdida de los derechos adquiridos en el mismo, excepto los pasivos que puedan corresponderle por sus años de servicio».

En este caso, la reforma ha retocado la redacción anterior dejando ver que en la separación del servicio la pérdida no es *absoluta* ni de todos los derechos, como se establecía hasta ahora.

Con ello, se ha querido destacar la diferencia entre pérdida de empleo y separación del servicio, que tras la reforma ofrecen un contenido muy semejante, máxime cuando, conforme al párrafo tercero del artículo 223, «en ambos supuestos, los condenados quedarán sujetos a la Ley General del Servicio Militar en lo que pueda serles aplicable».

La distinción, de todas formas, no se ha logrado, pues, si bien los efectos de la pérdida de empleo aparecen claramente establecidos, el contenido de la separación del servicio ofrece serias dudas al intérprete, tras la reforma, la que debió señalar de modo expreso cuales son los derechos adquiridos que, además de los pasivos, conserva el separado del servicio, así como en qué sentido la pérdida de derechos para él no es ahora absoluta, extremos éstos para cuya interpretación no se cuenta con base legal suficiente.

3. Tanto en la pérdida de empleo como en la separación del servicio, con la supresión del párrafo segundo del derogado artículo 224, se ha posibilitado el que, cuando alguna de estas penas se imponga como accesoria, el condenado perciba, mientras extingue la pena principal, el haber pasivo que pueda corresponderle.

Para aquellos supuestos en que el condenado a penas de pérdida de empleo o separación del servicio no haya perfeccionado derecho a haber pasivo, establece el artículo 224 que sus esposas, hijas (47) y madres viudas, sin medios de fortuna, percibirán, durante el tiempo de cumplimiento de la condena, «las pensiones señaladas en la legislación vigente sobre derechos pasivos para caso de fallecimiento de los causantes».

B. Finalmente, ha sido reformado, en esta materia, el artículo 231, primero de los dedicados a regular los efectos especiales que, para los militares, producen las penas comprendidas en la ley común.

Como entre estas penas comunes no figura ya la de muerte, reservada a la ley penal militar, ha sido coherente suprimir su referencia entre aquellas penas que conllevan la pérdida de empleo para Oficiales y Suboficiales, que quedan reducidas a los dos tipos de reclusión y al presidio mayor (48).

(47) La reforma, en este punto, del texto anterior, que se refería genéricamente, como posibles beneficiarios de los socorros establecidos, a los «hijos», es difícilmente justificable y, en mi opinión, consagra una distinción que, respecto a los hijos menores de edad, además de contrariar la legislación de Derechos Pasivos, es claramente anticonstitucional.

(48) En cambio, se ha mantenido al margen de la reforma el artículo 232, que, al determinar los efectos militares que para los individuos de las clases de tropa o marinería producen las penas comunes, señala, entre ellos, la de «muerte» y, caso de indulto (o cuando se trate de reclusión o presidio mayor), el efecto será la expulsión de las filas del Ejército «con pérdida de todos los derechos adquiridos».

Por otra parte, se ha modificado el contenido del párrafo tercero, limitando el efecto de suspensión de empleo militar a las penas de «prisión menor por menos de tres años y arresto mayor, en las que no se hubiere otorgado el beneficio de remisión condicional».

Con ello no sólo queda sin efecto militar alguno la pena de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, cuando se impongan como principal, sino también las penas de prisión menor por menos de tres años y arresto mayor en aquellos casos en que no se otorgue el beneficio de remisión condicional.

En contra de esta conclusión, de todo punto insatisfactoria, no puede alegarse que el legislador haya entendido subsumido el efecto de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio que, como accesoria, va inseparablemente unida, entre otras, a las penas de prisión menor y arresto mayor (art. 47 CP), y ello porque, aparte de que la suspensión de empleo militar ofrece un contenido específicamente distinto a la suspensión común, con tal interpretación sobraría también el párrafo tercero en su actual redacción desde el momento en que la condena condicional no se extiende, por declaración expresa del artículo 97 CP, a las penas de «suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público» (49).

VIII. El artículo 245 CJM facultaba a los Tribunales militares para otorgar, conforme a los artículos 92 y siguientes del CP, la *condena condicional* a los reos de delitos comunes penados por la jurisdicción militar, quedando «exceptuados de la suspensión de condena los autores, cómplices y encubridores de delitos en los que se haga aplicación del artículo 194».

La reforma ha venido a ampliar el ámbito de posible concesión de este beneficio, suprimiendo la excepción de los delitos en que se aplique el artículo 194 y permitiendo, en todo caso, hacer uso de la suspensión de condena cuando el penado no sea militar ni agregado a los Ejércitos.

a) Por lo que a los delitos del artículo 194 respecta, entiendo que, dado que se trata de delitos comunes, como ya se ha destacado, en ellos podrá aplicarse la suspensión de condena no sólo a los partícipes pasivos, sino también a los militares, que en tales supuestos se les condena «con arreglo a lo dispuesto en las Leyes comunes», independientemente

---

ridos en él». La reforma debió suprimir también en este caso, por la misma razón que en el artículo 231, la referencia a la pena de muerte y añadir un inciso final al párrafo conforme al cual de la pérdida de derechos adquiridos, en los supuestos de expulsión, quedan exceptuados «los pasivos que pueda corresponderles en relación a sus años de servicio» en concordancia con lo dispuesto en los artículos 218 y 223.

(49) Pudiera tratarse de la omisión involuntaria de un «no», con lo que el texto correcto diría «... en las que no se hubiere otorgado el beneficio de remisión condicional», y así la innovación tendría un sentido del que ahora carece. En cualquier caso, la redacción del artículo 231 aparecida en el B. O. E. es la misma que figuraba en el Proyecto, en el Informe de la Ponencia y durante la elaboración de la reforma, sin que el posible error material fuese rectificado en ningún momento, como tampoco con posterioridad a la publicación del texto definitivo.



mente de que respecto a ellos se aprecie la causa personal de agravación que el precepto de referencia comporta.

b) La segunda innovación se señala expresamente en la nueva redacción del artículo 245, al consignarse en su párrafo segundo que «también podrá aplicarse la suspensión de condena por delitos comprendidos en este Código o en cualquier otra Ley penal militar a los penados que no pertenezcan a los Ejércitos o estén agregados a ellos».

Por consiguiente, tras la reforma, únicamente quedan exceptuados de la remisión condicional de la pena los militares condenados por delitos previstos en una ley militar.

La excepción encuentra, a mi modo de ver, fundamento no sólo en el hecho de «no darse, en las penas privativas de libertad de corta duración que se cumplen por los aforados castrenses en establecimientos exclusivamente militares, aquellos peligros que la convivencia con profesionales de la delincuencia común procura a los reos que ingresan en establecimientos carcelarios de la jurisdicción ordinaria» (50), sino también en la distinta y peculiar función que la pena desarrolla en el colectivo militar, respecto al que no son de aplicación las consideraciones generales que por la doctrina se formulan en relación a las penas cortas de privación de libertad y que, en último término, son las que justifican la existencia de los diversos medios sustitutivos (51), entre los que la suspensión de condena se encuentra (52).

IX. El artículo 256 contiene, con el carácter de *disposiciones generales*, una serie de definiciones de conceptos fundamentales en el ámbito jurídico-militar que aparecen incorporados, en preceptos posteriores, como elementos normativos de diversos tipos penales, para cuya aplicación resulta sumamente clarificadora esta interpretación auténtica que el legislador ofrece.

En dicho precepto, se nos concreta, desde 1945, qué son actos del servicio (apartado 1.º), cuáles se consideran actos del servicio de armas (apartado 2.º), cuándo se está frente al enemigo (apartado 3.º), al frente de rebeldes o sediciosos (apartado 4.º) y en campaña (apartado 5.º).

La reforma, además de retocar un par de extremos de la redacción de estos cinco apartados (se sustituye el término «fuerzas de antiaeronaútica» por el de *fuerzas antiaéreas*, técnicamente más correcto, y se suprime la expresión «a flote» que seguía a «fuerzas navales»), así como de cambiar en el encabezamiento «se considerará» por *se consi-*

(50) Cfr. DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: «Principios de Derecho Militar Español», tomo II, citado, pág. 204.

