

## EL “ABUSO DE AUTORIDAD, DELITO MILITAR”

LUIS B. ALVAREZ ROLDÁN  
*General Auditor (R)*

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTOS GENERALES. 3. SUJETO ACTIVO. 4. SUJETO PASIVO. 5. EXAMEN DEL CAPITULO III DEL TITULO V. 6. EL ABUSO DE AUTORIDAD. 7. EL MALTRATO A INFERIOR. 8. EL TRATO DEGRADANTE O INHUMANO. 9. LA ESPECIFICA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD (C.P.M. ART. 105 DEROGADO).

### 1. INTRODUCCIÓN

El 1 de mayo de 1988 –en realidad el día 2 o el 3, según las fiestas locales de las ciudades sedes de los Juzgados Togados y Tribunales Militares Territoriales– inicia sus actividades la nueva Jurisdicción Militar <sup>1</sup>, con unas Leyes Orgánicas, casi sin estrenar, aprobadoras del Código Penal Militar <sup>2</sup> y de la Ley Disciplinaria Militar <sup>3</sup>, y con la coexistencia de las normas procesales penales del obsoleto Código de Justicia Militar <sup>4</sup> y, hasta la promulgación de la Ley Procesal Militar <sup>5</sup>, en vigor desde el 8 de mayo de 1990, fecha en la que, con rigor total, nace la nueva Jurisdicción Militar. Culmina así la reforma de la Jurisdicción Militar.

La nueva organización de la Jurisdicción Militar <sup>6</sup> se basa en unos Juzgados Togados Militares, asignados a cinco Tribunales Militares Territo-

---

<sup>1</sup> L.O. núm. 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en lo sucesivo LOCOJM.

<sup>2</sup> L.O. núm. 13/1985, de 9 de diciembre.

<sup>3</sup> L.O. núm. 12/1985, de 27 de noviembre, derogada por L.O. núm. 8/1998, de 2 de diciembre.

<sup>4</sup> C.J.M. de 1945 y L.O. 9/1980, de 6 de noviembre.

<sup>5</sup> L.O. núm. 2/1989, de 13 de abril.

<sup>6</sup> LOCOJM. Artículos 53, siguientes y concordantes. Artículos 44, siguientes y concordantes.

riales; en razón al empleo militar igual o superior al de Comandante: Juzgados Togados Centrales asignados al Tribunal Militar Central <sup>7</sup>.

El órgano judicial superior es la Sala de lo Militar, o Sala Quinta, del Tribunal Supremo <sup>8</sup>, amén de tener asignada una competencia en razón al empleo militar o cargo o destino <sup>9</sup>.

La división territorial de la nueva Jurisdicción Militar se realiza en razón a consideraciones de mayor densidad del personal militar, y circunstancias geográficas <sup>10</sup>.

La interesante evolución desde el Código de Justicia Militar de 1945 hasta las cuatro leyes orgánicas que lo sustituyen (1985, 1987 y 1989) es resumida en cuatro líneas, con escrupulosa objetividad, por MILLÁN GARRIDO <sup>11</sup>. En amplitud es tratado el tema por LOSTAU FERRÁN <sup>12</sup>, y CASADO BURBANO <sup>13</sup>.

La aplicación del Código Penal Militar, por la nueva Jurisdicción Militar, viene a responder a los postulados e imperativos de la Constitución Española, de una forma real y efectiva.

Nos concretamos por su especial importancia, en razón a la realidad actual y contexto social, al delito de abuso de autoridad. La interpretación de tales tipos penales, por los Jueces y Tribunales Militares, es, casi siempre, fiel reflejo de los imperativos constitucionales en la cotidiana realización de la Administración de Justicia Militar.

## 2. CONCEPTOS GENERALES

El Código Penal Militar dedica el capítulo III al abuso de autoridad, dentro del Título V (Delitos contra la Disciplina). RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO <sup>14</sup>, exponente de la única doctrina suficientemente difundida en esta materia, desde la vigencia del C.P.M. examina exhausti-

---

<sup>7</sup> LOCOJM. Artículos 32, siguientes y concordantes.

<sup>8</sup> LOCOJM. Artículos 22, siguientes y concordantes.

<sup>9</sup> LOCOJM. Artículo 23.

<sup>10</sup> Ley 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar, derogada por Ley 44/1998, de 15 de diciembre.

<sup>11</sup> Millán Garrido, Antonio: Código Penal Militar. Tecnos, 1989, 3.ª ed.; págs. 17 a 36.

<sup>12</sup> Lostau Ferrán, Francisco, Comentarios al Código Penal Militar. Civitas. Madrid, 1988, págs. 21 a 28.

<sup>13</sup> Casado Burbano, José Luis. Comentarios al Código Penal Militar. Civitas. Madrid 1988. págs. 29 a 43.

<sup>14</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis. Comentarios al Código Penal Militar. Civitas. Madrid 1988. págs. 1261 a 1415.

vamente los artículos 103 al 106 del Código Penal Militar. En modo alguno se trata aquí de hacer réplica de tal minucioso, completo, y extenso tratamiento del tema, sino de sintetizar los diversos tipos penales y los comentarios doctrinales de los mismos, como base de un ulterior examen crítico de las Sentencias dictadas al respecto.

El denominado delito de abuso de autoridad en cierta medida viene a ser la protección penal de algunos derechos fundamentales y libertades públicas, y freno a las correcciones desproporcionadas y violentas.

El abuso es –en palabras de ARRAZOLA– “el mal uso de una cosa, de un poder o de un derecho que corresponde, y, en general, todo acto que se ejecute excediendo, perturbando o contraviniendo a las reglas y facultades concedidas al hombre, ya por la naturaleza, ya por la Ley”<sup>15</sup>.

El término autoridad comprende, para QUEROL y DURÁN<sup>16</sup>, “el poder o función que da el mando militar a todo aquel que por su graduación es capaz de ejercerlo en alguna forma sobre inferiores”, puntualizando que la mas apropiada denominación sería de “abuso de atribuciones”.

En la doctrina italiana, influidora de nuestro Código Penal Militar, el abuso de autoridad es “todo acto de violencia, injuria o amenaza cometido por un militar contra un inferior”, precisando VEUTRO que prima la relación jerárquica incluso fuera de la relación del servicio<sup>17</sup>.

El bien jurídico protegido es la disciplina, como afirma la Ley<sup>18</sup>.

La disciplina, a estos efectos, se conecta con la relación jerárquica.

La doctrina jurídico penal, desde la más antigua a la mas reciente, coincide en reconocer que “la disciplina tanto se quebranta por la insubordinación del inferior como por el abuso de autoridad del superior”<sup>19</sup>, subrayando VENDITTI el paralelismo de la insubordinación y el abuso de autoridad<sup>20</sup>; en efecto, existe una simetría, son dos caras de una misma moneda.

---

<sup>15</sup> Citado por de Querol y Durán, Fernando. Principios de Derecho Militar Español. Ed. Naval. Madrid, 1949. Tomo II, pág. 458.

<sup>16</sup> Fernando de Querol y Durán; obra citada en nota anterior, pág. 459.

<sup>17</sup> Veutro. Manuale de Diritto e di Procedura penale militare. Milano, 1976, pág. 433; citado por R. Villasante, ob. Citada, pág. 1271.

<sup>18</sup> C.P.M. Título V. “Delitos contra la disciplina”. El capítulo Primero regula la “sedición militar”; el capítulo II bajo la rúbrica genérica de “insubordinación” tipifica el insulto a superior y la desobediencia; y, el capítulo III recoge diversos tipos de “abuso de autoridad”.

<sup>19</sup> Pou Ribas, Alarcón Roldán, Hernández Barrios, García Labajo, y otros citados por R. Villasante, obra citada, pág. 1269, 1294 y 1298.

<sup>20</sup> Venditti, Rodolfo. I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare. Dott. A. Giuffrè. Milano, 1985 (3.ª edic.); pág. 283.

La protección penal de la disciplina, en los supuestos de maltrato de obra y tiempo de paz, respeta escrupulosamente el principio de igualdad con idénticas penalidades <sup>21</sup>, como así lo impuso la Corte Constitucional Italiana <sup>22</sup>. Acertadamente, el párrafo agravatorio, que contenía el artículo 99 del C.P.M. en su primitiva redacción, fue suprimido <sup>23</sup>, si bien no suponía una diferencia en razón del empleo militar sino por realizarse el hecho en acto de servicio.

Precisamente el bien jurídico protegido –la disciplina– es lo que, como acertadamente razona RODRÍGUEZ-VILLASANTE <sup>24</sup>, diferencia hechos que deben ser incardinados en el abuso de autoridad y no en las extralimitación del mando, ya que aquí el bien jurídico protegido en el servicio, conforme al tenor literal del Título VI y su capítulo IV.

No resulta superfluo precisar que el delito de abuso de autoridad, además de la disciplina en lo específico, tiene como bien jurídico protegido genérico la vida, la integridad física y la salud, como en similar sentido ya apuntó el excepcional catedrático RODRÍGUEZ DE VESA <sup>25</sup>.

La denominación abuso de autoridad no es acertada, en la medida en que abarca maltratos de obra y tratos denigrantes, al menos. Si el abuso es el exceso, nada en el concepto de autoridad permite entender que ampare ciertas arbitrariedades, lesiones, o tratos degradantes, por mínimos que sean, y que, en consecuencia el exceso integre el delito.

VENDITTI precisa que “las violencias contra el inferior no constituyen propiamente un abuso de los poderes atribuidos al superior por el ordenamiento jurídico” <sup>26</sup>, en realidad son comportamientos ilícitos que nada tienen que ver con el poder jerárquico.

El insigne jurista-militar italiano matiza que el abuso de autoridad se produce “si el superior, por rencor, impone una sanción disciplinaria superior a la legal” <sup>27</sup>, o, más propiamente, añadido, si se sanciona un hecho inexistente o no constitutivo de falta. Por el contrario, en modo alguno es “*extrictu sensu*” abusar de la autoridad el maltratar de obra a un inferior por que “el ordenamiento, no atribuye al superior poder que le permita en ningún modo atacar la integridad del inferior” <sup>28</sup>. Afirmación ésta que res-

---

<sup>21</sup> C.P.M. Arts. 99 y 104.

<sup>22</sup> Véase Venditti, obra citada, pág. 308 y 309.

<sup>23</sup> L.O. 2/89, de 13 de abril. L.P.M. Disposición adicional 9.ª.

<sup>24</sup> R. Villasante, obra citada, págs. 1267-8.

<sup>25</sup> Rodríguez Devesa, José María, Derecho Penal Español. Parte General. Madrid, 1970. Pág. 399.

<sup>26</sup> Venditti, Rodolfo; obra citada; pág. 284.

<sup>27</sup> Venditti; obra citada; pág. 285.

<sup>28</sup> Venditti, obra citada; pág. 285.

paldo, aún consciente de la vigencia de la exención de responsabilidad, excepcionalísima, del artículo 105 del C.P.M. Si ha sido precisa tal exigente específica es precisamente porque es una excepción a la norma general.

El artículo 105 ha sido derogado por L.O. núm. 13/1991, de 20 de noviembre.

En mi opinión, el artículo 105 era una exigente que, según su tenor literal, exigía más requisitos para su aplicación que los de cumplimiento de un deber, oficio, o cargo, o estado de necesidad.

### 3. SUJETO ACTIVO

El superior que... es el sujeto activo de los cuatro artículos del capítulo intitulado “abuso de autoridad”. Y, el superior es definido “ex lege” como “el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente mas elevado o del cargo o función que desempeña, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones”<sup>29</sup>.

La definición legal de superior, a los efectos de sujeto activo en los delitos que consideramos, no es clarificadora, en la medida en que remite a los conceptos técnico-administrativos de “autoridad”, “mando”, “jurisdicción”, “empleo militar”, “cargo” y “función”; además a la definición legal limita el concepto penal de superior a la conjunción de los precedentes conceptos, y en conexión con el desempeño de sus funciones únicamente<sup>30</sup>.

Al respecto, CALDERÓN SUSÍN argumenta, acertadamente, que el reducido concepto de superior –al excluirse la mera superioridad de empleo militar– implica una duplicidad de superiores: los mandos naturales, que serían superiores a los efectos penales; y los demás superiores en empleo militar, que no lo serían a los efectos de estos delitos; criterio legal que “contraria los cimientos en los que se asienta la institución militar”<sup>31</sup>, pues “la superioridad en el empleo es el pilar básico de la organización de la milicia”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> C.P.M. art. 12 párrafo 1; el p. 2 se refiere a supuestos de guerra.

