

LAS EXTRALIMITACIONES EN EL EJERCICIO DEL MANDO, DELITO MILITAR

Luis B. Alvarez Roldán.
General Auditor (R.).

El tema del epígrafe ha sido tratado en profundidad por DEL OLMO PASTOR (1), que hoy es la doctrina extendida, publicada, y no controvertida, sobre el delito que consideramos del nuevo Código Penal Militar (2), de ahí que sean tan reiteradas, como obligatorias, las remisiones a tan cualificada obra monográfica.

Tras subrayar el mérito de todo trabajo doctrinal, sin experiencia de la aplicación de una norma jurídica (la jurisprudencia es posterior y escasa) resumiremos, en lo preciso para este trabajo, lo que entendemos es la única aportación técnico jurídica —la del Tcol. DEL OLMO (3)— a la legislación vigente, y más aún en lo referente al análisis del artículo 138 del Código Penal Militar, que importa relacionar con la rúbrica genérica del «abuso de autoridad».

El tratamiento jurídico penal de los denominados delitos de «extralimitaciones en el ejercicio del mando» (4), en general, se encuentran influenciados en su configuración por la legislación y doctrina italianos

(1) Jesús del Olmo Pastor. Comentarios al Código Penal Militar. Bleuca Fraga y Rodríguez-Villasante (coord.).- Editorial Civitas S.A.. Madrid 1988; páginas 1607 a 1671.

(2) El C.P.M. se publicó el 11 de Diciembre de 1.985 y entró en vigor el 1 de Junio de 1.986.

(3) véase Del Olmo, obra citada, págs. 1637 a 1640.

(4) C.P.M. Libro II. Título VI. Sección 2.^a «Extralimitación en el ejercicio del mando». Artículos 138 a 142.

(5), como constata DEL OLMO PASTOR, quien, al propio tiempo, subraya que las RR.OO. contienen una doble acepción del concepto de mando militar: acción de mandar y persona que ejerce el mando (6).

El ejercicio del mando militar, conforme venimos sosteniendo, no es arbitrario, sino reglado o discrecional, pero siempre —como puntualiza DEL OLMO (7)— «un instrumento exigido por la jerarquización y disciplina de la Institución militar, a quien se atribuyen misiones que requieren de esta ordenación del actuar unificado de sus miembros».

Son lo que QUEROL y DURAN denomina excesos en el mando (8). En efecto, todo mando, toda atribución, tiene unos límites que no pueden rebasarse; el mando militar nunca se otorga «a título personal» ni para otros fines que el servicio. Así, «la tendencia al abuso es inherente a la frágil naturaleza humana» —constata QUEROL (9)— pero debe en aras de la disciplina y del servicio ser impedida, y, en su defecto, sancionada.

El Código Penal Militar, en la Sección 2.^a del Capítulo IV, recoge los siguientes tipos penales: la extralimitación, genérica, en el ejercicio del mando (10); los excesos en vías de hecho contra terceros (11); el empleo de fuerza militar para formas o fines no oficiales (12), o privados (13). Asimismo, se configura la modalidad delictiva de someter a riesgos innecesarios al buque, aeronave o unidad militar (14).

Examinemos en detalle cada tipo penal:

A) Art. 138.—«El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.»

a) *Sujeto activo.*—El sujeto activo es el militar que ejerce mando, siendo «el legítimo titular de las facultades inherentes al mando», y «al no ser el titular legítimo de tales facultades» al prevalerse del empleo o destino, en palabras de DEL OLMO (15).

(5) Del Olmo; obra citada; pág. 1610.

(6) Del Olmo; obra citada; págs. 1610-1611.

(7) Del Olmo; obra citada; pág. 1638.

(8) Querol; Principios; II, pág. 455 y ss.

(9) Querol; obra citada; pág. 457.

(10) C.P.M. Art.º 138.

(11) C.P.M. Art.º 139.

(12) C.P.M. Art.º 140.

(13) C.P.M. Art.º 141.

(14) C.P.M. Art.º 142.

(15) Del Olmo; obra citada; pág. 1639-1640.