(51) Vid. PUIG PERA, Federico: «Condena condicional», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Edit. F. Seix, tomo IV, Barcelona, 1952, págs. 856 y ss.

(52) En contra, BLAY VILLASANTE, Francisco: «Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar», cit., pág. 68, para quien «no parece congruente mantener la prohibición de la posibilidad de la suspensión de condena para militares por delitos militares». También, en este sentido, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 106.

dera, ha añadido un extenso sexto apartado en el que se especifica quiénes ostentan legalmente la condición de Autoridad Militar.

Esta materia venía regulada en el derogado número 2 del artículo 6.º, en sus párrafos segundo a sexto, que, con ligeros retoques de redacción y algunas alteraciones en su contenido, han pasado a constituir el número 6 del artículo 256, que, como principales innovaciones, ofrece las siguientes:

a) A las Autoridades militares de «carácter judicial» (antiguo párrafo tercero del número 2 del artículo 6.º) se añaden ahora, en el apartado b) del número 6, «los Coroneles o Capitanes de Navío, Generales o Almirantes, Jefes de Unidades y organismos administrativos militares, además del Ministro de Defensa, el Vicepresidente del Gobierno relacionado con la Defensa Nacional, si lo hubiere, el Presidente del Gobierno y el Jefe del Estado en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus funciones, prerrogativas u otras de mando militar».

b) Fuera del territorio nacional y de sus aguas o especies jurisdiccionales, la condición de Autoridad militar que ostentan los Oficiales de cualquier clase destacados para algún servicio dentro de las aguas o lugares en que deban prestarlo, cuando allí no existe Autoridad militar constituida, se limita ahora a «lo que concierna a la misión militar que se les haya encomendado».

X. Distingue nuestro ordenamiento entre *traición militar* y *traición común*, modalidades ambas de un delito sustancialmente unitario.

Este dualismo normativo, en cuyo origen y posterior desarrollo histórico-legislativo convergen motivaciones jurídicas y condicionamientos políticos (53), no es, por tanto, inherente al delito de traición, cuya regulación unitaria en el Código penal o en una ley especial no ofrecería, en mi opinión, reparo alguno, porque el bien jurídico protegido en este delito (la independencia y la integridad de la Nación española) excede con mucho del potencial bélico del Estado, última razón de ser de la legislación penal militar (54).

Ello no implica el que, dentro de un sistema dualista, como el que ofrece nuestro ordenamiento, no pueda alcanzarse un adecuado nivel técnico-legislativo, delimitando, mediante un criterio rector correcto, ambas modalidades de traición, de forma que la distinción entre ellas sea real y efectiva.

No ocurre así en nuestra legislación vigente, donde, aparte de ser distinto el concepto de traición en el CJM que en el CP (55), la ausencia

(53) Sobre la evolución legislativa del delito de traición, vid., especialmente, MONTULL LAVILLA, Eduardo: «Estudio comparativo del delito de traición militar y el de traición del Derecho penal común», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 25-26, Madrid, enero-diciembre 1988, págs. 9 y ss.

(54) De derecho, la traición es regulada de modo unitario por todas aquellas legislaciones que han adoptado la técnica de Incriminación conjunta, esto es, que incluyen los delitos militares en el Código penal.

(55) Es técnicamente más correcto el concepto estricto de traición del C. J. M. que el amplio que, desde 1944, se contiene en el C. P. En este texto, junto al núcleo tradicional del delito, constituido por

de un criterio delimitador riguroso ha conducido a ubicaciones incorrectas, a lagunas injustificadas y, sobre todo, a numerosos supuestos de doble incriminación de una misma conducta (56).

Esta técnica legal defectuosa se manifiesta, asimismo, en el prolijo casuismo que preside la descripción de los diversos tipos penales y en las abundantes repeticiones dentro del articulado de un mismo Cuerpo legal.

Obviamente, la remodelación del delito de traición implica numerosas modificaciones de variado alcance en los dos textos punitivos (57), reforma que no puede efectuarse sino de un modo conjunto, después de concretados los principios informadores que se estimen más correctos.

Tratar, en una reforma del CJM, de limitar, con un criterio adecuado, la regulación de este texto punitivo a aquellos supuestos de traición inequívocamente militar comporta relegar al CP diversos tipos y traer alguno de la ley común al CJM, lo que, si no va acompañado de la simultánea reforma del delito de traición común, supondría tan sólo aumentar a la vez el número de conductas atípicas y doblemente incriminadas.

Por ello, no puede reputarse acertado el criterio seguido en el Proyecto de Código Penal. En él (58), no sólo se mantienen los mismos defectos técnicos de que adolece el Código vigente, sino que, al no tenerse en cuenta para nada la legislación castrense, se regulan en su articulado varios supuestos de traición militar, mientras no se tratan otros de inequívoca naturaleza común.

Esta precipitada actuación en el Proyecto de Código penal condiciona, además, en buena medida, la regulación de la traición en el Anteproyecto de CJM, en fase de elaboración, e impide, por las razones antes apuntadas, reconducir a sus justos límites el delito de traición militar.

De todas formas, en parte, pues el alcance de la Ley 9/80 no podía incluir un tratamiento en profundidad de esta materia, la reforma no ha sido ajena a la compleja problemática que el delito de traición conlleva y así lo demuestran las supresiones y modificaciones que, a la espera de los nuevos Códigos, ha efectuado en el texto vigente y de las que damos cuenta a continuación:

1. Se suprimen los antiguos números 2, 4 y 12 del artículo 258, el número 5 del artículo 259 y el artículo 266.

provocar una guerra contra España o favorecer en ella al enemigo (que es el que con alguna ligera ampliación mantiene el C.J.M.), se incluyen el espionaje y los ultrajes a la Nación española, sus símbolos o emblemas (cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», citado, pág. 602).

(56) Vid. TERUEL CARRALERO, Domingo: «La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado», en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», tomo XVI, Madrid, enero-abril 1963, pág. 24.

(57) Vid., con especial referencia al Derecho común, RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», cit., págs. 613 y s.

(58) Artículos 63 a 642.

a) El número 2 del artículo 258 consideraba traidor al español «que induzca a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o que se concierte con ella para el mismo fin». El precepto era repetición literal del artículo 120 CP, que, como en todos los supuestos de doble incriminación, devenía inaplicable no sólo en virtud del principio material de imposición de la pena más grave, que debe regir en toda relación entre leyes alternativas, sino, fundamentalmente, por la aplicación preferente que, en todo caso, tiene en nuestro ordenamiento la ley penal militar frente a la común, que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 257 CJM, sólo podrá ser tenida en cuenta, como supletoria, de no existir regla concerniente al caso presentado.

Con la supresión se pone fin al defecto de técnica legislativa que suponía la doble incriminación de una conducta idéntica, pero la solución de estimar en todo caso la misma como constitutiva de traición común, más benignamente castigada que otros supuestos del CJM de indudable menor gravedad y trascendencia, no me parece convincente, porque, además, una vez admitido el dualismo normativo, parece claro que el hecho de inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o concertarse con ella para el mismo fin debe ser considerada traición militar, al menos cuando el autor de la inducción o el concierto sea un miembro de las fuerzas armadas.

b) Tampoco parece acertada la supresión del número 4 del artículo 258 que castigaba al español «que enajene indebidamente el Tesoro Nacional o lo extraiga ilegítimamente del territorio patrio, entendiéndose que aquél es el que figure con dicho carácter en la Hacienda Pública», así como del número 5 del artículo 259 que también consideraba traidor a quien «maliciosamente, en época de guerra, produjese un grave daño económico a la Patria», porque, si bien estas conductas son de naturaleza común y su presencia en el CJM resultaba poco afortunada, tras la reforma es dudoso que tales hechos puedan ser incluidos en alguno de los delitos de traición del CP, aun cuando, realizados en tiempo de guerra, el propósito del sujeto sea el de favorecer al enemigo.

c) El número 12 del artículo 258 regulaba la desertión al enemigo, que cometía el «que se fugue con dirección al enemigo», considerando «que la fuga se ha verificado con dirección al enemigo cuando el acusado no justifique que el delito cometido fue otro distinto».