<sup>30</sup> “In extenso”, véase comentarios a este artículo. Calderón Susín, Eduardo. Comentarios al Código Penal Militar. Civitas. Madrid, 1988. Págs. 271 a 294.

<sup>31</sup> Calderón Susín; obra citada, pág. 274. Resulta interesante examinar “in extenso” los razonamientos del autor, acertadísimos en mi opinión, aunque rechazados por el legislador en el tenor literal del art. 12 del C.P.M.

<sup>32</sup> Calderón Susín; obra citada; pág. 275.

Lo cierto es que, conforme al tenor literal del artículo 12 del Código Penal Militar, solo es superior, a los efectos penales el superior en razón del servicio y, evidentemente no lo es el que, siéndolo en empleo militar, actúa por finalidad por completo ajena al servicio <sup>33</sup>.

Ello plantea, en la práctica, múltiples dudas, que, doctrinalmente, resuelve RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>34</sup>, defiriendo a los “delitos contra el decoro” <sup>35</sup> las agresiones del superior en empleo al inferior.

Solución imperfecta, en la medida en que la agresión de un cabo primero (incluso profesional) a un soldado, o la de cualquier oficial a un soldado (en privado) no estarían tipificados en la esfera penal castrense. Por otra parte el decoro militar y los deberes del servicio difícilmente encaja como bienes jurídicos protegidos <sup>36</sup>.

En conclusión, ciertas agresiones entre militares, de diverso empleo militar, quedarán excluidas de los tipos penales militares, –lo que es admisible cuando se trata de asuntos privados– <sup>37</sup> pero que, conforme al tenor literal del artículos 12 del Código Penal Militar, no quedan tipificados infinidad de supuestos, inadecuadamente excluidos, e incomprensiblemente para los militares de Armas, por lo que no están exentas de razón las críticas de CALDERON SUSIN <sup>38</sup>.

Tal situación se acentúa negativamente –en mi opinión– al considerar las discordancias entre las definiciones de superior en las Reales Ordenanzas, en la Ley Disciplinaria Militar, y en el Código Penal Militar, conforme pone de relieve y precisa RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>39</sup>.

#### 4. SUJETO PASIVO

El inferior es el sujeto pasivo, en cuanto objeto directo de la acción típica, víctima del delito, y perjudicado por el mismo.

---

<sup>33</sup> En la misma tesis: Calderón; obra citada; pág. 277 y Auto de la Sala de Competencias del T.S., de 09-12-83. (Aranzadi Jurisprudencia; marginal 6507); y otros autores y criterios jurisprudenciales.

<sup>34</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1291 y ss.

<sup>35</sup> C.P.M. art. 162: agresión de oficial o suboficial, a otro militar en público (Título VI: delitos contra los deberes del servicio).

<sup>36</sup> C.P.M. Título VI. Contra los deberes del servicio. Cap. VI. Contra el decoro militar.

<sup>37</sup> Admisible tradicionalmente, por la doctrina más antigua, Sentencias del Consejo Supremo de Guerra y Marina y Consejo Supremo de Justicia Militar, pero... con evidente desconexión de la relación jerárquica (vgr.: agresiones por herencias entre hermanos de diverso empleo militar, reyertas sin conocer al superior, motivos de celos..., etc...) Idem. QUEROL obra citada; II; pág. 431.

<sup>38</sup> Calderón Susín, Eduardo; obra citada; págs. 271 a 294.

<sup>39</sup> R. Villasante; obra citada; págs. 1291 y s.

El abuso de autoridad lo sufre el subordinado, en empleo, cargo, o función, al autor del delito –que ejerce sobre la víctima autoridad, mando o jurisdicción–, conforme a la definición legal <sup>40</sup>. Reiteramos lo precedentemente expuesto en el examen del concepto de sujeto activo o autor del delito, pues el sujeto pasivo es, pura y simplemente, el reverso de la misma moneda.

El sujeto pasivo, según algunos <sup>41</sup>, es el Estado, o el Ejército; personalmente me inclino por entender como delito que ataca a un bien militar –disciplina–, pero que incide en un bien personal –honor, vida integridad o dignidad del subordinado– lo son el Ejército y el individuo que padece la acción. No solo el “inferior” como asegura RODRIGUEZ VILLASANTE <sup>42</sup>. Es incuestionable que la víctima y el perjudicado es el subordinado: no el inferior, como con connotaciones terminológicas inadmisibles consta en el precepto legal <sup>43</sup>.

## 5. EXAMEN DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO V

Con independencia de las disquisiciones doctrinales acerca de lo acertada de la rúbrica global de delito de abuso de autoridad <sup>44</sup>, lo cierto es que el Capítulo III, del título V. Del C.P.M., comprende:

a) Un delito de abuso de autoridad, con una pluriformulación: irrogar un perjuicio grave; obligar a prestaciones ajenas al interés del servicio; e impedir, arbitrariamente, el ejercicio de un derecho <sup>45</sup>. Pudieran ser tres tipos penales autónomos.

b) Un delito de maltrato de obra a inferior, tipo único que, en razón al resultado, contiene, en sí, un tipo básico y dos tipos agravados <sup>46</sup>.

c) Un delito de tratos degradantes o inhumanos, en relación de subsidiariedad, o carácter residual, respecto al tipo anterior <sup>47</sup>.

d) Una exención de responsabilidad, aplicable a los supuestos recogidos en los precedentes a) y b), y excluyendo al tipo reseñado en el c) <sup>48</sup>.

---

<sup>41</sup> Véase en este sentido: R. Villasante, obra citada; pág. 1299. Alude a Maurach, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo.

<sup>42</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1299.

<sup>43</sup> C.P.M. Los artículos 103 a 106, inclusive, mencionan expresamente al “inferior”.

<sup>44</sup> Véanse, criterio en el presente trabajo; “Conceptos Generales”.

<sup>45</sup> C.P.M. art. 103.

<sup>46</sup> C.P.M. art. 104.

<sup>47</sup> C.P.M. art. 106

<sup>48</sup> C.P.M. art. 105, hoy sin vigor; derogado por L.O. 13/1991, de 20 de noviembre.

Para RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>49</sup> el capítulo, intitulado delitos de abusos de autoridad, se desglosa en un tipo básico (C.P.M. artículo 103), y dos tipos agravados (C.P.M. artículos 104 y 106).

A este respecto y en mi opinión, el tipo básico (C.P.M. artículo 103) no guarda total conexión, al menos, con los tipos agravados (C.P.M. artículos 104 y 106). El hecho de que unos tipos penales se engloben en el mismo capítulo, y respondan a un mismo bien jurídico protegido, no conlleva necesariamente a una relación de prevalencia, ni de subsidiariedad, de unos respecto a otros.

Lo prevalente para el tipo base, y subtipos, no es el ataque al bien jurídico, sino la conducta o actividad penalmente tipificada, y la variación por modalidades comisivas, o resultados, es lo que legitima los tipos especiales, o agravados, argumentos que me hacen respaldar la clasificación precedente.

En efecto, la naturaleza jurídica del abuso de autoridad difiere del maltrato de obra, conectado este delito al de trato denigrante <sup>50</sup>.

## 6. EL “ABUSO DE AUTORIDAD” (C.P.M., ARTÍCULO 103)

Una excelente exposición de los antecedentes, derecho comparado, y trámites parlamentarios, nos ofrece RODRIGUEZ VILLASANTE <sup>51</sup>.

A diferencia del resto del capítulo, el artículo 103 sí es propiamente un abuso de autoridad.

Acorde con la “mejor tradición penal militar española” –en palabras de RODRIGUEZ VILLASANTE <sup>52</sup>– la redacción del artículo 103 “por la gran amplitud de su contenido abarca la totalidad de los abusos de autoridad que pueden cometerse por un superior contra sus inferiores”. Veámoslo.

*C.P.M. artículo 103. El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.*

De la mera lectura del precitado artículo queda patente que no se trata de un tipo penal único, o simple, sino de tantos tipos penales como acciones típicamente antijurídicas.

---

<sup>49</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1300.

<sup>50</sup> Véase, “ut supra”, notas núms. 25 y ss.

<sup>51</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1301 a 1311.

<sup>52</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1313.



a) *El sujeto activo* es el superior, al que ya hemos dedicado nuestra atención precedentemente. El carácter de militar y superior, del sujeto activo, hace que RODRÍGUEZ MOURULLO califique este delito como “delito especial”<sup>53</sup>.

b) *El sujeto pasivo* es el inferior y las Fuerzas Armadas, y como hemos razonado ya con la preferencia terminológica de la palabra subordinado.

c) *El bien jurídico protegido* es la disciplina, en la medida en que se quebranta por la acción típica, pero, con la prevalencia del valor esencial de la disciplina, se conculcan en el tipo penal otros valores dignos de protección penal: el servicio, en ocasiones; la igualdad ante la Ley, la integridad física, la dignidad humana, la tutela judicial efectiva, la intimidad, la propiedad, etc...<sup>54</sup>.

d) *La acción típicamente antijurídica*. Se formula –en el tipo legal– en gerundio la acción: abusando.

El abuso es equivalente al exceso arbitrario o al uso indebido; el exceso es para QUEROL Y DURÁN<sup>55</sup> “el desorbitar unas facultades y llevarlas hasta donde no puede legítimamente llegar”; y el mismo autor precisa que el uso indebido de facultades consiste en “ejercitarlas sin someterse a aquellas normas y formalidades que dirigen el ejercicio de tal poder”<sup>56</sup>.

Por imperativo legal, el abuso ha de ser de las facultades del mando o de la posición en el servicio del superior.

Las facultades del mando son las atribuciones que las Reales Ordenanzas confieren para su desempeño a quienes lo ostenta; en mi opinión, mando equivale a jefatura y se sintetizan aquellas, particularmente en lo que se refiere al capítulo de los delitos de abuso de autoridad, en hacerse “querer y respetar de él; no le disimulará jamás las faltas de subordinación; le infundirá amor al servicio y mucha exactitud en el desempeño de sus obligaciones; será firme en el mando, graciable en lo que pueda y será comedido en su actitud y palabras aún cuando sancione o reprenda”<sup>57</sup>, teniendo en cuenta el exacto cumpli-

---

<sup>53</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Derecho Penal. Parte General. Madrid, 1977. págs. 269 y 270.

<sup>54</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1314.

<sup>55</sup> Querol; obra citada; pág. 462.

<sup>56</sup> Querol; obra citada; pág. 463.

<sup>57</sup> Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Ley 85/78, de 28 de diciembre. Art. 65.

miento de las obligaciones de la Constitución y de las Ordenanzas, particulares y generales <sup>58</sup>, así como las ordenes de sus respectivos jefes con puntualidad <sup>59</sup>.

Entiendo que la actuación contraria a aquellos preceptos de las RR.OO. llena este elemento del tipo penal que examinamos, y, más aún, si se infringen los mandatos ordenancistas sobre la dignidad y los derechos inviolables de la persona <sup>60</sup>, su intimidad personal y familiar, etc... <sup>61</sup>.

La posición en el servicio parece aludir al superior sin mando que abusa de su estatus, o posición en el servicio, según RODRIGUEZ VILLASANTE <sup>62</sup>, formulación alternativa que considera superflua ante la redacción del artículo 12 del C.P.M <sup>63</sup>.

La “posición” ha de referirse, según su tenor literal, a la categoría, condición social o lugar que ocupa una persona respecto a otra en su contexto que aquí es “el servicio”. También, por su tenor literal, el servicio no puede equipararse al acto de servicio, concepto más restrictivo. Por el contrario, entiendo que “el servicio” es el servicio de las armas.

De ahí que el término “posición en el servicio” comprenda al superior en empleo militar cuando su conducta abusiva guarde relación con el servicio militar, aunque no se trate de acto de servicio, y resulte incluso evidente su desconexión con el mismo. Así, quedaría comprendido el abuso en acto de servicio sobre subordinado ajeno al mismo, y todos los abusos que en base a “falsas o supuestas atribuciones del mando” sean motivadoras del acatamiento del subordinado.

En efecto, con recuerdo de la crítica al término “abuso de autoridad” <sup>64</sup>, la precedente interpretación llena de contenido al artículo 103 del C.P.M., en la línea de lo que, en la realidad social <sup>65</sup> se considera “abusos de los jefes en la mili”, y que han de ser erradicados, finalidad pretendida por este tipo penal.