En realidad, siempre es un superior el sujeto activo, si bien tal vez existan dos sujetos activos al igual que el texto del artículo 138 tipifica dos delitos: el ejercicio arbitrario del mando y el prevalimiento del empleo o destino. Así es sujeto activo el superior que ejerce mando, y comete el delito al excederse arbitrariamente en sus facultades, y el superior que se prevale de su empleo o destino en su ilícito actuar.

b) *Sujeto pasivo*.—Será sujeto pasivo «el subordinado jerárquicamente» (16).

El resultado de la acción —como examinaremos posteriormente— puede no recaer sobre una persona, así, entendemos que el sujeto pasivo puede ser un subordinado. Como reconoce DEL OLMO «en supuestos extraordinarios cabrá la coincidencia de sujetos ajenos» (17), es decir de personas no militares. Nada impide que, también excepcionalmente, sea un militar no subordinado.

En razón al resultado del exceso o prevalimiento es previsible la ausencia de sujeto pasivo.

c) *Bien jurídico protegido*.—Este precepto se encuentra incluido en el capítulo IV titulado «delitos contra los deberes del mando» del Título VI referente a los «delitos contra los deberes del servicio». De ahí que el bien jurídico protegido sea el servicio, en general, y el correcto ejercicio del mando, en particular. Para DEL OLMO se protege «la eficacia de la organización militar» (18).

El bien jurídico protegido diferenciará, en ocasiones, este delito del de abuso de autoridad del artículo 103 del Código Penal Militar.

d) *Acción típicamente antijurídica*.—Discrepo de la tesis de «un único tipo básico con una doble fórmula», que propugna DEL OLMO (19), al considerar el prevalimiento como subsidiario del exceso arbitrario.

En mi opinión, el artículo 138 define dos tipos penales independientes y diferenciados. En una ocasión se trata del ejercicio del mando, en la otra de prevalerse del empleo ó destino y consecuentemente sin actuar en el ejercicio del mando. El primer supuesto exige la concreción, y el segundo es genérico. La extralimitación implica un ejercicio legítimo del sujeto activo en origen, y el exceso es lo que conlleva el reproche general; el prevalimiento es en todo momento ilegítimo.

(16) Véase Del Olmo.; obra citada; pág. 1640.

(17) Véase del Olmo; obra citada; pág. 1640.

(18) Del Olmo; obra citada; pág. 1640.

(19) Del Olmo, obra citada; pág. 1638.

— *Exceso arbitrario en el ejercicio del mando.*—Excederse es ir más allá de lo lícito o razonable, y arbitrariamente —como precisa DEL OLMO— «supone un comportamiento ajeno a las reglas» (20). Efectivamente, este tipo penal exige que el exceso se realice arbitrariamente, esto es, que el superior ejerza unas facultades inherentes a su mando, y por tanto plenamente lícitas, surgiendo el reproche penal al extralimitarse en el ejercicio de sus facultades, al ordenar más de lo que tales facultades contienen o se derivan lógicamente de ellas. Copulativamente, el exceso ha de carecer de una mínima lógica o razón, o ir en frontal ataque a las normas o instrucciones que regulan el ejercicio del mando concreto.

QUEROL y DURAN puntualiza que el autor «emplea las facultades del mando en un ámbito que no son valederas» o «que en rigor no se deducen de sus atribuciones» (21).

— *Prevalimiento del empleo o destino.*—Es el abuso del superior, no basado en su ejercicio del mando, sino pura y simplemente apoyado en la superioridad jerárquica, o la que pudiera ejercerse, directa o indirectamente, del destino que se desempeña, válido para ... destinos, cursos, permisos, turnos de servicios... etc...

Excepcionalmente este delito puede cometerlo quien no sea superior en empleo, ni en mando, sino por prevalerse del destino. Tal abuso del destino es fácilmente concebible, desde el cabo Furriel que organiza los «servicios» a prestar por todos los miembros de la Compañía: cabos y suboficiales, además de soldados; o el Sargento que realiza iguales funciones respecto a oficiales en el Regimiento; y ... todo ello, aunque la firma de la orden del servicio sea de un superior. Otros supuestos, en casos de diversos empleos pero ... distintos Cuerpos y Armas son obviamente imaginables: enfermero soldado y Cabo Primero enfermo; diversos especialistas y no especialistas, etc...

e) *Resultado de la acción.*—El tipo penal exige que del actuar doloso del «prevalente» se produzca un abuso grave, si bien distinto, o más genérico, que el considerado específicamente en los artículos precedentes (22).