Con independencia de la presunción inversora de la carga de la prueba, inadmisibles en un delito que tiene fijada la muerte como penalidad única, la previsión legislativa no era satisfactoria, al confundir dos delitos sustancialmente distintos, cuales son la traición y la desertión.

Como ya, en otra ocasión, destaqué (59), no comete traición quien deserta aunque sea huyendo a través de territorio enemigo. Comete traición quien «se pasa» al enemigo, quien se pone a su servicio, quien,

---

[59] Vid. MILLAN GARRIDO, Antonio: «El delito de desertión militar». Bosch, Barcelona, 1963, pág. 115.

abandonando su unidad, se adhiere a las fuerzas enemigas en la lucha contra la Patria (60), en suma, quien, «abandonando sus banderas, entra a formar parte del Ejército enemigo» (art. 258-1.º).

Por todo ello, el número 12 del artículo 258 fue siempre restrictivamente interpretado, considerándose «enemigo» sólo al exterior, lo que resultaba más coherente con la naturaleza de la traición que, en principio, parece no tener su campo en los conflictos bélicos internos, y exigiendo en la fuga el ánimo de, siquiera, ponerse en condiciones de encontrarse en la esfera de disponibilidad del Estado beligerante adversario, el que, si bien no es relevante para la desertión, lo es ciertamente para la integración del delito de traición.

Ante ello, la reforma ha suprimido, entiendo que con acierto, este precepto, cuya referencia, sin embargo, se mantiene inadvertidamente en el inciso final del artículo 375.

d) Finalmente, se ha suprimido el artículo 266 que castigaba al «español que intentare pasar a país enemigo cuando lo hubiere prohibido el Gobierno», hecho que indudablemente no constituye en sí traición común ni militar y que, además, era repetición literal del artículo 135 CP, que lo incluye entre los «delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado».

2. Han sufrido modificaciones el propio artículo 258 y el 262.

a) En el artículo 258 se ha suprimido, en su número 3, la referencia al «protectorado» que, sin embargo, se mantiene en el número 9.

En el número 5 se especifica, tras la reforma, que la coacción ha de ser «grave».

En el número 6 ha sido objeto de una redacción más precisa que concreta el objeto de entrega al enemigo, que ha de consistir en «la bandera, armas, vehículos, víveres, municiones y recursos o medios ofensivos y defensivos de importancia».

En el número 10 se ha sustituido la expresión «bandera de la Patria» por la de «bandera de España».

b) En el artículo 262, finalmente, se introduce la necesidad de que los planos, diseños o documentos secretos estén legalmente calificados con tal carácter. Asimismo, se concreta la penalidad, que hasta la reforma presentaba una extensión intolerable (seis meses y un día de prisión a pena de muerte).

XI. Dentro del título IX del Tratado Segundo, que, tras la reforma, lleva la rúbrica de «Delitos contra la seguridad militar del Estado y de los Ejércitos», regula el Código la *rebelión* que en el mismo encabezamien-

(60) Vid. PANNAIN, Remo: «Sulla diserzione al nemico», en «Archivio Penale», 1-1, Roma, 1945, página 268.

to del capítulo se califica ahora de *militar*, con lo que no se hace sino concordar el epígrafe inicial con el contenido de los artículos 286 y siguientes del CJM.

Se destaca así la distinción entre las dos modalidades, común y militar, de un delito, la rebelión, que, al igual que la traición, es esencialmente unitario.

Los amplios términos, sin embargo, en que, desde 1890, viene configurado este delito en el CJM implican una escasa aplicabilidad del CP en la materia (61), incluso después de la reforma, que, como veremos, al restringir algunos supuestos de rebelión militar, ha ampliado el ámbito de los correspondientes tipos comunes de rebelión.

El único precepto afectado por la Ley 9/80 ha sido el artículo 286. En él se han efectuado las siguientes modificaciones:

a) En el párrafo inicial, al alzamiento contra el Jefe del Estado, su Gobierno o Instituciones fundamentales de la Nación se añade el dirigido contra el *ordenamiento constitucional*, expresión ésta que, aparte de dar al precepto una mayor extensión, hace innecesaria la referencia a los conceptos restantes.

b) En el número 2, esto es, en la circunstancia de «que formen grupo militarmente organizado y compuesto de diez o más individuos», se exige también, tras la reforma, que *estén armados con armas de guerra*. Si las armas no fueren de guerra, podría darse, en su caso, un delito de rebelión común (62).

La determinación del concepto *armas de guerra* se verificará, a falta de otra definición legal más precisa, conforme al artículo 258, párrafo 2.º CP, según el cual se consideran tales:

1.º Todas las armas de fuego susceptibles de servir de armamento de tropas, con excepción de las pistolas y revólveres. Aquéllas no perderán su carácter de armas de guerra aunque se trate de modelos anticuados cuando sea posible adquirir sus municiones en el mercado libre.

2.º Las pistolas ametralladoras.

3.º Las bombas de mano.

c) En el número 3, que prevé la circunstancia de «que formen grupo en número menor de diez si en distinto territorio de la Nación existen otros grupos o fuerzas organizadas», se ha añadido, «en la forma que se señala en el apartado anterior, así como en cualquier caso que se empleen aeronaves o buques de guerra o carros de combate o se produzca

(61) Vid., sobre este tema, RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», cit., págs. 800 s. y 811 ss.

(62) Carece de fundamento la opinión de VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 111, según el cual, al caracterizarse la rebelión común «por el alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno, pero sin armas», la conducta en este caso no es inculpa en el artículo 214 C. P.

el asalto a un polvorín, parque de artillería, arsenal militar o almacén de armas de guerra, apoderándose de ellas». Se suprime, en cambio, la expresión «con el mismo fin» con que terminaba este apartado del artículo 286 antes de la reforma.

También, en este caso, se exige, pues, que, además de ofrecer una organización militar, el grupo disponga de «armas de guerra» o concorra alguna de las circunstancias añadidas en el inciso final. De no ser así, tampoco existen obstáculos para apreciar, en su caso, un delito común de rebelión del artículo 214 CP (63).

XII. La *sedición* se califica también de *militar* en la rúbrica del capítulo II del título XI, con lo cual el epígrafe responde más exactamente al contenido de los artículos 295 y siguientes del CJM.

En este caso, además, a diferencia de lo que ocurre en la traición y en la rebelión, estamos ante un delito genuinamente militar, sustancialmente distinto del delito de sedición regulado en el CP (64).

En efecto, la sedición común es un delito contra la seguridad interior del Estado que, en cierto modo, participa de la naturaleza de la rebelión. Por el contrario, la sedición militar es un delito contra la disciplina, caracterizado por la forma colectiva de incumplir, activa u omisivamente, los deberes militares. Mientras la sedición común (y la rebelión, en sus dos modalidades) ataca al normal funcionamiento del Estado, esto es, al orden público, la actividad judicial o administrativa o la estabilidad sociopolítica (65), la sedición militar afecta únicamente a la vida interna del colectivo militar (66).

En este sentido, la sedición, cuya naturaleza jurídica no se destaca sistemáticamente en la actual normativa, debe, en una futura reforma, ser objeto, como ahora, de tipificación autónoma, pero junto a los delitos de desobediencia, insubordinación y abuso de autoridad (67).

Además de esta innovación, acertada, en la rotulación del capítulo, la reforma ha afectado a la sedición suprimiendo el párrafo 2.º del artículo 296.

Decía dicho apartado que «cuando en el acto no se descubra el que dé la voz, sufrirán la pena de reclusión militar los seis individuos que

(63) Con posterioridad a la Ley 9/80, esta materia se ha visto afectada por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que reforma los artículos 290 y 291, introduciendo los 291 bis y 538 bis, en el C. J. M., a la vez que modifica los artículos 214 y 217 del C. P., e incorpora al mismo los artículos 160 bis, 174 bis a), 174 bis b), 174 bis c), 216 bis a) y 216 bis b). Vid., sobre esta reforma, CANTERO NUÑEZ, Federico: «Consideraciones en torno a la Ley Orgánica 2/1981, de 9 de marzo, en materia de rebelión y rebeldía militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 39, Madrid, enero-junio, 1980, páginas 187 y ss.