---

<sup>58</sup> RR.OO. art. 26.

<sup>59</sup> RR.OO. art. 80.

<sup>60</sup> RR.OO. art. 171.

<sup>61</sup> RR.OO. art. 174.

<sup>62</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1321.

<sup>63</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1321.

<sup>64</sup> Véase texto a las notas 26-28.

<sup>65</sup> Código Civil, art. 3.

e) *El resultado de la acción.* Entre la acción (abuso) y el resultado ha de existir un nexo de causalidad, que para RODRÍGUEZ DEVESA <sup>66</sup> es la casualidad adecuada, al igual que para el extinto Consejo Supremo de Justicia Militar <sup>67</sup>.

Las dos modalidades de abuso (de facultades de mando y posición en el servicio) se tipifican en relación con tres resultados, de modo indistinto y alternativo: el irrogar un perjuicio grave, el obligar a prestaciones ajenas al interés del servicio, y el impedir arbitrariamente el ejercicio de algún derecho, al inferior <sup>68</sup>. Tales resultados lesionan la disciplina, en ocasiones el servicio, y siempre, además, derechos del subordinado, como ya se ha expuesto <sup>69</sup>.

### 1. *Irrogar un perjuicio grave es tanto como causar un mal grave.*

Para DAVILA Y GARICANO el perjuicio o daño puede ser tanto material como moral <sup>70</sup>, tesis reconocida por antigua y constante jurisprudencia del Consejo de Guerra y Marina, mantenida por el Consejo Supremo de Justicia Militar <sup>71</sup>.

Durante los cuarenta años de vigencia del Código de Justicia Militar <sup>72</sup>, la doctrina <sup>73</sup> fue acorde al considerar que la gravedad del resultado distinguía el delito (C.J.M. artículo 334) de la falta grave (C.J.M. artículo 435). Durante tal periodo se consideraron perjuicios graves: “in genere” las injurias, amenazas y coacciones <sup>74</sup>, e, “in especie” el imponer multas sin atribuciones, el ordenar transporte de contrabando, el autorizar quedarse con haberes de otros, el ordenar una detención infundada, el provocar un procesamiento infundado, etc... <sup>75</sup>.

Tales criterios son aún hoy válidos, incluso a partir de la vigencia del nuevo Código Penal Militar y respecto a la redacción de su artículo 103.

---

<sup>66</sup> Rodríguez Devesa, José María. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona, 1982. Voz “Extralimitaciones en el ejercicio del mando”, tomo IX; pág. 399.

<sup>67</sup> Desde Sentencia de 12-12-1940, según R. Villasante; obra citada; pág. 1323.68 C.P.M. art. 103.

<sup>69</sup> Véase “el bien jurídico protegido”, a partir de la nota 18.

<sup>70</sup> Citado por Querol; obra citada; pág. 464.

<sup>71</sup> Citado por R. Villasante; obra citada, pág. 1323.

<sup>72</sup> C.J.M. de 1945, reformado en 1949, hasta el C.P.M. de 01-12-1985.

<sup>73</sup> Querol; obra citada; pág. 463. Rodríguez Devesa; Rodríguez Villasante; Millán Garrido; y otros muchos.

<sup>74</sup> Véase R. Villasante; obra citada; pág. 1325.

<sup>75</sup> Jurisprudencia citada por R. Villasante; obra citada; págs. 1324-1325. Idem; citada por Álvarez Roldán y Fortún Esquifino. La Ley Disciplinaria Militar. Aranzadi. Pamplona, 1986; pág. 178.

En la actualidad el deslinde entre el abuso-delito, en esta modalidad comisiva <sup>76</sup>, y el abuso-faltas <sup>77</sup> es precisamente la existencia o no de un perjuicio grave al subordinado <sup>78</sup>.

La gravedad no puede quedar reducida al resultado material, sino que ha de considerarse la ofensa moral y material, sino que ha de considerarse la ofensa moral y singularmente las circunstancias de lugar o existencia de personas que la presencian <sup>79</sup>. Evidentemente, la dignidad, el honor, el prestigio, son valores que pueden convertir un hecho mínimo, entre dos personas, en grave si lo presencian otras personas.

La entidad de la gravedad ha de medirse no solo por el perjuicio objetivo sufrido por el subordinado, sino muy singularmente por la gravedad que, subjetivamente, ha ocasionado al “inferior” en su prestigio, en su sensibilidad, según su carácter, y... en definitiva, en la “psiquis” del subordinado.

El desprecio al impacto que en cada subordinado pueda causar el abuso –y su desconocimiento– agrava tal abuso, por el ataque a la dignidad del ser humano que subyace en tal conducta.

Conviene subrayar que el abuso con perjuicio, aunque leve, será delito o falta grave disciplinarias, pero solo muy excepcionalmente falta leve: en las correcciones improcedente o desproporcionadas <sup>80</sup> y excesos verbales <sup>81</sup>.

2. *Obligar a prestaciones ajenas al interés del servicio.* Se trata no sólo de la falta de autoridad, facultades, atribuciones, poder, etc... del superior –ya comentadas– sino de la “orden” de realizar o empleo de cualquier medio de obligar al subordinado. Es decir, la presión del superior que induce al subordinado a efectuar prestaciones ajenas al interés del servicio.

Las prestaciones, concepto que ha de interpretarse en un sentido amplio como dice RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>82</sup>, o más bien en un sen-

---

<sup>76</sup> C.P.M. art. 103... irrogar grave perjuicio al inferior.

<sup>77</sup> L.D.M. (L.O. 12/1985, de 27 de noviembre) art. 9 núm. 11: Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio, hoy es el 8.13 de la L.O. 8/1998.

<sup>78</sup> La Ley Disciplinaria Militar adopta la adecuada terminología de “subordinado” sin las connotaciones peyorativas de “inferior” del C.P.M.

<sup>79</sup> Véase Álvarez Roldán y Fortún Esquifino. La Ley Disciplinaria Militar. Aranzadi. Pamplona, 1986; pág. 178.

<sup>80</sup> Véase Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 181, y en conexión: págs. 107 y ss. (L.D.M. art. 8 núm. 14).

<sup>81</sup> Idem. Págs. 109 y ss. (L.D.M. art. 8. núm 15).

<sup>82</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1328.

tido vulgar y no técnico-jurídico, comprenden el dar, hacer, trabajar, realizar una actividad determinada, etc...

El término ajenos al interés del servicio debe comprender toda actividad no exigible al subordinado por imperativo de las Reales Ordenanzas, o, en términos más concretos, todo acto exigido con desconexión de las exigencias del servicio militar.

En definitiva, las “ilícitas prestaciones” a los que extensamente se refiere RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>83</sup>.

La falta de apoyo legal para exigir la prestación, y del interés para el servicio, configuran este elemento del tipo penal. La primera configura el abuso, junto con la exigencia imperativa de la prestación, y el acto ajeno al servicio completa el acto delictivo.

Así, la prestación no obligada –aunque sea ajena al interés del servicio– no será delito, aunque pudiera integrar la falta grave de “excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando”, sin causar perjuicio alguno <sup>84</sup>, y siempre la falta leve consistente en “ordenar la ejecución de prestaciones de tipo personal ajenos al servicio” <sup>85</sup>.

El interés del servicio permite, sin sanción legal ni disciplinaria, determinadas prestaciones que pueden aparecer como “no objetivamente castrense” pero que son imprescindibles como apoyo al servicio: vgr.: cocineros, camareros, carteros, etc... en las Unidades.

La jurisprudencia del extinto Consejo Supremo de Justicia Militar <sup>86</sup> consideró sólo falta grave –no se olvide que la privación de libertad se extendía hasta seis meses <sup>87</sup>– hechos como trabajar en puertas y ventanas (carpinteros), realizar transportes particulares (chofer), exigir un tratamiento superior al reglamentario, provocar una reyerta entre cabo primero y sargento, detener a manifestantes, etc...

No resulta improcedente –en razón a la penalidad apuntada– aceptar la antigua jurisprudencia, subrayando que la realidad social de nuestro tiempo exige una severa sanción a los abusos, extralimitaciones, y prepotencias de toda índole del superior sobre el subordinado.

---

<sup>83</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1329.

<sup>84</sup> Véase comentarios al art. 9 núm. 11 de la L.D.M., en Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 177-181, hoy art. 8.13.

<sup>85</sup> Idem. Al art. 8 núm. 17 de L.D.M., en Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 112-113, hoy art. 7.34.

<sup>86</sup> Recogida de R. Villasante; obra citada; pág. 1331; y Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada pág. 112 y 178.

<sup>87</sup> C.J.M. 435; de 2 meses y 1 día a 6 meses, conforme al artículo 415 para faltas graves.

### 3. *Impedir arbitrariamente el ejercicio de un derecho.*

Con honda tradición histórica en nuestra legislación castrense, y en el Derecho Comparado <sup>88</sup>, se sanciona la coacción al subordinado para que no ejerza sus legítimos derechos.

La diferencia entre el “paternal consejo” de no efectuar petición o reclamación, o los obstáculos a su ejercicio, o la negación del mismo, es una cuestión de hecho, a examinar en cada caso concreto.

Al abuso se añade aquí la arbitrariedad, consistente en abusar “sin forma alguna de legalidad”, como puntualiza RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>89</sup>.

Para RODRÍGUEZ DEVESA <sup>90</sup> el impedir el ejercicio del derecho “arbitrariamente” es la plasmación en el tipo de la antijuridicidad penal. Así, el impedir el derecho de huelga a un militar no es arbitrario, aunque se haga de modo o forma abusivo, pues tal derecho no existe <sup>91</sup>. Más bien el precepto se refiere a los actos que impiden al subordinado el ejercicio de un derecho legítimo, y no la negación de éste <sup>92</sup>.

Las dificultades o limitaciones es claro constituyen falta grave por exclusión del tipo penal, y tipificación disciplinaria <sup>93</sup>.

El impedir, tipificado como delito y falta grave, tiene un difícilísimo deslinde; lo más grave, según cada caso y su trascendencia, deberá reconducirse a la acusación por delito; si el perjuicio no reviste especial gravedad me inclino por la prevalencia de lo disciplinario <sup>94</sup>.

La mera devolución, o no curso reglamentario, de una petición o reclamación sería falta leve <sup>95</sup>, en la medida que sólo implique la infracción del precepto ordenancista de dar el curso reglamentario <sup>96</sup>.

Finalmente, y aunque sea obvio por el tenor literal no restrictivo del artículo 103 del C.P.M., conviene precisar –y así lo hace

---

<sup>88</sup> C. Penal Ejército de 1884, C. Penal Marina de Guerra C.J.M. de 1890 y 1945. Códigos alemanes, belgas, cubanos, portugueses, suizos, etc... citados por R. Villasante; obra citada; pág 1331.

<sup>89</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1332.

<sup>90</sup> R. Devesa, obra citada, voz citada, pág. 399.

<sup>91</sup> Este supuesto y otros se razonan por Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 187; citados por R. Villasante; ob. Citada; pág. 1332.

<sup>92</sup> Clarifica tal afirmación el tenor literal del art. 9.14 de la L.D.M.; “Impedir, dificultar, limitar a otro militar el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos, cuando no constituya delito”.

<sup>93</sup> C.P.M. art. 103 “...impedir...”; L.D.M. art. 9.14: “...impedir, dificultar o limitar...”

<sup>94</sup> Álvarez Roldán y Fortún Esquifino, obra citada; pág. 187.

<sup>95</sup> Véase Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 106 a 107.

<sup>96</sup> RR.OO. art. 204.

RODRÍGUEZ VILLASANTE– que se “protegen toda clase de derechos del militar”<sup>97</sup>.

f) *Culpabilidad*. La definición del tipo penal que consideramos, en la medida en que comprende términos como “abuso”, “arbitrariamente”, y similares, obliga a considerar que el delito es doloso, necesariamente.

Así, el superior –sujeto activo– debe conocer que el sujeto pasivo es subordinado suyo en empleo militar –al menos–; el conocimiento ha de extenderse a la acción y ser libremente ejecutada, y el resultado previsto, o previsible, por el autor, aunque sin precisión de detalle.

En esta misma línea discursiva profundiza RODRÍGUEZ VILLASANTE, así como en lo referente a eximentes, circunstancias modificativas y problemas concursales<sup>98</sup>.