La indeterminación del elemento normativo típico aludido —abuso grave— es resaltada por DEL OLMO PASTOR (23), quien apunta como criterio «el perjuicio al servicio o al buen régimen de los Ejércitos». El perjuicio, material o moral, parece referirse aquí al perjuicio o daño, fisi-

(20) Del Olmo; obra citada; pág. 1639.

(21) Querol. Principios citados; II; pág. 462 y 463.

(22) Del C.P.M. Título VI. Capítulo IV. Art.º 130 y ss.

(23) Del Olmo; obra citada; pág. 1639.

co, a elementos del Ejército, o a la efectividad del servicio concreto que se presta, y, por qué no al servicio en su concepción genérica de efectividad de las funciones de las FAS.

La determinación de la gravedad es cuestión relegada a la valoración del mando militar, o de los Jueces Togados y, en último término de los Tribunales Militares, como ya apuntó en su día, con acierto, QUEROL y DURAN (24).

El resultado, evaluado en último término por el Tribunal Militar Territorial competente, delimitará el concepto de abuso grave, que, en mi opinión, podrá integrar falta grave disciplinaria si no existe tal gravedad respecto al servicio o al subordinado (25). Los supuestos de mínima intensidad y trascendencia tendrían su encaje en faltas leves disciplinarias (26).

En definitiva, el examen de cada actuación y consecuencias de la misma —acto y resultado— serán determinantes de la existencia del delito que examinamos y las faltas disciplinarias correlativas. Ante la imposibilidad de una regla general abstracta será determinante, en cada caso, la evaluación de los preceptos ordenancistas (27).

f) *Culpabilidad*.—La tipificación del presente delito lo configura como doloso, sin especialidad alguna. La excusa absolutoria, que DEL OLMO PASTOR considera debió existir —como la del artículo 105 (ya derogado)— no existe, y no debe existir. En los excepcionales supuestos, en que quepa duda acerca del dolo, regirán los preceptos generales de la esfera penal, sin especialidades militares (28), por otra parte difícilmente justificables.

g) *Punibilidad*.—Como en los demás tipos penales conexos con el concepto de abuso de autoridad, o «excesos del mando o del militar», parece amplio el arbitrio judicial: pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

h) *Jurisprudencia*.—Es incuestionable que, para el mejor conocimiento del Derecho, es preciso no solo el conocimiento de la Ley y de los comentarios de la Doctrina especializada, sino también y preferentemente la jurisprudencia.

La jurisprudencia ha de entenderse no como el criterio de solución de un caso concreto y determinado, sino en cuanto sienta un criterio genera-

(24) Querol; obra citada; pág. 264.

(25) L.D.M. Art.º 8 n.º 13; según los supuestos fácticos concretos, podrían tener una tipificación disciplinaria más específica.

(26) L.D.M. Art.º 7; tal vez del n.º 16 o del n.º 34; no se descarta otra tipificación más específica, según los hechos concretos.

(27) Reiteramos que tanto el C.P.M., como la L.D.M., tienen como fin la defensa de los valores y preceptos de las RROO, y la reprensión de los actos contrarios a las Ordenanzas generales, o particulares de cada Ejército.

(28) C.P.M. Art.º 5, 21 y 22. C.P. Arts. 8 y 9.

lizado, «por lo que importa mucho tener un conocimiento, preciso y matizado, de los conjuntos o bloques jurisprudenciales» (29).

Como también precisa HERNANDEZ GIL: «La jurisprudencia merece ser adecuadamente tratada y difundida, por que si no fuente autónoma del derecho, es fuente complementaria y con tal carácter integra el ordenamiento jurídico. Además constituye un puente tendido entre la teoría y la práctica del derecho» (30).

De ahí que seguidamente se transcriban parcialmente, y se comenten, las Sentencias de la Sala Quinta de lo Militar, dictadas en relación con los artículos del Código Penal Militar examinados en este trabajo.

Con carácter general, deben subrayarse las próximas interrelaciones entre «abuso de autoridad» (31) y «extralimitaciones»; prueba de ello es el Auto de 7 de octubre de 1988 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Así, el primer pronunciamiento de la Sala de lo Militar, relacionada con el actual artículo 103 del Código Penal Militar, es el contenido en el Auto 7 de octubre de 1988 (32).