(64) Vid., sobre esta materia especialmente, JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco: «El delito de sedición militar», tesis doctoral inédita, Zaragoza, 1969. Del mismo autor, «Contribución a una exégesis del artículo 295 del Código castrense», trabajo inédito, Madrid, 1955.

(65) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte Especial», cit., pág. 817.

(66) Cfr. DIAZ-LLANOS LECUONA, Rafael: «Leyes Penales Militares», 10.ª edición, Edit. Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1974, pág. 278.

(67) Vid. MILLAN GARRIDO, Antonio: «Contestaciones al cuestionario elaborado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército», II, en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 37, Madrid, enero-junio 1979, pág. 218.

los jefes allí presentes conceptúen más próximos al sitio de donde hubiere salido aquélla, de cuya pena quedarán exentos si se averiguare cuál sea el verdadero culpable».

Sin entrar en un análisis, ya innecesario, de este tradicional precepto, ampliamente criticado, es lo cierto que incluso por aquellos autores que, como JIMENEZ, destacaron la culpabilidad en estas participaciones sediciosas, se convino siempre en que, «tratándose de una norma que en lo fundamental es redundante, en lo doctrinal reprochable y en la práctica carente de utilidad», se imponía su supresión (68), lo que acertadamente ha llevado a cabo la reforma de 1980.

XIII. En el delito de *insulto a fuerza armada*, se ha modificado el artículo 312 (concepto legal de fuerza armada) en los términos siguientes:

1. Se suprime la referencia expresa que en el párrafo primero se hacía a los individuos de la Guardia Civil, tradicionalmente equiparados, a estos efectos, a los miembros de las fuerzas armadas (69).

Tras dicha supresión, señala el artículo 312-1.º que, «a los efectos de este Código se reputarán fuerza armada a los individuos que en acto de servicio de armas, o con ocasión de él y vistiendo el uniforme reglamentario, presten servicios propios de las Fuerzas Armadas, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la Autoridad civil, judicial o administrativa».

La fórmula no es afortunada, porque si el precepto se refiere únicamente a los miembros de las fuerzas armadas (lo que, aun no quedando claro, parece ser la intención del legislador), es obvio que éstos cuando prestan servicio de armas, que siempre son propios de las fuerzas armadas, han de hacerlo vistiendo el uniforme reglamentario, por lo que tales requisitos resultan ya innecesarios en la definición legal.

La exigencia de la uniformidad reglamentaria y la alusión al servicio propio de la Institución, así como a su realización por mandato o en auxilio de la Autoridad civil, Administrativa o judicial, iban exclusivamente referidas a los individuos de la Guardia Civil y no a los miembros de los Ejércitos que se reputaban fuerza armada siempre que prestan servicio de armas o con ocasión del mismo.

La supresión en la reforma de la referencia a la Guardia Civil, manteniéndose, refundidas, las exigencias señaladas, ha dado lugar a una norma técnicamente deficiente que en su inciso final roza con la incongruencia (70).

(68) JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco: «En torno al requisito de culpabilidad en nuestro delito de sedición militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 5, enero-junio 1958, pág. 99.

(69) Vid. GARCIA SANTOLALLA, José Luis: «Insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Edit. F. Seix, tomo XIII, Barcelona, 1968, pág. 182.

(70) Vid., en este sentido, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 114.



2. Se mantiene sustancialmente el anterior párrafo 2.º, si bien, con la supresión del inciso final, la fórmula quede establecida en unos términos más genéricos de remisión, que deben estimarse correctos. Conforme a ellos, se reputará, asimismo, fuerza armada a «los miembros de los Cuerpos o Instituciones militarmente organizadas, cuando así lo dispongan sus Leyes Orgánicas u otras Leyes especiales».

Aquí puede tener acomodo, en su caso y en las circunstancias que se determinen, la Guardia Civil, cuyo carácter militar parece mantenerse en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar (71).

3. Se añaden dos apartados (1.º y 2.º del actual párrafo segundo) que constituyen una total innovación en esta materia, al considerarse en ellos fuerza armada al «Comandante y dotación de un buque de guerra en navegación dentro de las aguas jurisdiccionales españolas y, además, en alta mar respecto de los buques mercantes de bandera española y su tripulación y pasaje», así como al «Comandante y dotación de una aeronave militar en vuelo en el espacio aéreo de soberanía española, además de en los espacios aéreos no estatales respecto de la tripulación y pasaje de las aeronaves privadas o comerciales de matrícula española».

XIV. El *atentado a Autoridades militares* deja de ser, con la reforma, un delito objetivamente militar, en el que la condición del sujeto activo era indiferente.

Ahora, con la nueva redacción dada al artículo 314, el atentado a las Autoridades militares sólo será delito militar cuando su autor pertenezca a las fuerzas armadas. En otro caso, el hecho constituirá el delito común de atentado de los artículos 231 y siguientes del CP.

XV. El artículo 316 sufre en la reforma una profunda transformación:

1. Se suprime de su contenido el delito de *ultraje a la Nación*, aun cuando inadvertidamente se mantenga la referencia al mismo en la rúbrica del capítulo IV del título IX.

Con la supresión, acertada, desaparece el dualismo normativo existente también en esta materia (incluida, en su día, en la Ley de Jurisdicciones y, más tarde, en la Ley de Seguridad del Estado), al regularse el hecho, aparte de en el artículo 316 CJM en el artículo 123 CP, que, naturalmente, devenía en este punto inaplicable.

Tras la reforma, el delito de ultraje a la Nación recobra su naturaleza común y queda regulado exclusivamente en el artículo 123 CP como modalidad impropia del delito de traición.

(71) Artículos 38 y 39. El primero de ellos prevé, aparte de la Ley Orgánica reguladora de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, un Reglamento Orgánico del Cuerpo de la Guardia Civil, que determinará, desarrollando los principios de la Ley, su organización, funciones, armamento y el régimen de personal y de disciplina.

2. En el caso de los *ultrajes a la bandera nacional o estandarte*, el artículo 316 requiere, tras la reforma, que el hecho tenga lugar cuando la bandera o el estandarte se encuentren «en lugares o edificios militares, así como cuando fueran portadas por unidades militares o en paradas, desfiles o formaciones de tal carácter». Fuera de estos casos, la injuria o el desprecio no tendrá naturaleza militar, pero será incluíble en el artículo 123 CP como ultraje al sentimiento de unidad de la Nación española o a sus símbolos.

3. El *ultraje al himno nacional* ha de ser cometido, igualmente, en lugar militar, parada, desfile o formación, para constituir el delito militar del artículo 316.

4. La inclusión en el artículo 316, como objeto de protección, junto a la bandera, el estandarte o el himno, de las fuerzas (militares) constituye una novedad en relación al contenido tradicional de este precepto.

Como en los supuestos anteriores, las fuerzas, que son, a estos efectos, consideradas como símbolo (72), han de encontrarse en lugar militar, parada, desfile o formación, para que su ultraje integre el delito militar del artículo 316.

En los restantes casos, serían de aplicación los artículos 317 CJM ó 242 CP. Más problemática resultaría, en mi opinión, la inclusión del desprecio a la injuria a las fuerzas militares en el artículo 123 CP como ultraje a lo que, sin duda, puede constituir, en determinadas circunstancias, un símbolo de la Nación española.

5. Finalmente, la regulación de las *ofensas a emblemas o insignias militares* ha sido modificada en un doble sentido:

a) Exigiéndose, como en los casos anteriores, que la ofensa sea en lugares o edificios militares o que los emblemas o insignias sean portados por unidades militares o en paradas, desfiles o formaciones de tal carácter. Fuera de dichos supuestos, estas ofensas a emblemas o insignias no constituyen por sí delito militar ni son incluíbles, en principio, en ningún tipo específico del CP.

b) Estableciéndose la pena de prisión hasta tres años, en vez de hasta seis como figuraba en el párrafo segundo del modificado artículo 312 (73).