La figura del delito continuado suele ser frecuente en algunas modalidades comisivas del artículo 103 del C.P.M.<sup>99</sup>.

g) *Punibilidad*. El artículo 103 señala una amplitud –tal vez excesiva– para penar al culpable del delito<sup>100</sup>; son casi cuatro años de privación de libertad donde debe ejercerse el arbitrio –sano juicio y recta conciencia– del órgano juzgador<sup>101</sup>.

Sobre cinco hombres justos pesa la decisión de cuantificar la represión penal en cada caso.

h) *Jurisprudencia*. La Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo sienta el criterio de que “la utilización errónea de facultades disciplinarias nunca puede producir un resultado de naturaleza penal”, como principio; el delito de abuso de autoridad surgiría sólo si la facultad sancionadora se usa voluntaria y torticeramente y el perjuicio causado sea grave. (Sentencia n.º 32, de 8 de julio de 1993); y, no lo es, si el arresto es por falta leve (Sentencia citada; y Sentencia n.º 82, de 9 de diciembre de 1996).

La causación de lesiones que tardaran en curar 15 días y no dejaran secuela, no entrañan la causación de un perjuicio grave (Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995), y menos aún si existía una alteración ósea, constitucional y crónica, que no pudo originar el golpe (Sentencia de 12 de marzo de 1999 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo).

---

<sup>97</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1332.

<sup>98</sup> Véase R. Villasante; obra citada; pág. 1335-1343.

<sup>99</sup> Véase “in extenso” R. Villasante; obra citada; pág. 1322.

<sup>100</sup> C.P.M. art. 103. “... pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión”.

<sup>101</sup> C.P.M. art. 35 y ss.

#### 4. EL “MALTRATO A INFERIOR” (C.P.M. ARTÍCULO 104)

Los antecedentes, concordancias, derecho comparado, y tramitación parlamentaria, de este tipo penal, son, con profundidad y minuciosidad, estudiados por RODRÍGUEZ VILLASANTE Y ROJAS CARO, a quienes nos remitimos <sup>102</sup>.

QUEROL Y DURAN, ya años ha, escribió: “Conviene distinguir cuidadosamente entre el empleo por parte de los superiores de la coacción física, como medio que un caso de fuerza mayor haga necesario para mantener eficazmente el principio de autoridad, del uso normal y regular, legal o consuetudinariamente establecido, de los castigos corporales como medida protectora de la disciplina” <sup>103</sup>.

Tales castigos corporales fueron legalmente proscritos a principios del siglo XIX <sup>104</sup>, y corregida penalmente su pervivencia <sup>105</sup>.

Ya el General SOCIAS se opuso en 1872 al castigo corporal por ser “depresivo y humillante,... atentatorio a la disciplina y opuesto a las leyes militares...” <sup>106</sup>.

La evolución histórica, con altibajos, viene dando la razón a tan clarividente General <sup>107</sup>, así como la trayectoria jurisprudencial <sup>108</sup>.

“En modo alguno los poderes disciplinarios del superior legitiman el maltrato al inferior” <sup>109</sup>, por tajante prohibición de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas <sup>110</sup> y la Constitución Española <sup>111</sup>.

Así, el tipo penal que sanciona la conducta de obra ofensiva al subordinado tiene el texto literal siguientes:

*C.P.M. artículo 104. “El superior que maltratare de obra a un inferior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años. Si causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de quince a veinticinco años, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra”.*

---

<sup>102</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1347 a 1355 Rojas Caro; Maltrato... en C.J.M., ya citado; pág. 3223 y ss.

<sup>103</sup> Querol y Durán, F.; obra ya citada; pág. 467-468.

<sup>104</sup> Véase, en detalle, Querol; obra citada; pág. 468-469.

<sup>105</sup> Sentencias de C.S. de Guerra y Marina de 19 de mayo de 1897, 21 de diciembre de 1903 y 18 de junio de 1918, citados por Querol, obra citada, pág. 467.

<sup>106</sup> Citado por R. Villasante; obra citada, pág. 1356.

<sup>107</sup> “In extenso”, véase R. Villasante y Rojas Caro; obras citadas; págs. 1358-1359 y 3225-3232, respectivamente.

<sup>108</sup> Jurisprudencia de C.S. de Guerra y Marina, y C.S. Justicia Militar, citada por R. Villasante y Rojas Caro; nota anterior.

<sup>109</sup> Rojas Caro; obra citada; pág. 3232.

<sup>110</sup> RR.OO. citadas, art. 171.

<sup>111</sup> C.E. art. 15.



El presente tipo delictivo fue clasificado por la doctrina, y singularmente por el Coronel Auditor y Catedrático de Derecho Penal RODRÍGUEZ DEVESA <sup>112</sup> como delito de propia mano, que exige necesariamente un autor inmediato: necesariamente ha de ser el superior el que maltrate, es decir el que realice la acción típica.

Ello no obstante, no cabe descartar la autoría mediata del superior, cuando éste induce a un “extraneus” a tal delito, invocando la prevalencia jerárquica de aquél, y determinante del resultado. Tal posibilidad es clara cuando el superior induce a otro a que golpee a un subordinado de aquel, y máxime si está presente, o el inferior conoce tal “orden”.

El tipo penal (C.P.M. artículo 104) es único, la acción es una –el maltrato de obra– aunque la penalidad dependa del resultado de aquella.

a) *El sujeto activo* es el superior. Nos remitimos a lo precedentemente expuesto en general <sup>113</sup>.

El presente tipo penal no contiene otros elementos personales salvo el del concepto de superior, que ha de ser por imperativo legal el del artículo 12 del Código Penal Militar.

El mero empleo militar superior del autor sobre el de la víctima quedaría excluido por la definición legal <sup>114</sup>, pero flaco servicio se haría a los Ejércitos con una interpretación excesivamente restrictiva del concepto de “superior”. Con escrupulosa observancia del principio de legalidad penal, y siguiendo la línea doctrinal de MALICIA <sup>115</sup>, entendiendo que si en la agresión física coexiste la conciencia de la relación jerárquica, superior-subordinado, entre el autor y la víctima, se cumple la exigencia del elemento subjetivo del tipo. Opinión sumamente discutible, pero que tiene su amparo legislativo en el inciso del artículo 12 del C.P.M. referido al “ejercicio de autoridad... en virtud de un empleo jerárquicamente más elevado”.

Una interpretación restrictiva y excluyente iría en contra del concepto vulgar, pero real y cotidiano, del término “superior” <sup>116</sup>. La intención del legislador (*mens legislatoris*), y el espíritu de la ley (*mens legis*), llevan a

---

<sup>112</sup> R. Devesa; obra citada; págs. 420-421.

<sup>113</sup> In extenso; véase: R. Villasante; obra citada, págs. 1360-1361.

<sup>114</sup> C.P.M. art. 12: “...ejerce autoridad, mando o jurisdicción en virtud de empleo... cargo... función...”.

<sup>115</sup> “Responde del abuso de autoridad el superior de paisano que utiliza la violencia contra el inferior de uniforme, en cuanto no ignora el vínculo jerárquico que lo relaciona con el militar ofendido”, Malizia, Severio. *Il Codici penali militari...* citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1361.

<sup>116</sup> C.Civil. art. 3: “Las normas se interpretarán... la realidad social...”

concluir que toda agresión física de un militar, de superior empleo, ejercida sobre otro militar, de inferior empleo, integra este delito <sup>117</sup>. En ocasiones excepcionalísimas –circunstancias familiares, de índole íntimo, o absolutamente ajenas a la relación jerárquica (que no ajenas al “servicio” concreto), el “superior” no sería tal, por no actuar como tal superior, y no incidiría en este tipo penal, sino en otro <sup>118</sup>.

b) *El sujeto pasivo* es el inferior, y las FAS. En efecto la víctima es el subordinado, en su integridad física, pero, en razón al bien jurídico protegido, se conculcan o lesionan bienes, no individuales o personales, sino de la institución castrense.

El “inferior” –perjudicado por el delito– lo puede ser en empleo militar, en la posición en el servicio, o mando, conforme a la doctrina clásica –QUEROL <sup>119</sup> y RODRÍGUEZ DEVESA <sup>120</sup>– y a la actual de RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>121</sup>.

c) *El bien jurídico protegido*. Coincide la doctrina –entre otros ROJAS CARO <sup>122</sup> y RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>123</sup>– en considerar el artículo 104 del C.P.M. como delito pluriofensivo, en el que el bien prevalente es la disciplina, y de ahí que sea un delito militar; al propio tiempo se lesiona el derecho a la vida y a la integridad física <sup>124</sup>, conforme ya se ha razonado precedentemente en la presente monografía <sup>125</sup>.

d) *La acción típicamente antijurídica*. La acción consiste pura y simplemente en el “maltrato de obra”, es decir un maltrato físico del superior al inferior. Aquí, el denominado “abuso de autoridad” se manifiesta absolutamente al margen de las facultades de toda “autoritas”, y se concreta en las vías de hecho del superior contra el inferior o subordinado: golpe, empujón, puñetazo, patada, etc...

---

<sup>117</sup> C.Civil art. 3 “Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellos”.

<sup>118</sup> Bien del C.P.M. o del C.P. Común, según el acto y resultado concretos; y... casi siempre en falta disciplinaria de la L.D.M.: arts. 8 núm. 33, art. 9, núm. 18. Véase comentarios a tales preceptos en A. Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; págs. 139-144, y 196-199.

<sup>119</sup> Querol y Durán; obra citada; Tomo II; pág. 670.

<sup>120</sup> R. Devesa; obra citada; pág. 401.

<sup>121</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1363.

<sup>122</sup> Rojas Caro. El maltrato... ya citado; pág. 3242 y ss.

<sup>123</sup> R. Villasante, obra citada; pág. 1361.

<sup>124</sup> Véase Alzaga, Serrano Alberca, Rodríguez Devesa; citados por R. Villasante obra citada, pág. 1362.

<sup>125</sup> Véase texto a las notas 24 y ss.

El maltrato de obra, proscrito por las Reales Ordenanzas <sup>126</sup>, integra este tipo delictivo, comprensivo de toda agresión física.

En palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, integra este tipo penal toda lesión, entendida como cualquier menoscabo de la salud o de la integridad corporal <sup>127</sup>.

Durante la vigencia del Código de Justicia Militar <sup>128</sup>, la distinción, entre el delito del artículo 334 y la falta grave del 434, residía en el resultado grave reservado al delito, cuestión que será posteriormente considerada.

El artículo 104 del Código Penal Militar en su tipo básico –maltrato de obra– no exige resultado de lesiones <sup>129</sup>, se configuran dos tipos agravados por el resultado: lesiones graves y muerte <sup>130</sup>.

e) *El resultado de la acción.* Si bien la acción consiste en la actividad agresora del superior, y no requiere un resultado de lesiones graves, ni siquiera de lesiones, el resultado ha de existir.

En la legislación derogada <sup>131</sup>, la distinción entre delito y falta residía en la gravedad del resultado, tema extensamente tratado en la doctrina <sup>132</sup> y en la jurisprudencia <sup>133</sup>, y cifrado en el límite de quince días de curación.

En el vigente Código Penal Militar, ello sólo afecta a al esfera de la punibilidad.

El mínimo resultado consiste, en el vigente C.P.M., en que la actividad física del superior llegue a la persona del subordinado.

Ese contacto físico puede tener una trascendencia visible, médicamente evaluable, o no; cuando esa constatación de la agresión física no exista, la prueba del hecho delictivo habrá de ser necesariamente testifical; en los demás supuestos, la prueba médica, aún en las levísimas de hematomas, contusiones, erosiones, etc..., será determinante, amén de la testifical.

---

<sup>126</sup> RR.OO. art. 171: “La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. Ningún miembro de los Ejércitos podrá hacer objeto a los demás, ni sufrir él mismo, maltrato de palabra u obra, ni cualquier otra vejación o limitación indebida de sus derechos”.

<sup>127</sup> R. Devesa; D.º Penal ... ya citado; pág. 123.

<sup>128</sup> Hasta el día 31 de mayo de 1986, conforme a la Disposición Final del C.P.M. L.O. 13/85, de 11 de diciembre.

<sup>129</sup> Véase “in extenso”: R. Villasante; obra citada, pág. 1363 y ss.

<sup>130</sup> In extenso; R. Villasante; obra citada, pág. 1368 y ss.

<sup>131</sup> Vigencia del C.J.M., hasta el 31 de mayo de 1986.