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo sienta el criterio de que «no es no es arbitraria la decisión de hacer resignar el mando a un Coronel, sino motivada por la desaparición de la necesaria relación de confianza que, en bien del servicio, debe existir entre el Jefe de una gran Unidad y se Jefe de Estado Mayor» (33).

h1) Como indicábamos precedentemente, el Auto n.º 5 de 7 de octubre de 1988, resolvió una denuncia sobre un exceso de atribuciones de un superior (General) sobre un subordinado (Coronel), consistente —según la denuncia— en encomendar las tareas, misiones, propias del denunciante a subordinados de éste (34). La Sala de lo Militar, Quinta, del Tribunal Supremo —acertadamente— tras considerar legítimo el haber hecho resig-

(29) Hernández Gil, Antonio. Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en la obra: Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Quinta de lo Militar 1998. Consejo General del Poder Judicial. B.O.E. 1989; pág. 7.

(30) Idem nota anterior pág. 9.

(31) Véase en sentido, «in extenso»: «El abuso de autoridad, delito militar» de Luis B. Alvarez Roldán, en REDEM núm. 77, enero-junio 2001. In Memoriam «Querol Lombardero» M.º de Defensa, págs.193-230.

(32) Véase su texto íntegro en la Revista Española de Derecho Militar (REDEM, núm. 53). II. Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa. Págs. 224-236.

Idem: Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Quinta de lo Militar. Consejo General del Poder Judicial. (año 1998). B. O. E. Madrid 1989, págs. 52-66.

(33) J. T. S. citado precedentemente, pág. 53.

(34) REDM n.º 53, tomo II, ya citado; pág. 230.

Idem. En J. T. S. Ya citado; pág. 59.

nar el mando y suspender de sus funciones al denunciante (35), consecuentemente el superior denunciado debió —posteriormente— encomendar aquellas funciones, por imperativo legal, a otros funcionarios (36) que fueron tres Tenientes Coroneles, quienes menos aún pudieron incidir en delito de usurpación de funciones (37).

El artículo 138 contempla, según el tenor literal del precitado Auto (38), dos modalidades: el «exceso arbitrario» y el «uso indebido»; o bien, se desorbitan las funciones del mando y las llevan hasta donde puedan legítimamente llegar; o bien se emplea un poder o atribución legítima, pero omitiendo las normas, formalidades o ética, en el ejercicio de tal poder. Ambas modalidades, en el exacto y exhaustivo examen de las Reales Ordenanzas, como hace el Auto que comentamos (39), lo que puede acreditar si hubo o no, en cualquier supuesto presuntamente delictivo, si la corrección en el ejercicio del mando fue correcta, y si pudo cometerse un exceso o arbitrariedad, lo que al propio tiempo descartaría el posible delito genérico de abuso de autoridad.

h2) El Tribunal Militar Territorial Cuarto, en Causa n.º 41/1/1998, dictó Auto —sin previo trámite al Fiscal jurídico Militar, por no exigirlo el entonces en vigor artículo 712 del Código de Justicia Militar— acordando el sobreseimiento definitivo, tras razonar que, «de un análisis pormenorizado de los hechos objeto de la presente no integra la figura delictiva prevista en el artículo 138 del Código Penal Militar, al carecer la indicada conducta de la gravedad exigida por el aludido tipo penal» (40).

Los hechos, en síntesis, eran (41), la exigencia de un P.M., en servicio de vigilancia, a un Soldado, en traje de faena e indocumentado, la entrega de mil pesetas por no «dar parte» de él.

El Fiscal jurídico Militar del T.M.T. Cuarto preparó, en tiempo y forma, recurso de casación por infracción de Ley, y de nulidad, del Auto de sobreseimiento aludido invocando la «ausencia de antecedentes de hecho» —equivalentes a los Hechos Probados de una Sentencia— y el quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento, al no haber

(35) Véase en este capítulo la letra A precedente.

(36) REDM; citada, págs. 235-236.

Idem J. T. S. Citada, 65.

(37) REDM; citada, págs. 235-236.

Idem J. T. S. Citada, 65.

(38) REDEM, n.º 53, pág. 233.