(72) Es la única interpretación posible que da sentido a la incorporación en el precepto de estos supuestos de ultraje contra las fuerzas militares, que, según señaló el Diputado socialista SANJUAN DE LA ROCHA, «no se corresponden con el contenido antiguo del artículo 316 y sí, en cambio, con el contenido del artículo 317» (Vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de Julio de 1980, pág. 6532).

(73) La reducción de la penalidad en estos supuestos tuvo lugar mediante la aceptación, en el Senado, de una enmienda del Senador socialista señor LABORDA MARTIN, justificada en el hecho de que estas ofensas a emblemas o insignias militares tienen menor gravedad que los ultrajes a la bandera nacional, estandarte, fuerza militar o himno nacional, lo que no se reconocía en el texto, al mantenerse para todas estas conductas la pena de prisión hasta seis años (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 42). Esta distinta trascendencia de las conductas incriminadas en el artículo 316 había sido ya advertida en la enmienda número 43 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, al texto del Informe de la Ponencia. Defendida en el Pleno por el Diputado señor SANJUAN DE LA ROCHA, quien destacó lo incorrecto de establecer «la misma pena para el ultraje a la bandera nacional en estas circunstancias que para las ofensas a emblemas o insignias militares», fue entonces rechazada con la oposición del Grupo Centrista (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de Julio de 1980, páginas 6551 y ss.).

XVI. La modificación sustancial del artículo 317, que regula las *injurias a los Ejércitos*, era objetivo primario de la reforma (74), en la cual, manteniéndose, en lo esencial, la redacción antigua, en virtud de la cual, «incurrirá en la pena de prisión hasta seis años el que (el texto anterior se refería a «los que»), de palabra, por escrito o por cualquier (se suprime «otro») medio de publicidad, injurie (se ha suprimido «u ofendan clara o encubiertamente») a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos», se restringe notablemente el alcance del precepto al añadirse un inciso final, según el cual sólo será aplicable en tres supuestos:

- a) Cuando el culpable fuese militar.
- b) Cuando el hecho se produzca ante un mando o en presencia de sus tropas, y
- c) Cuando tenga lugar la injuria en acuartelamiento, recinto o lugar militar (75).

Para cubrir el vacío normativo que la reforma implicaba, se ha dado nuevo contenido al artículo 242 del CP, en virtud del cual, «incurrirán en la pena de prisión menor los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos o a sus Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados. Cuando las injurias o amenazas a que se refiere el párrafo anterior no fueren graves, se impondrá al culpable la pena de arresto mayor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas».

XVII. En el delito de *desobediencia*, se ha añadido un tercer párrafo al artículo 328, conforme al cual, «las citadas conductas no se considerarán delictivas cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución».

El precepto, complementario, como hemos visto, de la actual regulación de la obediencia debida en el número 12 del artículo 185, y que tiene también su origen en el artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, debe ser extensivo a cualquier conducta de desobediencia, aun cuando de una interpretación estrictamente gramatical y sistemática se deriven argumentos suficientes para entender referida la norma exclusivamente a los tipos previstos en los dos primeros párrafos del artículo 328 (76).

(74) Así lo reconoció, en el Pleno del Congreso, el Diputado señor BUSQUETS BRAGULAT, quien destacó, además, cómo la nueva redacción permitía dejar el margen de estos preceptos casos como los de «Els Joglars», «Pilar Miró» o «Miguel Ángel Agullar», que pasarían, como así ha sido, a la jurisdicción ordinaria (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, pág. 6553).

(75) La supresión de este tercer supuesto fue propuesta por una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista de Cataluña que defendió, ante el Pleno del Congreso, el Diputado señor BUSQUETS BRAGULAT, siendo rechazada con la oposición del Grupo Centrista (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6553 y ss.). Reproducida la enmienda en el Senado por el Grupo Parlamentario «Catalunya, Democracia i Socialisme», a través de su portavoz, señor ANDREU I ABELLO, tampoco fue tomada en consideración (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 42).

(76) A favor de esta interpretación estricta, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 118.

XVIII. Bajo el concepto genérico de *fraudes*, agrupa el CJM una serie de conductas atentatorias de la integridad de la Hacienda castrense, que, en cuanto tales, pueden afectar a la eficacia general de las fuerzas armadas. Su nota común es la defraudación, entendida como perjuicio que en todos los supuestos regulados en los artículos 403 y siguientes del CJM se produce o puede producirse para el patrimonio militar y el buen régimen de los Ejércitos (77).

En esta materia, que procede del CJM de 1890 y para la que se reclama una profunda remodelación, sobre la que se trabaja con vistas al nuevo CJM, la reforma ha introducido escasas modificaciones:

1. El artículo 403, que regula los tipos propios del fraude militar, no se ha visto sustancialmente afectado. Tan sólo hay que destacar:

a) La supresión del último párrafo del precepto, según el cual, «cuando los hechos a que se refiere este artículo constituyan también delito castigado en el Código penal con pena más grave que la de prisión, podrá el Tribunal imponer la inmediatamente superior a ésta».

Sin esta norma, que reconocía la posibilidad de que el propósito agravatorio que anima la tipificación en el CJM de estas conductas fracasase (78), se da paso a un posible concurso de leyes, en el que, en virtud del artículo 257 CJM, siempre será de aplicación la legislación militar, aun cuando el hecho esté más severamente castigado en el CP. Es ésta una intolerable consecuencia de los términos insatisfactorios en que están regulados estos delitos en el CJM, donde, en ningún caso, se tiene en cuenta la cuantía de lo defraudado para la graduación de la pena, con lo que difícilmente puede obtenerse para todos los supuestos una penalidad proporcionadamente superior a la que correspondería al hecho de aplicarse la legislación común.

b) La elevación de la cuantía en el párrafo 5.º que desde 1945 se había mantenido inalterada en cincuenta pesetas y que ahora se fija en *tres mil*. Esta actualización era imprescindible porque carecía de sentido seguir ignorando en el CJM, como durante treinta y cinco años se ha hecho, la depreciación de la moneda, que, en estos delitos, exige progresivas revisiones que impidan un desfase normativo determinante de soluciones materialmente injustas (79).

2. La defraudación en los suministros viene regulada, en sus dos modalidades de incumplimiento y de cumplimiento irregular, en los artículos 404 y 405, que distinguen según que el autor del delito pertenezca o no a las fuerzas armadas.

La reforma ha afectado tan sólo al artículo 405, referido al no militar «que, estando encargado de suministrar a los Ejércitos víveres, municio-

(77) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Fraude militar», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Editorial F. Selix, tomo X, Barcelona, 1960, págs. 166 y ss.

(78) Vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Fraude militar», cit., pág. 166.

(79) La necesidad de elevar esta cuantía fue puesta de manifiesto por RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Fraude militar», cit., pág. 173. A favor de su supresión, CANTOS GUERRERO, Antonio: «El delito de fraude», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 17, enero-junio 1964, pág. 62.

nes u otros efectos o elementos dejare de hacerlo maliciosamente o los entregare adulterados o nocivos», conducta que, desde ahora, únicamente constituirá delito militar «si fuere en tiempo de guerra o estado de sitio». En otro caso, el fraude será sancionado conforme a las normas del CP (80).

XIX. En el título XIV, que dedica su único capítulo a la *reincidencia en faltas graves*, ha sido suprimido el artículo 410, según el cual «el Oficial o Suboficial que, por segunda vez, asista a manifestaciones políticas o, por segunda vez también, acuda a la Prensa sobre asuntos del servicio sin estar debidamente autorizado, incurrirá en la pena de prisión militar hasta seis años».

La supresión, que viene motivada por el nuevo contenido de los artículos 437-4.º y 443, párrafo segundo, somete al tratamiento general de los artículos 411 y 412 la reincidencia en faltas graves de esta naturaleza, con independencia de que, por lo que a las infracciones derivadas de actividades políticas o sindicales respecta, se aplique lo prevenido en el artículo 7 del Real Decreto-Ley número 10/1977, de 8 de febrero y, tras la reforma, lo establecido en el artículo 1.011 del CJM.