<sup>132</sup> Quintano Ripollés, Rodríguez Devesa, Calderon Susín, Rojas Caro, y otros; citados por R. Villasante; obra citada pág. 1364 y ss.

<sup>133</sup> Múltiples Sentencias del C.S.J.M. reseñadas por R. Villasante; obra citada; págs. 1366 y ss.

Cabe cuestionarse, en supuestos de mínimo contacto físico –como un bofetón, un empujón o un escupitajo– sí tal resultado reviste la gravedad suficiente para integrar el presente delito. Nos pronunciamos por la supuesta afirmativa en términos generales; ello no obstante, el “animus” del autor, en la mayoría de los casos de mínimo resultado, nos llevará a considerar que más que maltrato –lesión física se realiza un trato degradante –ofensivo a la dignidad del subordinado– del artículo 106 <sup>134</sup>.

Los golpes cercanos, sin alcanzar al subordinado, pero que por su proximidad a su persona física, atemoriza a éste, quedan excluidos de la tipicidad del artículo 104 –por falta de resultado– aunque pudiera incluirse en la tipificación del 106 <sup>135</sup>.

La mera bofetada <sup>136</sup> es maltrato de obra del artículo 104; si el superior trata no de lesionar, sino de ofender –cuestión indescifrable en la mayoría de los casos– sería incardinable con mayor acierto en el artículo 106, por su componente vejatorio, o en la falta disciplinaria correspondiente <sup>137</sup>.

El hecho de escupir un superior a un subordinado no puede entenderse como maltrato de obra –mínimo, intrascendente e irrelevante– sino que, al patentizarse con ello, no un “animus ledendi”, sino un “animus injuriandi”, lleva a considerar su incardinación en el tipo específico “ofensivo” del artículo 106, o bien, según la importancia o trascendencia –a considerar y evaluar en cada caso, reducirse, como parece más lógico y razonable, a falta disciplinaria <sup>138</sup>, criterio seguido por la jurisprudencia italiana <sup>139</sup>, y a pesar de la opinión de RODRÍGUEZ VILLASANTE proclive a entender siempre “el escupir a un inferior como maltrato de obra” <sup>140</sup>.

f) *La culpabilidad*. El delito de maltrato de obra es evidentemente doloso. Se requiere un dolo genérico <sup>141</sup>, centrado en el conocimiento y

---

<sup>134</sup> C.P.M. art. 106: “El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana...”

<sup>135</sup> Véase, en el precitado sentido excluyente, la tesis de R. Villasante, y autores que cita, respecto a los “actos tendentes a ofender de obra a superior”. En R. Villasante; obra citada; págs. 1367-1368.

<sup>136</sup> Véase “in extenso las opiniones de Quintano Ripollés y Rodríguez Vilasante. R. Villasante, obra citada, pág. 1367.

<sup>137</sup> L.D.M. art. 8 núm. 15 (offender a un subordinado con hechos o palabras indecorosas o indignas) o, bien del art. 9 núm. 11 (Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio).

<sup>138</sup> L.D.M. art. 8 núm. 15 (Ofensa de hecho) y art. 9 núm. 11 (Exceso arbitrario). Véase Álvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; págs. 109-110 y 177-181.

<sup>139</sup> Véase R. Villasante; obra citada, pág. 1367.

<sup>140</sup> R. Villasante, obra citada; pág. 1367.

<sup>141</sup> In extenso, véase: R. Villasante; obra citada; pág. 1374-1381.

voluntariedad del hecho ofensivo. Precisamente, el saber que se agrede físicamente a un subordinado <sup>142</sup> integra el elemento intencional <sup>143</sup> del delito.

Los motivos particulares de la acción, según puntualiza RODRÍGUEZ VILLASANTE 144), no afectan al dolo, y, en mi opinión, tampoco la pretensión de mantener la disciplina, salvo la excepcionalísima exención del artículo 105, interpretado restrictivamente.

La actitud prevalente del superior, materializada en una agresión física al subordinado, es lo que lesiona la disciplina –bien jurídico protegido preferentemente–, y en consecuencia el resultado del maltrato será relevante sólo en la determinación de la pena <sup>145</sup>.

Por último, y a los efectos del resultado, el dolo conforme precisa RODRÍGUEZ DEVESA <sup>146</sup> –no ha de abarcar precisamente las consecuencias de su actuar, sino que es “suficiente que admita en su voluntad los resultados necesariamente unidos a su acción”.

g) *Punibilidad*. La cuantificación de la pena, conforme al tenor literal del artículo 104 C.P.M., precisa, tras la aplicación en su caso de las circunstancias agravantes o atenuantes <sup>147</sup>, la consideración del resultado <sup>148</sup>, y ulterior aplicación del artículo 35 del C.P.M., singularmente, como acabamos de indicar, las específicas circunstancias castrenses; graduación del superior e inferior; gravedad y trascendencia en relación con el servicio y lugar de comisión. Efectivamente, la agresión en privado, o en público –con la tropa formada–, o bien las circunstancias precedentes a la agresión física (vgr.: actitud agresiva del inferior, insultos al superior, negativas insubordinadas, etc. ...), han de ser valoradas en conciencia, tanto para acusar como para juzgar.

Tales consideraciones revisten especial importancia ante la gran amplitud de la extensión de las penas previstas en el artículo 104 C.P.M. <sup>149</sup>; el amplio mosaico casuístico imposibilita precisiones generalizadas.

---

<sup>142</sup> Idem. Doll, Malizia, etc... la relación jerárquica es permanente, según la doctrina y jurisprudencia italiana.

<sup>143</sup> Querol subraya la “intencionalidad”, véase R. Villasante obra citada; pág. 1375.144 R. Villasante; obra citada; pág. 1375.

<sup>145</sup> Conforme a las prescripciones del artículo 35 del C.P.M. “...gravedad y trascendencia del hecho...”

<sup>146</sup> R. Devesa; D. Penal, Parte especial; obra citada; pág. 138.

<sup>147</sup> Véase: R. Villasante, obra citada; pág. 1378-1380.

<sup>148</sup> In extenso: R. Villasante; obra citada; pág.

<sup>149</sup> C.P.M. art. 104: “...tres meses y un día a cinco años, ...lesiones graves... cinco a quince años...; si le causare la muerte... de quince a veinticinco años...”

Finalmente, la mención de lesiones graves e el tipo penal agravado, añade un nuevo problema jurídico de interpretación; las lesiones graves se definían en el Código Penal por las secuelas, ó duración de la curación superior a treinta días <sup>149 bis</sup>; hoy, el vigente Código Penal del 95 ya desde la reforma por L.O. n.º 3/1989, de 21 de junio, no menciona las lesiones graves.

Entiendo que el Código Penal Militar ha de aplicarse conforme a la gravedad real de las lesiones del derogado Código Penal.

h) *Jurisprudencia.* Rotundamente la doctrina, consolidada de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, afirma que los malos tratos de obra de superior a inferior constituyen delito militar siempre, y no puede degradarse a la simple entidad de falta disciplinaria (Sentencia número 48, de 10 de noviembre de 1992; número 49, de 17 de noviembre de 1992; número 50, de 30 de noviembre de 1992; número 14, de 19 de mayo de 1993; número 34, de 29 de abril de 1994; número 89, de 20 de septiembre de 1995; entre otras).

Expresamente, la Sala Quinta señala que “cualquier agresión o violencia física de un superior a un inferior, susceptible de causar una perturbación anímica o corporal, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la persona, constituye el delito de abuso de autoridad” (Sentencia número 14, de 19 de mayo de 1993; número 60, de 1 de julio de 1994; número 47, de 5 de abril de 1995; número 30, de 9 de mayo de 1996; número 10, de 11 de febrero de 1997; número 10 de 23 de febrero de 1998; número 39, de 4 de junio de 1998; número 78, de 30 de noviembre de 1998 y sentencia de 15 de noviembre de 1999, entre otras).

El delito de maltrato de obra a inferior (subordinado) es pluriofensivo, protector tanto de la disciplina (jerárquica) como la integridad física y la dignidad del subordinado (Sentencia número 10, de 7 de febrero de 1995 y número 50, de 30 de noviembre de 1992), sin que sea exigible un dolo específico, sino meramente el genérico de conocer la agresión física y consentida (Sentencia número 48, de 27 de mayo de 1994).

El prevalimiento de autoridad, inherente al delito, es consecuencia del carácter permanente de la relación jerárquica, –al empleo militar jerárquicamente más elevado ha de ser tenido siempre por superior– (Sentencias número 36, de 25 de marzo de 1995, número 50, de 30 de noviembre de 1992; número 22, de 11 de junio de 1993; número 89, de

---

<sup>149 bis</sup>. Código Penal Art. 420: “Imbécil, impotente, ciego, pérdida de ojo o miembro principal, inutilidad para trabajo habitual, deformidades en miembro principal, etc...”

20 de septiembre de 1995; número 66, de 24 de octubre de 1996 y Sentencia de 15 de marzo de 1999, entre otras), y no puede alterarse por una gratuita y voluntaria degradación de nadie (Sentencia número 23, de 23 de marzo de 1994).

El autor material no superior jerárquico, puede serlo como cooperador necesario (T.S., Sala Quinta; Sentencia de 29 de diciembre de 1999), o inductor.

En consecuencia, el Cabo es siempre superior del soldado o marinero (Sentencia n.º 95, de 3 de octubre de 1995; n.º 11, de 13 de febrero de 1996; entre otras)

Las “peleas” entre miembros de distinta graduación integrarán respectivamente: un delito de abuso de autoridad y de insulto a superior (Sentencias n.º 15, de 14 de marzo de 1996; Sentencia, n.º 71, de 5 de noviembre de 1997 n.º 77, de 20 de noviembre de 1997; n.º 3, de 19 de enero de 1998; y n.º 51, de 13 de julio de 1998).

Siempre tiene carácter delictivo el maltrato a inferior (subordinado) con consecuencias lesivas para la salud (desgarro en el tímpano del oído derecho: Sentencia n.º 22, de 11 de junio de 1993; hematomas en ojo y oído: Sentencia n.º 14, de 28 de febrero de 1996; hematomas en pecho y cuello: Sentencia n.º 16, de 20 de marzo de 1996; ligera lesión en el glúteo: Sentencia n.º 47, de 5 de abril de 1995). O sin relevante entidad (un cachete con el reverso de la mano abierta: Sentencia n.º 14, de 19 de mayo de 1993; un puñetazo en el pecho: Sentencia n.º 34, de 29 de abril de 1994; un puñetazo en la cara o un manotazo en la nuca: Sentencia n.º 89, de 20 de septiembre de 1995; diversos golpes: Sentencia n.º 84, de 19 de diciembre de 1996; golpe con la cabeza en la nariz; Sentencia n.º 43, de 3 de junio de 1997; ligeros golpes con un CETME en el pecho: Sentencia n.º 27, de 23 de abril de 1998; incluso el mero hecho de dos golpes en la nuca (colleja); Sentencia n.º 39, de 4 de junio de 1998

Condenan a quien “... aún sin producir lesión, atento contra su dignidad, dado que tales golpes y zarandeos hicieron perder al soldado su estabilidad dentro de la formación, desplazándolo como un pelele” (Sentencia n.º 30, de 9 de mayo de 1996), así como a quien por corregir una posición inadecuada del inferior, por muy indisciplinado que fuese, no da patente para emplear vías de hecho en la consecución de un mejor comportamiento militar” (Sentencia n.º 10, de 11 de febrero de 1997).

La Sala Quinta también ha tenido ocasión de refrendar absoluciones por maltrato de obra a inferior (subordinado): el simple hecho de dar con el D.N.I. en la cara, reprochándole el estado de conservación del docu-

mento (Sentencia n.º 46, de 21 de junio de 1997); al no oír el soldado, por tener el casco puesto, le tira una piedra y al girarse aquél le da en la nariz (Sentencia n.º 79, de 28 de noviembre de 1997); el arrebatar el CETME con un golpe en el casco a quien, en tiro real, se gira y apunta a compañeros (Sentencia n.º 77, de 20 de noviembre de 1998).

La inexistencia de un tipo que definiera la “falta penal” de abuso de autoridad, y la práctica imposibilidad de relegar este hecho al ámbito disciplinario, hace que en ocasiones el sentido común, y la recta conciencia de hacer justicia, obligue a forzar la interpretación no delictiva.

## 8. EL “TRATO DEGRADANTE O INHUMANO” (C.P.M. artículo 106).

El tipo penal a considerar literalmente dice:

*C.P.M.: Artículo 106. “El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión.”*

RODRÍGUEZ VILLASANTE estudia exhaustivamente el precitado tipo penal, a quien nos remitimos con carácter general, respecto a antecedentes, derecho comparado, y minuciosamente estudio del precepto <sup>150</sup>.

Las Reales Ordenanzas <sup>151</sup>, tras proclamar el principio de Justicia imperante en los Ejércitos <sup>152</sup>, subrayan el comedimiento en actitudes y palabras al reprender <sup>153</sup>, imponer el cuidar de los subordinados <sup>154</sup>, y especialmente proclamar el superior valor de dignidad y de los derechos inviolables de la persona, prohibiendo cualquier limitación o vejación <sup>155</sup>.

Nuestra Constitución literalmente prohíbe los “tratos inhumanos o degradantes” <sup>156</sup>, palabras que coinciden con el presente tipo penal, consecuentemente <sup>157</sup>.

RODRÍGUEZ VILLASANTE califica de “novedad” a este tipo penal <sup>158</sup>, si bien en los antecedentes históricos del derecho penal militar

---

<sup>150</sup> In extenso; R. Villasante; obra citada; pág. 1401 a 1415.

<sup>151</sup> RR.OO. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

<sup>152</sup> RR.OO. Art. 14.

<sup>153</sup> RR.OO. art 65.

<sup>154</sup> RR.OO. art. 73.

<sup>155</sup> RR.OO. art. 171.

<sup>156</sup> Artículos 10 y 15 de la C.E.; y en congruencia: Artículo 5 de la Declaración de los Derechos Humanos, artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1.950.

<sup>157</sup> Véase, in extenso: R. Villasante, que cita a Serrano Alberca, Alzaga, R. Mourullo etc..., obra citada; pág. 1407.

<sup>158</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1406.



–no en la denominación pero sí en el contenido– se protegían estos bienes jurídicos <sup>159</sup>. La novedad reside en la terminología, idéntica a la de nuestra Constitución, Declaración de Derechos de Hombre, Convenio de Protección de los Derechos Humanos, etc. ... <sup>160</sup>.

Puede cuestionarse si el artículo 106 constituye un “tipo cualificado” del género abuso de autoridad, como propugna RODRÍGUEZ VILASANTE <sup>161</sup>, o bien si, como entiendo, se trata de un “tipo especificado”.

A mi entender, el presente tipo penal es residual, no sólo por donde está ubicado –al final del capítulo– sino fundamentalmente porque la integridad física viene siendo considerada como valor jurídico preferente sobre el de la integridad psíquica, aunque la penalidad sea idéntica <sup>162</sup>.

Así, el maltrato del superior al subordinado, que no se traduzca en vías de hecho físicamente padecidas o recibidas por el inferior, integrará este delito, si suponen un trato degradante o inhumano, es decir, un acto vejatorio, cruel, despiadado y denigrante, sin violencia física grave; una cierta violencia física no excluye este tipo, cuando lo preferente en la acción es lo denigrante para el ofendido mas que la lesión física.

a) *El sujeto activo.* El superior, con consciencia de serlo, y de propiciar el trato tipicado, al subordinado <sup>163</sup>.

b) *Sujeto pasivo.* El subordinado –que no el, inferior- es la víctima y perjudicado del delito, y lo es en un doble aspecto: preferentemente como subordinado (relación jerárquica) lesionado por el acto típico contrario a los principio y valores de la disciplina castrense; y, al propio tiempo, como ser humano <sup>164</sup>.

c) *El bien jurídico protegido.* Como en todas las modalidades del delito de abuso de autoridad, el bien jurídico protegido es la disciplina, aunque como delito pluriofensivo destaque la dignidad del ser humano <sup>165</sup>.

No se trata de considerar la disciplina como un valor superior a la dignidad de la persona, sino que aquella comprende y abarca el respeto a ésta.

El ataque genérico a la disciplina se especifica aquí en el ataque a la dignidad personal. En razón a este segundo bien jurídico protegido, la con-

---

<sup>159</sup> Querol, D’Ocon, etc... citados por R. Villasante, obra citada; pág. 1406.

<sup>160</sup> Véase, in extenso, R. Villasante; obra citada; pág. 1406-1407.

<sup>161</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1408.

<sup>162</sup> Art. 104 y 106: mínimo 3 meses y 1 día a 5 años de prisión.

<sup>163</sup> In extenso: Véase, comentarios referentes a las notas 113 y ss. del presente trabajo.

<sup>164</sup> Idem., Véanse, comentarios relativos a las notas 119 y ss. en este escrito.

<sup>165</sup> Véase, in extenso, R. Villasante; obra citada; págs. 1408-1409.

notación ofensiva ultrajante hará prevalecer, por específico, este tipo penal sobre el más genérico de maltrato de obra, salvo que el resultado de la agresión obligue a aplicar el artículo 104.

d) *Acción típicamente antijurídica*. La redacción del artículo 106 es amplia <sup>166</sup> y en realidad comprende dos tipos paralelos: trato degradante y trato inhumano.

La acción resulta del verbo tratar, entendido como actuar respecto a otro o relacionarse; comprende cualquier actuación del superior dirigida al subordinado.

Como acertadamente razona RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>167</sup> el trato no es necesariamente una conducta, sino que puede ser una sola acción suficientemente grave; se trata de un tipo penal simple, de un delito instantáneo, y que puede –como generalmente acaece– convertirse en delito continuado <sup>168</sup>.

Lo degradante –elemento cualificador del tipo– implica un “desvalor del acto”– en palabra de RODRÍGUEZ MOURILLO <sup>169</sup> que el superior realiza en ofensa, o demérito, al subordinado.

Lo inhumano parece referirse a cualquier actuación del superior que, atentando contra la dignidad del ser humano –de la persona, o del ciudadano–, resulte ofensivo a éste –el inferior o subordinado–.

No se nos alcanza, con nitidez, la diferencia entre “lo degradante” y “lo inhumano”.

El tipo penal podría haber suprimido uno de estos dos conceptos, y limitarlos a cualquier de ellos, por lo omnicomprendivo de ambos.

Por imperativos del pragmatismo prescindimos de elucubrar sobre la diferencia de degradante e inhumano, significando que lo denigrante tiene connotaciones despectivas, humillantes, viles; y lo inhumano, quizás, sea comprensivo de todo ataque a la dignidad de la persona que no conlleve una connotación vejatoria evidente y grave.

Tal vez lo inhumano es el género y lo degradante la especie.

En todo caso, la doctrina <sup>170</sup> y la jurisprudencia internacional <sup>171</sup>, no distingue, sino que trata indistintamente ambos conceptos.

---

<sup>166</sup> Véase, in extenso, R. Villasante; obra citada; pág. 1409-1412.

<sup>167</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1410.

<sup>168</sup> Véase R. Villasante; obra citada; pág. 1412.

<sup>169</sup> R. Mourullo; citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1410.

<sup>170</sup> Véase in extenso, la citada por R. Villasante; obra citada; pág. 1410.

<sup>171</sup> Véase R. Villasante, obra citada; pág. 1410-1411. Casos “Marcks”, “Cambell y Cosans”, etc. ...

Los tratos denigrantes implican vileza, humillación, y lo inhumano se refiere tal vez más específicamente a la crueldad y ensañamiento, y evidentemente comprende la tortura.

e) *El resultado de la acción.* En principio, es el sentirse denigrado o trato de manera inhumana.

Entendemos que es relevante la opinión de la víctima y perjudicado por el delito –el subordinado– pero el tipo penal debe requerir una estimación objetiva del resultado, o daño.

No es determinante que la víctima se sienta humillada sino que, como específica RODRÍGUEZ VILLASANTE, ha de tenerse en cuenta “el sentido ordinario y acostumbrado de los actos que pueden calificarse como degradantes”<sup>172</sup>.

A título enunciativo es denigrante el ordenar el corte del pelo “al cero”, el obligar a desfilarse desnudo, el amenazar con torturas, el insulto grave ante la tropa, el obligar a comer en un orinal, etc. ...; la imaginación no tiene límites y la enfermiza del denigrador menos aún.

La tortura es una forma agravada y deliberada de penas o tratos crueles, inhumanos o degradante<sup>173</sup>.

El resultado, objetivamente considerado, puede producir lesiones graves o muerte, en cuyo caso es indiscutible la aplicación preferente del artículo 104.

Si el resultado en el 106 no llega a lesiones graves entendemos es preferente su aplicación, aún con lesiones leves, ya que es un tipo específico respecto al maltrato de obra, y respecto del abuso de autoridad genérico. En contra, RODRÍGUEZ VILLASANTE considera que “si el trato inhumano o degradante consiste en maltratos de obra, deberá aplicarse el artículo 104 con preferencia al artículo 106, pues ambos tienen la misma pena”<sup>174</sup>.

El resultado, no lesivo físicamente, y de leve daño psíquico o moral puede integrar falta disciplinaria. La especial connotación denigrante o inhumana de la acción hace difícil el ver su tipificación como falta grave<sup>175</sup>, pero si puede excepcionalmente encajar, en la tipicidad leve disciplinaria, las “ofensas con hechos o palabras indecorosas o indignas”<sup>176</sup>,

---

<sup>172</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1411.

<sup>173</sup> Resolución 3452 de las Naciones Unidas, apartado 1.2, citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1414; nota 474.

<sup>174</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1414.

<sup>175</sup> Véase, comentarios a art. 9 núms. 11 y 14 de la L.D.M. en la Ley Disciplinaria Militar, A. Roldán y Fortún; obra ya citada; págs. 177-181 y 184-187.

<sup>176</sup> L.D.M. art. 8 núm. 15.

que solo por su gravedad intrínseca, o por las circunstancias concurrentes, merecerán la conceptualización de “denigrante trato” y por ende de rango delictivo. Entendemos <sup>177</sup> que las faltas de educación, obscenidades, vejaciones verbales, en general, integran la precitada falta leve.

La prevalencia sexual puede integrar la falta grave disciplinaria de “realizar actos deshonestos con inferiores de igual o distinto sexo” <sup>178</sup>, cuando, aún existiendo un trato degradante, esto no revista especial gravedad, o trascendencia.

f) *Culpabilidad*. El tipo penal del artículo 106 requiere un dolo específico –comportamiento intencional, según RODRÍGUEZ VILLA SANTE <sup>179</sup> –comprensivo no solo de su condición de superior acerca del sujeto pasivo, sino también de lo despectivo, ofensivo a la dignidad del ser humano, de lo despiadado de sus actos. Es un dolo directo, aunque no premeditado <sup>180</sup>.

El consentimiento del ofendido no excluye la consideración delictiva, por ser el bien jurídico protegido la disciplina, si bien en determinadas circunstancias pueda quedar anulada la relación jerárquica.

g) *Punibilidad*. El Código señala la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión, cuyo límite superior rebasa en un año a la prevista para el tipo básico de abuso de autoridad <sup>181</sup>. A efectos de punibilidad, el maltrato degradante e inhumano se equipara al maltrato de obra, sin resultado de lesiones graves <sup>182</sup>.

Se echa de menos un subtipo agravado en razón al resultado como propugna RODRÍGUEZ VILLASANTE argumentando a favor de una elevación de la duración de la pena y de la adición de la pena de pérdida de empleo <sup>183</sup>.

h) *Jurisprudencia*. Para la Sala Quinta, de lo Militar, del T.S. “el delito de trato degradante consiste en un comportamiento, de palabra u obra, que rebaja, humilla y envilece al inferior, despreciando o teniendo en poco el fundamental valor de su dignidad personal” (Sentencia n.º 27, de 12 de abril de 1994); o en otras palabras “cualquier atentado a la dignidad de la persona que lesione su integridad moral de forma lo suficientemente grave

---

<sup>177</sup> Alvarez Roldán y Fortún Esquifino; obra citada; pág. 110.

<sup>178</sup> L.D.M. art. 9, núm 19. Véase: comentarios de R. Villasante; obra citada; pág. 1415 y comentarios de A. Roldán y Fortún, obra citada; pág. 200.

<sup>179</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1412.

<sup>180</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1412.

<sup>181</sup> C.P.M. art. 103: de tres meses y un día a cuatro años.

<sup>182</sup> C.P.M. art. 104, párrafo primero.