XX. En el título XV de su Tratado segundo se ocupa el Código de las *faltas militares*, excediendo su contenido de lo que puede considerarse materia disciplinaria (81).

En dicho título se regulan, además de infracciones disciplinarias (descuido en la conservación del vestuario, juego en cuarteles, manifestación de disgusto en el servicio), faltas de manifiesta naturaleza criminal (hurto, estafa, apropiación indebida, lesiones) y conductas esencialmente delictuales (quebrantamiento de condena, desertión, abuso de autoridad). Y todas ellas tienen en nuestro Derecho naturaleza penal, de forma que, con el Código vigente, sólo impropiamente puede hablarse de la existencia en él de un Derecho disciplinario (82).

(80) En este mismo sentido se propusieron dos enmiendas por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, pretendiendo que los artículos 387 (usurpación de funciones y uso indebido de uniforme militar) y 408 (allanamiento de dependencia militar) quedasen limitados a «tiempo de guerra», aplicándose en paz los correlativos preceptos del C. P. Las enmiendas, defendidas en el Pleno del Congreso por el Diputado señor TORRES BOURSAULT y reproducidas en el Senado por el señor LABORDA MARTÍN, fueron en ambos casos rechazadas, quedando las dos disposiciones excluidas del ámbito de la reforma (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6555 y ss.; B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 42).

(81) Sobre la distinción entre lo penal y lo disciplinario es fundamental la obra «Action pénale et action disciplinaire», Recueil de la Société Internationale de Droit pénal militaire et de Droit de la Guerre, Strasbourg, 1960. En ella se recogen, en su mayor parte, las ponencias y comunicaciones, así como las conclusiones, del I Congreso Internacional de la «Société» celebrado en Bruselas del 14 al 16 de mayo de 1959. Del mismo Congreso, vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La "acción penal" y la "acción disciplinaria" en el Derecho militar español» (comunicación española), en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 7, Madrid, enero-junio 1959, págs. 73 y ss.; GARDON, Gratien/GILISSEN, John: «Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones» (Ponencia General), traducción de Eduardo de No Louls, en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 8, Madrid, julio-diciembre 1959, págs. 75 y ss.

Asimismo, GILISSEN, John: «Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar», en «Revista Española de Derecho Militar», núms. 33-34, Madrid, enero-diciembre 1977, págs. 11 y ss.

(82) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «La "acción penal" y la "acción disciplinaria"», cit., página 97.

La no inclusión, por el contrario, de las infracciones disciplinarias en el futuro CJM constituye ya una de las bases sobre las que éste debe proyectarse. Así lo concreta, a nivel legislativo, en su Disposición final Segunda, la propia Ley 9/80, según la cual «el Gobierno presentará a las Cortes, en el plazo de seis meses, un proyecto de ley que establezca los principios fundamentales del régimen disciplinario en los Ejércitos».

De esta forma, el legislador aplaza la reestructuración de lo disciplinario, que conforme a lo que es técnica legislativa usual en la legislación extranjera, quedará regulado en un Reglamento General de Disciplina, independiente en todo caso del CJM, que limitará su contenido a las infracciones de naturaleza delictual.

Ante esta situación de provisionalidad normativa, la reforma de 1980, que ya en sí se presenta con marcado carácter transitorio, no ha efectuado más que algunas modificaciones que no afectan, sino muy ligeramente, a la estructura general de esta materia.

Así, las *disposiciones generales* sólo se han visto afectadas por un par de innovaciones cuyo contenido y alcance pasamos a examinar:

1. En los artículos 415 y 416, al señalarse las distintas correcciones con que se castigan las faltas, se establece para los no militares la de arresto mayor de dos meses y un día a seis meses, en las faltas graves, y la de arresto menor en las faltas leves, añadiéndose en la reforma la expresión *en el supuesto de estado de sitio*, de donde se desprende que, a partir de ahora, sólo en tal circunstancia de anormalidad constitucional puede castigarse a un paisano por responsabilidades derivadas de una falta militar.

Tal planteamiento, que pudiera ser correcto respecto a las infracciones meramente disciplinarias, resulta inadmisibles en nuestro Derecho, en el que, según hemos visto, se regulan como faltas conductas de naturaleza delictual.

En tales supuestos, la jurisdicción militar, competente siempre conforme al párrafo primero del artículo 7 CJM, corregirá al autor de la falta, que necesariamente será un militar, pero, tras la reforma, no podrá sancionar al partícipe paisano, ni incluso en los casos de los artículos 433 y 439-3.º, en los que la participación viene elevada a la categoría de falta grave independiente, porque, aunque, como en el segundo de los supuestos, se prevea expresamente para los no militares el «arresto común», de acuerdo con lo que establece el artículo 415, dicho correctivo sólo puede imponerse al paisano, como arresto mayor, una vez declarado el estado de sitio.

Cuando la conducta (participativa) del no militar sea en sí constitutiva de un delito o falta común (así, por ejemplo, en la falta grave de quebrantamiento de prisión preventiva del artículo 437-7.º CJM, la par-

ticipación del no militar puede integrar el delito del artículo 336 CP), su enjuiciamiento corresponderá a la jurisdicción ordinaria de no venir atribuida la competencia a la militar por otro motivo.

Esta interpretación, materialmente insatisfactoria pero ineludible dados los términos en que han sido modificados los artículos 415 y 416, no supone, como algún autor ha pretendido (83), dejar prácticamente sin contenido el artículo 7 del Código.

Dicho precepto se limita, en su párrafo primero, como hemos señalado, a atribuir a la jurisdicción militar la competencia para conocer de las faltas comprendidas en el Código. Después, éstas se corrigen con arreglo a las normas sustantivas de los artículos 414 y siguientes, donde puede considerarse impune la participación de paisanos en tiempos de normalidad constitucional. Y ello será políticocriminalmente incongruente, pero no contradice en modo alguno la regla de competencia que el artículo 7-1.º establece.

Por otra parte, la restricción introducida por la reforma no afecta para nada a las faltas del número 3 del artículo 7, que se corrigen conforme a lo previsto en los artículos 168 y siguientes (jurisdicción disciplinaria), como tampoco a las del número 5, esto es, a aquellos incendios de edificios militares, daños, robos, hurto y receptación de armas, municiones y material de guerra de las Fuerzas Armadas que revisten tan sólo la consideración de faltas (84), porque, en tales supuestos, no nos encontramos ante faltas militares, corregidas en el CJM, sino ante faltas de naturaleza común, cuya punición por la jurisdicción militar se lleva a cabo con arreglo o lo dispuesto en los artículos 587 y siguientes del CP.

2. En el artículo 424 se establece la facultad del Coronel o Jefe principal de las fuerzas o unidades de su mando de anular, reducir o aumentar los correctivos impuestos por sus subordinados, lo que hará conforme a *la más estricta justicia* y no necesariamente «teniendo siempre como norma dejar bien puesta la disciplina y subordinación», según señalaba este precepto con anterioridad a la reforma.

XXI. En el capítulo dedicado a las *faltas graves*, sólo la Sección 3.ª ha sido objeto de algunas modificaciones que exponemos sucintamente:

1. Se suprime la falta grave del antiguo número 3 del artículo 437, esto es, la de «contraer matrimonio sin la autorización reglamentaria o

(83) Vid. VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 128, quien llega a la conclusión de que, en los artículos 415 y 416, «una interpretación literal dejaría sin contenido buena parte del artículo 7 C. J. M.», partiendo de dos premisas que no estimo correctas: que pueden los paisanos cometer faltas militares y que tienen tal carácter aquellas a que se refiere el número 5 del artículo 7 C. J. M. De este segundo punto me ocupo en el texto. En cuanto al primero, de la simple lectura de los artículos 431 y siguientes se desorende que el autor de las faltas militares es siempre un militar. La intervención en ellas del paisano sólo es posible a título de partícipe. Incluso en los supuestos de los artículos 433 y 439-3.º, lo que se castiga son diversas conductas de participación en faltas graves militares.