<sup>183</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1415.

para que, objetivamente, pueda generarle sentimientos de humillación o vejación (Sentencia n.º 76, de 25 de noviembre de 1998); o bien, reducir a una persona a la condición de objeto, la utilización de la misma para el procaz divertimento de gentes, la anulación de su dignidad de hombre (Sentencia n.º 6, de 23 de marzo de 1993).

No es requisito del tipo delictivo que el trato inhumano o degradante se infiera con ocasión de un acto de servicio... siempre que un superior trata de ese modo un subordinado, abusando o haciendo un mal uso de la autoridad de que está investido (Sentencia n.º 98, de 16 de octubre de 1995).

No requiere el delito un ánimo específico de degradar o humillar (Sentencia número 38, de 14 de septiembre de 1992) pues ciertas conductas son tan humillantes que el ánimo de denigrar está insito en ellas (T.S., Sala 5ª, Sentencia de 30 de octubre de 1990).

Son coautores, los que no siendo superiores jerárquicos, sino de igual empelo militar, participan activamente en el trato inhumano o degradante (Sentencia n.º 6, de 23 de marzo de 1993; n.º 92, de 16 de octubre de 1995; Sentencia de 16 de febrero de 1996, entre otras).

Las mal llamadas “novatadas”, que son *salvajadas*, integran este delito: atar de pies y manos, ponerle en una plataforma, desplazar violentamente hasta el choque contundente, curarle con líquido inflamable y la broma de prender fuego (Sentencia n.º 6, de 23 de marzo de 1993); desnudarle, obligarle a hacer flexiones, golpes, patadas, insultos, besar los pies, etc... (Sentencia n.º 98, de 16 de octubre de 1995).

Lamentablemente, a consecuencia de la incorporación de la mujer a las FAS y Guardia Civil, el vulgarmente denominado “acoso sexual” ha llegado a integrar este delito: peticiones de desnudarse, le masturbara, con amenazas y ofrecimiento de dinero, actividades sexuales en su presencia y en potencia .... (Sentencia n.º 12, de 16 de febrero de 1996); exigencias de prácticas sexuales en acto de servicio reiteradas fuera de dependencia militar, prevaleciéndose de su condición de superior (Sentencia n.º 31, de 29 de abril de 1997); durante el servicio de guardia reiterados requerimientos sexuales, continuados durante una patrulla, intentos de toques sexuales, continuados al día siguiente, abrazos y toques rechazados.... (Sentencia n.º 76, de 25 de noviembre de 1998).

Comete este delito del artículo 106 C.P.M. el superior que, ante la inactividad del subordinado, le agarra, insulta, amenaza, le acorrala y agarra, y presiona un dedo frente a la cara... en presencia de público, e incluso subordinados del agredido (Sentencia n.º 42, de 2 de junio de 1997).

Los “excesos de celo en la instrucción”, normalmente específicamente sancionados en el artículo 104 (maltrato de obra al subordinado), excepcionalmente merecen la calificación de trato inhumano: exigencias de actividad continuada, extra y con grandes sobrepesos, junto con insultos y vejaciones en presencia de sus compañeros y a lo largo de toda la mañana (Sentencia n.º 38, de 14 de septiembre de 1992).

Si la actividad degradante o inhumana no es grave ni reviste especial significación puede ser falta disciplinaria y no delito (Sentencia n.º 27, de 12 de abril de 1994; n.º 2, de 18 de enero de 1995; “a sensu contrario” Sentencia de 20 de diciembre de 1999).

## 9. LA ESPECÍFICA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD (C.P.M. artículo 105 derogado) \*

Con la necesaria remisión al extenso tratamiento del tema que efectúa RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>184</sup>, conviene actualizar reflexivamente esta justificación de conducta, o excusa absolutoria, tradicional en el derecho militar.

Para FRAGOSO y QUEROL era excusa absolutoria <sup>185</sup>, que no era necesario explicitar, como acertadamente puntualizó RODRÍGUEZ DEVESA <sup>186</sup>, al entender que concurriría la exigencia de cumplimiento de un deber, el deber de exigir la disciplina y obediencia a los subordinados, con carácter genérico.

ROJAS CARO <sup>187</sup> entendía que “la energía necesaria” para impedir la desobediencia o restablecer la disciplina se reducía al ejercicio del poder disciplinario, y excepcionalísimamente a las vías de hecho.

RODRÍGUEZ VILLASANTE considera que si bien, en general, basta el ejercicio de los poderes disciplinarios, determinadas circunstancias legitiman el uso de la fuerza física <sup>188</sup>.

Ya, en la doctrina anterior al vigente Código, quedó descartada la legitimidad de los castigos corporales <sup>189</sup>, y excepcionalmente admitida la

---

\* Se incluye por contener argumentos referentes a las exenciones genéricas.

<sup>184</sup> R. Villasante; obra citada; págs. 1386-1401.

<sup>185</sup> Véase autores citados por R. Villasante, obra citada, pág. 1391. En similar sentido: SAENZ SAGASETA DE ILURDOZ, Miguel; Revista General del Derecho núms. 538-539; julio-agosto, 1989; pág. 4733.

<sup>186</sup> R. Devesa; obra citada; voz citada; págs. 399 y ss.

<sup>187</sup> Rojas Caro; obra citada; pág. 3237.

<sup>188</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1393-1394.

<sup>189</sup> Véase; “in extenso”; R. Villasante; obra citada; pág. 1392-1393.

coacción física para restablecer en casos extremos la disciplina <sup>190</sup>, descartando tajantemente el pretendido “ius corrigendi” <sup>191</sup>, o derecho a corregir al inferior con el empleo de la fuerza física.

Sin agotar el tema de la naturaleza jurídica del artículo 105 del Código Penal Militar –causa de justificación o excusa absolutoria– es preciso consignar, someramente, que se dilucida la distinción entre lo lícito de la actuación por vías de hecho, o lo ilícito de tal actuación, pero exenta de responsabilidad criminal.

Aludida la doctrina anterior al vigente C.P.M., seguiremos el tema en relación con la realidad jurídica, y fáctica, actual.

Y, tal vez, lo más actual respecto a este precepto penal sea un sucinto estudio de SAENZ SAGASETA, quien alude a que el artículo 105 debió ser configurado con un carácter de eximente más generalizada, excluyendo su conexión con el abuso de autoridad del superior, configurándolo como una “legítima defensa de extraños” <sup>192</sup> –no el cumplimiento de un deber–, y haciendo hincapié en la “necesidad de salvaguardar unos derechos fundamentales”, reconocidos en la esfera internacional <sup>193</sup>.

La originaria redacción del precepto que examinamos es la siguiente:

*C.P.M. Artículo 105. “En los delitos militares flagrantes de traición, rebelión, sedición, los de insulto a superior, desobediencia, cobardía, quebrantamiento de servicio y contra las leyes y usos de la guerra, el superior que incurriere en el abuso de autoridad previsto en los dos artículos anteriores, quedará exento de responsabilidad si se prueba que tuvo por objeto contener por medio racionalmente necesario y proporcionado la comisión de aquellos”.*

En términos generales, conviene precisar que el respeto y protección del valor supremo de la disciplina, con inmediatez y ejemplaridad, viene imperado en nuestras normas castrenses en innumerables preceptos de obligatorio cumplimiento de nuestras Reales Ordenanzas, que obligan a “remediar” <sup>194</sup> y “evitar” <sup>195</sup> todo ataque a la subordinación y disciplina, y proclamarla “exigencia” del deber militar <sup>196</sup>. Ello no autoriza el maltrato, ni las vías de hecho, sino al contrario a exigir el cumplimiento del deber

---

<sup>190</sup> Véase, “in extenso”, R. Villasante; obra citada; 1392-1393.

<sup>191</sup> In extenso véase R. Villasante; obra citada; pág. 1393-1394.

<sup>192</sup> Saenz Sagaseta, artículo citada Revista citada pág. 4733 y 4734.

<sup>193</sup> Idem nota anterior. Pág. 4735.

<sup>194</sup> RR.OO., art. 47.

<sup>195</sup> RR.OO., art. 90

<sup>196</sup> RR.OO. art. 170, 171 y 90.

del subordinado –en la medida o esfera en que lo es– y con sujeción a las normas establecidas a tal fin.

En nuestra opinión, el acudir al empleo de la fuerza para impedir un acto de indisciplina, en general, no es legítimo –“*extrictu sensu*”– sino legitimado por el fin que persigue, y en tanto que, objetivamente, es necesaria tal “vía de hecho”.

Nada legitima el uso de la fuerza “*in genere*” pero si existe –como precisa el italiano VENDITTI<sup>197</sup>– la facultad del militar a emplearla frente a una revolución o resistencia, que, en nuestra opinión quedaría limitada a supuestos de absoluta excepcionalidad.

En consecuencia, estaríamos no ante una genérica y objetiva causa de justificación, –que proclama la mayoría de la doctrina española<sup>198</sup>, sino ante una exención de culpabilidad, en razón a cada caso concreto y subjetivamente considerado<sup>199</sup>.

Congruente con nuestra idea de que nada legitima el empleo de la fuerza es la de la exclusión de culpabilidad, con carácter excepcionalísimo, al superior que emplea vías de hecho para que un subordinado cumpla con su deber y con los deberes de disciplina y subordinación exigibles legalmente.

Cualquier interpretación de este precepto legal debe dirigirse a la negación de desmanes, excesos, injusticias patentes, o de cualquier “prepotencia” militar. Así, deben examinarse los requisitos para la aplicación de tal “exención de responsabilidad”, conforme literalmente la denomina la Ley<sup>200</sup>, tales requisitos cumulativos son:

a) *Flagrante*. Con remisión al concepto de delito flagrante<sup>201</sup>, pudiera precisarse –como lo hace QUEROL Y DURAN<sup>202</sup>– que ha de tratarse de un delito en vías de comisión, o recién cometido, si bien, en este caso, se trata precisamente de evitar su comisión, y no de sancionarlo supliendo la vía disciplinaria o judicial<sup>203</sup>.

---

<sup>197</sup> Venditti; obra citada por R. Villasante; “Il Diritto penale...” págs. 121 y 216.

<sup>198</sup> Querol, R. Devesa, Rrojas etc.. citados por R. Villasante; obra citada; págs. 1395-1396. Idem Saenz Sagasetta, ya citado en nota 185; pág 4734.

<sup>199</sup> Lo admite excepcionalmente Querol, en su obra, ya citada, de Principios de..., pág. 469.

<sup>200</sup> C.P.M. art. 105 “En los delitos... quedará exento de responsabilidad si...”.

<sup>201</sup> C.P.M. art. 5, en relación con L.E. Crim. 779; “...que se esté cometiendo o se acaba de cometer...”.

<sup>202</sup> Querol; obra citada; Tomo II; pág. 470.

<sup>203</sup> En similar sentido: R. Villasante, obra citada; pág. 1397.



La represión –vía de hecho– del delito ya cometido no está incluida en la excusa absolutoria <sup>204</sup>, sino que debería conectarse a los posibles excesos en la detención del culpable, y con la inmediatez ejemplificadora, laudable siempre, y mas aún en el ámbito castrense, de la restauración de la disciplina, pero no lo bastante para eximir de responsabilidad; la eximente específica incompleta, o la atenuante de preterintencionalidad <sup>205</sup> serían una solución adecuada.

b) *Delitos a evitar*. La específica exención de culpabilidad no se refiere a cualquier delito, sino sólo a los taxativamente enumerados en el artículos 105 del Código Penal Militar, lo que obliga a una sucinta remisión a cada uno de ellos:

- b.1) Traición <sup>206</sup>; el tenor literal del precepto que examinamos nos lleva a considerar incluidos la inducción para declarar la guerra, el tomar las armas contra la Patria, la entrega de plaza, la seducción de tropas y la desertión para pasarse al enemigo, y ciertas formas de favorecimiento al enemigo con sabotajes, actos derrotistas, daños económicos y otras colaboraciones con el enemigo <sup>207</sup>.
- b.2) Rebelión <sup>208</sup>, incluye múltiples modalidades delictivas la “rebelión de los militares” <sup>209</sup> que el Código Penal Militar tipifica en tiempo de guerra <sup>210</sup>. El tenor literal de la eximente –delito militar de rebelión– excluye de su ámbito de aplicación el hecho de impedir un delito de rebelión común <sup>211</sup>.
- b.3) Sedición <sup>212</sup>; igualmente la sedición puede ser militar <sup>213</sup>, o común <sup>214</sup>, refiriéndose sólo a la primera el precepto que exami-

---

<sup>204</sup> En contra Querol y Duran,; Principios...; ya citada; Tomo II; 470.

<sup>205</sup> C.P.M. arts. 5 y 22, y C.P. art. 9 núm. 4.

<sup>206</sup> Véase, “in extenso”, Blecua Fraga, Ramón. Comentarios al Código Penal Militar. Ed. Civitas. Madrid 1988; págs. 619 a 663.

<sup>207</sup> C.P.M. arts. 49 a 51.

<sup>208</sup> Véase “in extenso” Montul Lavilla, Eduardo. Comentarios al Código Penal Militar. Ed. Civitas. Madrid 1988; págs. 879 a 974.

<sup>209</sup> En terminología de Rodríguez Devesa, José M.ª; Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid 1983; pág. 770.

<sup>210</sup> C.P.M. arts. 79 a 84.

<sup>211</sup> C.P. arts. 214 a 217; y 225 a 230.

<sup>212</sup> Véase, “in extenso”, Jiménez Jiménez, Francisco. Comentarios... págs. 1025 a 1068.

<sup>213</sup> C.P.M. arts. 91 a 97.

<sup>214</sup> C.P. arts. 218 a 230.

namos. Este grave ataque colectivo contra la disciplina puede justificar una extensiva aplicación de la eximente aún en supuestos de rudeza en la evitación del delito de sedición militar.

- b.4) Insulto a superior <sup>215</sup>; la estimación de esta eximente debe ser distintamente valorada en los momentos cruciales –frente al enemigo o situación de peligro <sup>216</sup>–, que en circunstancias de normalidad <sup>217</sup>; al igual que los intentos de agresión <sup>218</sup> son más graves que las ofensas de obra <sup>219</sup>. En consecuencia, aparecerá más razonable la exención de responsabilidad del superior cuánto más grave sea el delito, y sus circunstancias, que trata de evitar.
- b.5) Desobediencia <sup>220</sup>; el incumplimiento de órdenes “legítimas relativas al servicio” <sup>221</sup> es grave atentado contra la disciplina, agravado en servicio de armas, y en tiempo de guerra o situación peligrosa. “La relevancia otorgada (por el legislador) a la protección penal del deber de obediencia” <sup>222</sup>.

La entidad de la desobediencia será relevante para eximir la pena; la regla sería la corrección disciplinaria, o la actuación contra el desobediente en vía penal; excepcionalísimamente estaría justificado el maltrato para reinstaurar la disciplina, por imperarlo la ejemplaridad.

- b.6) Cobardía <sup>223</sup>; tal vez el delito más execrable y repudiado en todos los Ejércitos del mundo, y de una gravísima transcendencia para terceros –incluso para la Nación–; de ahí que los tipos penales <sup>224</sup> impongan penas severas, y en consecuencia hagan, más justificable su evitación por las vías de hecho. El derogado Código de Justicia Militar <sup>225</sup> establecía aún la muerte en el acto del cobarde, en combate, por cualquiera.

---

<sup>215</sup> Véase, “in extenso”: García Ballester, Pascual. Comentarios... págs. 1069 a 1244.

<sup>216</sup> C.P.M. art. 98.

<sup>217</sup> C.P.M. art. 99.

<sup>218</sup> C.P.M. art. 100.

<sup>219</sup> C.P.M. art. 101.

<sup>220</sup> Véase “in extenso”: Calderón Susin, Eduardo. Comentarios... págs. 1245 a 1259.

<sup>221</sup> C.P.M. art. 102.

<sup>222</sup> Véase debates parlamentarios y opinión de Calderón Susin; Comentarios..., pág. 1247.

<sup>223</sup> Véase, “in extenso”; García de Santolalla, José Luis. Comentarios... págs. 1417 a 1451.

<sup>224</sup> C.P.M. arts. 107 a 114.

<sup>225</sup> C.J.M. art. 338.

- b.7) Quebrantamiento de servicio <sup>226</sup>; comprende el abandono de servicio, los delitos contra los deberes del centinela y la embriaguez en acto de servicio <sup>227</sup>.

El abandono de servicio y la embriaguez deber reconducirse a la reprensión disciplinaria o penal correspondiente, apareciendo más lógico que el acudir a las vías de hecho, ya que el servicio puede realizarse con otras personas, el abandono del puesto por el centinela <sup>228</sup> reviste una excepcional gravedad –posibilita la entrada del enemigo o actividades terroristas– y es, por ello, más justificable las vías de hecho para evitarlo, bien para eximir o para atenuar.

- b.8) Contra las leyes y usos de la guerra <sup>229</sup> parece justificable el empleo de vías de hecho para evitar maltratos de obra al enemigo rendido, saqueos y crueldades <sup>230</sup>, y no tanto respecto a otras modalidades atentatorias contra bienes materiales o infracciones de normas internacionales en su aspecto formal <sup>231</sup>.

c) *Autor de delito de “abuso de autoridad”*. Nos remitimos a lo precedentemente expuesto, y a la opinión de la doctrina actual <sup>232</sup>. Conviene precisar que, si bien en el artículo 105 C.P.M. la exención de responsabilidad se extiende a todos los supuestos tipificados en los artículos 103 y 104, es lo cierto que el abuso de autoridad en sentido estricto (la obligación de prestaciones ajenas al servicio, o el impedir ejercitar un derecho) difícilmente pueden evitar la comisión de un delito. Tal vez el “irrogar un perjuicio grave al inferior”, aunque parece, por pura lógica que el perjuicio para evitar un delito sería maltrato de obra generalmente; tal vez una detención ilegal o arresto injusto pueda ser el delito del artículo 103 evitador de una rebelión o sedición.

El posible delito cometido, para evitar otro, sería generalmente el de maltrato de obra del artículo 104, con cualquiera de los resultados típicos que se preceptúan.

---

<sup>226</sup> Véase “in extenso”. Granados Castillo, Aquilino. Comentarios... págs. 1653 a 1691. Idem. Claver Valderas, José Manuel. Comentarios... págs. 1693 a 1724.

<sup>227</sup> C.P.M. arts. 144 a 148.

<sup>228</sup> C.P.M. art. 146.

<sup>229</sup> Véase, “in extenso”: Fernández Flores, José Luis. Comentarios... págs. 808 a 845. Fernández Dotu, Pedro José... págs. 847 a 877; Montull Lavilla, Eduardo... págs. 879 a 974.

<sup>230</sup> C.P.M. arts. 69, 70, 73 y 76.

<sup>231</sup> C.P.M. arts. 70, 71, 72, 74, 75, 77 y 78.

<sup>232</sup> R. Villasante; Comentarios; págs. 1261 a 1415.

Excluye el Código Penal Militar, expresamente, de esta exclusión de responsabilidad al superior que, para evitar uno de los delitos graves mencionados, incidiera en el delito del artículo 106. El trato degradante e inhumano implica una vileza de espíritu y una degeneración mental del superior, difícilmente compatible con el único ánimo o intención de evitar un delito. Razonamiento este que abunda en mi opinión de ser exclusión de culpabilidad.

La no autoría puede radicar en “la necesidad de la represión inmediata, de carácter excepcional, para evitar cualquier violación grave del Derecho humanitario bélico”, como acertadamente puntualiza SAENZ SAGASETA <sup>233</sup>.

d) *Prueba*. La prueba de la finalidad o intención de evitar el delito mencionado, aunque no implica una inversión de la carga de la prueba que recae sobre el superior, sí es un elemento excluyente de la responsabilidad que no se presume y ha de constar acreditada en el Sumario, a instancia de las partes, o “ex officio” por el Juez Togado, y sometida al principio de contradicción.

La presunción de inocencia, que se conecta con la existencia del delito de abuso de autoridad-maltrato, no puede entenderse como presunción de la concurrencia de esta eximente específica.

e) *Finalidad*. No es otra que la de evitar los delitos mencionados.

El artículo 105 no exige el resultado feliz, es decir, la eximente existe “aunque la violencia resultara ineficaz y no alcanzase a evitar el delito que se intentaba prevenir”, como puntualiza QUEROL y DURAN <sup>234</sup>.

Nada obsta, conforme a lo ya indicado, para que la eximente pueda ser incompleta o putativa.

La jurisprudencia italiana <sup>235</sup> reconoce la posibilidad de la eximente putativa; incluyendo el “error” del superior en la necesidad de actuar para evitar el delito según RODRÍGUEZ DEVESA <sup>236</sup>. Criterios ambos de aplicación al precepto que examinamos.

f) *Medio racionalmente necesario y proporcionado*. Lo necesario para evitar el delito ha de ser “racionalmente” considerado, lo que alude a

---

<sup>233</sup> Saenz, artículo citado; pág. 4735-4736.

<sup>234</sup> Querol; obra citada, Tomo II, pág. 470.

<sup>235</sup> Véase la citada por R. Villasante; obra citada; pág. 1399.

<sup>236</sup> R. Devesa citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

emplear un medio o acto de maltrato que sea el mínimo necesario a tal fin, teniendo en cuenta la lógica y el sentido común.

Sintetiza RODRÍGUEZ VILLASANTE <sup>237</sup> la cuestión al citar a ROJAS CARO que precisa que “la racionalidad del medio empleado ha de determinarse también, teniendo en cuenta que los bienes jurídicos que trata de defender son de una superlativa importancia”.

Tanto la racionalidad y necesidad del medio, como su proporcionalidad, es cuestión de valoración de los hechos concretos, misión del Tribunal Militar <sup>238</sup>.

La adición del término “proporcionado” en el artículo 105 del C.P.M. –inexistente en el artículo 434 del C.J.M.– equivale para ROJAS CARO a “proporcional, adecuado o idóneo” <sup>239</sup>, si bien considero que es lo contrario del exceso en la evitación del delito.

El “exceso” en el empleo del medio para evitar el delito, precisamente por no concurrir el requisito “proporcionado” para eximir de responsabilidad, convertirá en eximente incompleta –al concurrir todos los demás requisitos– al artículo 105.

RODRÍGUEZ VILLASANTE entiende que “cuando concurra el exceso no podrá aplicarse el artículo 105” <sup>240</sup>, pero “si la eximente incompleta del artículo 21 1.º del Código Penal en relación con la causa de exención número 7 (cumplimiento de un deber) del artículo 20 del mismo cuerpo legal”.

Sin perjuicio de que en todo caso sería válida la precitada tesis, y de justicia aplicar la consiguiente atenuación, insistimos en que la remisión de los artículos 5 y 22 al Código Penal Común, en esta materia, hace aplicable el artículo 105 del C.P.M. en conexión directa con el artículo 21 n.º 1 del C.P.C. El obstáculo a esta modesta opinión estén el tenor literal del artículo 21, en su número 1.º, en cuanto considera circunstancias atenuantes “las expresadas en el capítulo anterior”, lo que excluiría “ad pedem literis” las eximentes específicas. Ahora bien el referido capítulo no contiene sino eximentes –bien que genéricas– y no resulta ilógico considerar que la Ley –mens legis– pretendió convertir las eximentes, en determinados casos, en atenuante, y que no existe razón alguna para discriminar, en contra del reo, las genéricas y las específicas.

---

<sup>237</sup> Véase R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

<sup>238</sup> Coincidiendo con R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

<sup>239</sup> Rojas. Maltrato de obra... ya citado por R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

<sup>240</sup> R. Villasante; obra citada; pág. 1400.

En lugar de “las (circunstancias) expresadas en el capítulo anterior” el C. Penal debió decir “las eximentes de la responsabilidad criminal”, en mayor congruencia literal con la intención del legislador y la finalidad de la ley <sup>241</sup>.

g) *Jurisprudencia.* La derogación del artículo 105, por L.O. núm. 13/1991, de 20 de noviembre, hace aplicable las eximentes de cumplimiento de un deber (art. 8.11. C.P.) o de actuar en estado de necesidad (art. 8.7 C.P.) (Sentencia Sala Quinta, de lo Militar, del T.S. número 9, de 9 de marzo de 1992). Hoy (C.P. 1995) 20.7 ó 20.5, respectivamente.

Ante actos de indisciplina individuales, insultos e incontinencias verbales, no se legitima el uso de la fuerza (Sentencia núm. 9 de 9 de marzo de 1992). El medio empleado para remediar una situación de desobediencia ha de ser racionalmente necesario y proporcionado (Sentencia n.º 29, de 6 de junio de 1992).

---

<sup>241</sup> C. Civil art. 3.º.1 “Las normas se interpretarán... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.