(84) De estas infracciones, todas ellas delictuales, sólo los daños, hurtos y, en su caso, la receptación son degradables a faltas.

antes de los plazos marcados», en la que se añadía que «el sacerdote que autorizare estos matrimonios quedará sujeto a las responsabilidades canónicas correspondientes, a cuyo efecto se pondrá el hecho en conocimiento de la Autoridad eclesiástica de la que dependa».

La supresión de este precepto, al que servía de base la Ley de 13 de noviembre de 1957, reguladora de los matrimonios de militares y marinos, ha venido motivada por su contradicción con las Reales Ordenanzas, que en el artículo 183 consagran el derecho del militar a contraer matrimonio «sin autorización especial».

2. El antiguo número 5 (4 en el texto vigente) del artículo 437 sufre una profunda transformación en buena medida determinada por el Real Decreto-Ley número 10/1977, de 8 de febrero, sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las Fuerzas Armadas, y disposiciones complementarias, considerándose, en la nueva redacción, falta grave el «acudir a la prensa o a otros medios de difusión análoga, por primera vez, sobre asuntos del servicio propios del implicado o pendientes de petición o recurso en favor de su pretensión o sobre aspectos concretos que pueden afectar a la debida protección de la seguridad nacional, o se utilicen datos sólo conocidos por razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas o se expusiese conculcando una prohibición expresa del Ministerio de Defensa, aun no afectando a los anteriores intereses el tema debatido o tratado». Se entienden «comprendidos en dicho párrafo:

a) Los escritos contrarios a la disciplina o al respeto a la Constitución, al Jefe del Estado, al Gobierno, al Ministro de Defensa y a las Autoridades militares y superiores jerárquicos cuando no constituyan responsabilidad más grave.

Las reclamaciones por medio de la imprenta y otro medio de difusión y publicidad y cuantas manifestaciones violen un deber de secreto sin incurrir en responsabilidad más grave.

b) Las discusiones que susciten antagonismos (85) entre los distintos Cuerpos o Institutos de los Ejércitos.

c) La murmuración (86) sobre el Jefe del Estado, el Gobierno, el Ministro de Defensa y las demás Autoridades que ostenten mando militar superior (87).

d) Incurrir en segunda falta de las previstas en el artículo 443, párrafo segundo».

(85) En el Pleno del Congreso se mantuvo una enmienda «in voce» por el Diputado señor TORRES BOURSALT, del Grupo Parlamentario Socialista, que proponía la sustitución del término «antagonismo» por el de «enfrentamiento» (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, pág. 6557). En el Senado se mantuvo la enmienda por el señor LABORDA MARTÍN, quien propuso la expresión «grave enfrentamiento» (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 43).

(86) En contra del término «murmuración» defendió, en el Pleno del Congreso, una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista su portavoz, señor SOLE BARBERA (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6557 y s.).

(87) Una enmienda del Grupo Parlamentario «Catalunya, Democracia i Socialisme», suscrita por su portavoz en el Senado, señor ANDREU I ABELLO, propuso sin éxito la inclusión de la Constitución en primer lugar, antes del Jefe del Estado (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 43).



De entre los múltiples problemas de interpretación que este nuevo apartado del artículo 437 suscita, destaca el de la reincidencia, porque, al establecerse por la norma que los hechos descritos son constitutivos de esta falta grave cuando tienen lugar por *primera vez*, se está impidiendo su aplicación al reincidente, sin que, para él, se señale un régimen especial como hacía, antes de la reforma, el artículo 410.

Este vacío normativo exige una rectificación legislativa que, en mi opinión, debiera limitarse a suprimir la referencia a la «primera vez» en el artículo 437 y así dejar sometidas estas infracciones al régimen general de las faltas graves, con total independencia de los efectos que, en lo gubernativo, se estime conveniente atribuirles.

3. En el actual número 10 del artículo 437 se establece que la utilización para necesidades particulares de elementos de carácter oficial es falta grave, *salvo que concurren razones de necesidad o urgencia*, expresión que sustituye a la de «no estando autorizado», que innecesariamente figuraba en el texto modificado.

4. Se actualizan las cuantías en el artículo 439. En su número 3 se requiere ahora que *el valor de lo defraudado exceda de 1.500 pesetas y no pase de 3.000*. En el número 4, que *no exceda de 1.500 pesetas*.

5. En el artículo 440, según el cual incurría en falta grave el militar que «tolere a las fuerzas a sus órdenes... conversaciones contra los Oficiales», se añaden aquellas *contra los Suboficiales*, subsanando así lo que sin duda fue un olvido en la Ley de 21 de abril de 1949, que equiparó la Suboficialidad a la Oficialidad en prácticamente todo el articulado del Código.

6. Finalmente, se ha modificado el artículo 442 que considera falta grave el cometer por cuarta vez falta leve.

Este precepto establecía, hasta la reforma, en la que inicialmente no estaba incluido, el correctivo de seis meses de arresto como penalidad única, lo que hacía más reprochable un sistema de incriminación ya en sí sumamente discutible.

La incorrección técnica que esta penalidad única supone fue destacada, junto a los inconvenientes prácticos del sistema, por el Diputado señor BUSQUETS BRAGULAT, quien, defendiendo, en el Pleno del Congreso (88), una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista de Cataluña, solicitó se incluyera en la reforma el artículo 442, en el que se establecería como correctivo a imponer el arresto militar en toda su extensión, esto es, de dos meses y un día a seis meses.

La enmienda, rechazada en el Congreso, pese a la debilidad de los argumentos que en contra de la misma sostuvo el Diputado centrista señor VEGA y ESCANDON, fue reproducida en el Senado por el Grupo

---

(88) Vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de Julio de 1980, págs. 6559 y s.

Parlamentario «Catalunya, Democracia i Socialisme» y por el propio Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático, que, de esta forma, reconocía en la Cámara Alta la necesidad de incluir el artículo 442 en el ámbito de la reforma.

Se aceptó la enmienda suscrita por el Senador de UCD señor VILLAR ARREGUI y la expresión «y castigado con seis meses de arresto» fue sustituida por la de *y castigado con arreglo al prudente arbitrio de la Autoridad judicial, sin que pueda exceder de seis meses de arresto*, que figura en el texto en vigor (89). En la fórmula, con la que desde luego se consigue la finalidad pretendida, resulta, sin embargo, superflua la referencia al «prudente arbitrio de la Autoridad Judicial» e innecesario el límite máximo fijado que, en las faltas graves, conforme al artículo 415 CJM, no puede ser otro.

Técnicamente era, sin duda, más correcta la enmienda del Senador de CDiS, señor ANDREU I ABELLO, quien proponía simplemente suprimir la frase «y castigado con seis meses de arresto» (90), con lo que se obtenía el mismo resultado, esto es someter la falta del artículo 442 al régimen general de las faltas graves, conforme al cual se corrige con dos meses y un día a seis meses de arresto militar, a concretar por el Juzgador.

XXII. Las *faltas leves* (91) se regulan en los artículos 443 a 445 CJM. De ellos, sólo el primero ha sido afectado por la reforma (92), tras la cual presenta dos párrafos: el primero reproduce, con ligerísimas variantes, el anterior texto del artículo 443; el segundo incorpora al Código las faltas leves derivadas del ejercicio de actividades políticas y sindicales por miembros de las Fuerzas Armadas.

1. El párrafo primero del artículo 443 continúa siendo, pues, el gran cajón de sastre donde, de forma conjunta y asistemática, se prevén las faltas leves militares. En él, las modificaciones introducidas por la reforma han sido:

a) En el encabezamiento, la expresión «son faltas leves» ha sido sustituida por la *incurre en falta leve el militar que comete una de las siguientes*. Se ha querido destacar con ella que sólo los militares pueden cometer estas faltas, lo que, en mi opinión, era innecesario (93), abandonándose así una formulación tradicional que el legislador recoge en el párrafo segundo de este mismo precepto al decir que «igualmente serán faltas leves...».

(88) Vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 61.

(90) Vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 43.

(91) Vid. LANDIN CARRASCO, Amancio: «La regulación de las faltas leves militares y su posible reforma», en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 6, Madrid, julio-diciembre 1958, págs. 57 y ss.

(92) En los artículos 445 y 446 se mantiene el sistema de penalidad única. En el segundo de dichos preceptos, además, no se ha actualizado la cuantía de 25 pesetas que tendría que haber sido elevada en la misma proporción que la de los artículos 403-3.º, 438-3.º y 4.º y 443-1.º

(93) Vid. DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: «Principios de Derecho Militar Español», tomo II, citado, págs. 652 y s.

b) Se moderniza la redacción de la falta leve de concurrir los «Oficiales a tabernas o establecimientos de rango incompatible con la calidad de los mismos», que ahora queda como «la concurrencia de Oficiales a establecimientos de *carácter* incompatible con la *dignidad* de los mismos».

c) Se actualiza la cuantía de la falta leve de «enajenar o distraer prendas o efectos de equipo» que, en concordancia con la fijada en el artículo 439-3.º, será de *hasta 1.500 pesetas*.

No ha ocurrido lo mismo con los «hurtos, estafas o apropiaciones indebidas de dinero o efectos» que se castigan como falta leve militar cuando se trate de «cuantía no superior a 250 pesetas» y, además, «el culpable no hubiera sido condenado anteriormente por delitos de robo, hurto, estafa o apropiación indebida o dos veces corregido o condenado por faltas de hurto o estafa».

Teniendo en cuenta que el límite diferencial entre delito y falta se encuentra y en la legislación común en 15.000 pesetas, con la redacción actual del artículo 443-1.º se crea un vacío normativo respecto a aquellos hurtos, estafas o apropiaciones indebidas que excediendo de 250 pesetas no alcancen las 15.000. En estos casos, no puede apreciarse un delito común contra la propiedad y tampoco una falta militar (94). La solución, única legalmente admisible, de sancionar la falta común es materialmente insatisfactoria, porque, conforme a ella, resultan castigadas con más rigor las faltas contra la propiedad en que el valor de su objeto no exceda de 250 pesetas que aquellas en que el importe de lo hurtado, estafado o indebidamente sustraído es superior a dicha cifra: mientras en el primer caso, por aplicación del CJM, artículos 416 y 443, se impondrá un correctivo de hasta dos meses de arresto militar, en el segundo se aplicará el CP, artículo 587, párrafos 1.º y 3.º, y la pena a imponer será de uno a treinta días de arresto menor (95).

Urge, por tanto, una rectificación legislativa que, elevando la cuantía del artículo 443-1.º hasta 15.000 pesetas permita, en materia de faltas contra la propiedad, la aplicación, según los casos del CJM o del CP, con inclusión de estas normas especiales en las sucesivas revisiones de cuantías que, como consecuencia de la deprecación de la moneda, hayan de efectuarse en la legislación común.

d) Termina el artículo 443-1.º con unas tipificaciones genéricas entre las que se prevenían como faltas leves aquellas que «afecten al decoro con que las clases militares deben dar público ejemplo de moralidad, decencia y compostura», expresión que ha sido sustituida por la de que

(94) Es incontestable la opinión de VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: «La reforma del Código de Justicia Militar», cit., pág. 135, para quien la solución está en «olvidar el límite de cuantía absurdamente conservada y tener presentes los que en cada caso señale el Código penal». A las «extravagantes interpretaciones» surgidas al respecto, en las distintas regiones militares se ha referido recientemente José María RODRIGUEZ DEVESA en «Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal», en «Revista de Derecho Público», núm. 87, Madrid, abril-junio 1982, pág. 246.

(95) Vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español, Parte Especial», cit., págs. 1242 y siguientes.

afecten al prestigio de la Institución militar, destacándose con ello más exactamente el bien tutelado en este caso por la norma.

e) Por último, se ha suprimido el inciso final del artículo 443, conforme al cual los hechos en él descritos integran faltas leves militares «aunque las mismas faltas tengan señalada corrección en el Código ordinario», disposición técnicamente defectuosa (en el CP las faltas no se castigan con correctivos sino con penas leves) que, además, era innecesaria dado el carácter preferente de la legislación militar.

2. El párrafo segundo del artículo 443 incorpora al Código, como hemos señalado, las faltas leves derivadas del ejercicio de actividades políticas o sindicales por miembros de las Fuerzas Armadas, provisionalmente incluidas en el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero. Señala este precepto, que se encuentra en correlación con el número 4 del artículo 437, que «igualmente serán faltas leves las que por primera vez se corrijan por incumplir el militar sus deberes de neutralidad en el ejercicio de sus derechos políticos por:

a) Estar afiliado, colaborar o prestar apoyo a alguna organización política o sindical o asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical, promovidas por los referidos partidos, grupos o asociaciones (96).

b) Expresar públicamente opiniones de carácter político o sindical en relación con las diversas opciones de partido, grupo, asociación u organización.

c) Asistir de uniforme o haciendo uso de su condición militar a cualquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical.

d) Ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político o sindical sin haber solicitado previamente el pase a la situación que legalmente esté señalada.

e) Quienes siendo individuos de la clase de Tropa, Marinería o de Escalas de Complemento, no se abstengan de realizar los actos a que se refieren los párrafos anteriores durante el tiempo que se encuentren prestando servicio militar activo, sin perjuicio de que puedan mantener su anterior afiliación».

XXIII. La reforma que, con independencia de sus principios básicos rectores, no siempre acertados, ofrece graves defectos técnicos en las modificaciones orgánico-procesales introducidas, no puede ser obje-

---

(96) Una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, defendida en el Pleno del Congreso por el Diputado señor SANJUAN DE LA ROCHA, proponía añadir a este primer apartado un segundo párrafo, en virtud del cual «no será falta, sin embargo, la asistencia a actos públicos de carácter político durante periodos de campaña electoral, siempre que sea individualmente, sin uniforme y no se participe activamente» (vid. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, 2 de julio de 1980, págs. 6561 y ss.). La enmienda fue reproducida en términos idénticos en el Senado, donde tampoco prosperó (vid. B. O. C. G., Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 44).

to de una valoración positiva por lo que a su incidencia en las leyes penales respecta.

En este punto, el texto es criticable no ya por no afrontar las innumerables cuestiones que suscita una legislación penal militar evidentemente anacrónica, lo que no era tarea de una reforma de marcado carácter transitorio, sino porque los temas tratados lo han sido, como se desprende del examen efectuado, de modo apresurado, anteponiéndose, en muchos casos, motivaciones políticas a criterios estrictamente jurídicos y, sobre todo, con un manifiesto desconocimiento de lo que es el Derecho militar.

En la misma fijación por la ley del plazo de un año para la elaboración de la nueva legislación militar, se ha ignorado la realidad actual del Derecho castrense, en el que, por desgracia, con la mayor parte de los temas intratados doctrinalmente y carentes de una configuración jurisprudencial adecuada, casi todo está por hacer.

Limitándonos a las leyes penales militares, su reforma integral requiere, en mi opinión, una detenida fase de estudio y de investigación. Deben, en ella, ser objeto de un análisis minucioso las legislaciones extranjeras afines y más representativas, pero con la comprobación de su funcionamiento efectivo y no olvidándose en ningún momento la base sociopolítica, jurídica y criminológica sobre la que se mantienen. Ha de examinarse nuestro Derecho histórico y el positivo vigente en su totalidad, porque sólo partiendo del exhaustivo conocimiento de éste es factible iniciar con posibilidades de éxito el intento de reforma. Finalmente, resulta imprescindible investigar la realidad criminológica de nuestra delincuencia militar como única forma de establecer unos principios válidos sobre los que fundar los criterios de política legislativa a seguir en la reforma.

Sólo así, evitándose la improvisación a que parece abocar el plazo establecido en la ley, podría conseguirse una auténtica renovación de nuestra legislación penal militar y, con ello, un Código que responda plenamente a las actuales exigencias de la realidad jurídicopenal militar española.