(39) REDEM; nota anterior; pág. 234.

(40) J. T. S. Citada, pág.241.

(41) No se consignan en el Auto de la Sala de lo Militar, Quinta, del T. S. Fuente: Fiscalía del T. M. T. Cuarto.

sido oído el Ministerio Fiscal, con «evidente indefensión» de esta Institución (42).

La Sala de lo Militar, con escrupulosa observancia —tal vez rigurosa— de las formalidades penales inadmite el recurso de casación y de nulidad, pero... «ex officio» y, acorde con otra decisión anterior de la Sala, decreta la nulidad del Auto recurrido «por total inobservancia de las normas procedimentales y sin previa audiencia de las partes» (43).

En mi opinión, la decisión de la Sala Quinta de lo Militar permitirá que prospere la tesis acusatoria, ya que lo grave no es la cuantía (1.000 ptas.) sino la gravedad de la ilegítima pretensión del Policía Militar atentatoria contra su función, contra la eficacia, respeto, y prestigio de los Ejércitos.

Entenderemos que al estar ejerciéndose concretamente el mando en «servicio de vigilancia» hizo que la acción penal se ejerciera por el artículo 138 de «extralimitación», en lugar del «abuso de autoridad» que en su defecto sería aplicable, y tal vez para evitar la degradación disciplinaria de hechos de excepcional gravedad en el concreto ejercicio del mando.

h3) El Consejo de Guerra Ordinario, designado para ver y fallar la Causa 59/IV/1987, el día 6 de junio de 1989, dictó Sentencia condenando por delito de extralimitación en el ejercicio del mando, en concurso formal con un delito de imprudencia y resultado de lesiones, a un Capitán (44), porque «variando las normas generales citadas y para conseguir, según su criterio, un mejor adiestramiento en el sentido que habría que suprimir los descansos ... ordenando que tal día la carrera había de hacerse con armamento ... los reclutas no podían abandonar la formación, sin permiso, para beber ... intensa actividad física ... a la carrera ... sin descansos ordenados ... carrera continuada de 6 km. Con Cetme, y cuando la temperatura en la zona alcanzaba aproximadamente 35 grados...el recluta S.A...» golpe de calor «con secuelas...deterioro psíquico y ... grave dificultad para el trabajo intelectual ... a consecuencia del aludido golpe de calor» (45).

La Sala de lo Militar —con independencia de aspectos formales, de técnica jurídico-formal— (valoración del principio de presunción de inocencia, concreciones sobre el principio de la «reformatio in peius» y otros (46)) sienta el siguiente interesantísimo criterio: «El delito militar de

(42) Nota n.º 40. Pág. 241.

(43) Idem, pág. 240; anotaciones de Bermudez de la Fuente.

(44) J. T. S. 1989, pág. 337.

(45) Véase, «in extenso», por la trascendental importancia de esta Sentencia. J. T. S. Citada, año 1989, págs. 338-339.

(46) Idem, J. T. S. 1989; págs. 336-348. El examen detenido de la Sentencia es recomendable, especial e ineludible, respecto al artículo 138 del CPM.

extralimitación en el ejercicio del mando es infracción dolosa, de simple actividad, con independencia del resultado producido» (47).

La Sala de lo Militar precisa —recogiendo argumentos del Tribunal «a quo»— que el delito de «simple actividad» del artículo 138 del Código Penal Militar puede concurrir con otro «de resultado» (más o menos grave, según el grado de malicia y el perjuicio causado (48)) y, me permito añadir que con las connotaciones, previas y elementales, de la imputación dolosa o culposa respecto al resultado, etc...

El Tribunal «a quo» condenó por «extralimitación» e «imprudencia simple con infracción de reglamentos», considerando un concurso ideal formal. El Tribunal Supremo (sin alterar la penalidad por mor del principio que prohíbe la «reformatio in peius») consideró que existieron ambos delitos en concurso real (49).

h4) El subteniente L.M, en su condición de Jefe de Línea, y «con motivo de una vigilancia de servicio girada por mi Autoridad al Puesto de...», obtiene de una Autoridad Municipal de la localidad un escrito que falta a la verdad sobre hechos y conducta del Cabo Primero, Jefe de Puesto, que aquel emplea oficialmente en descrédito de éste, acreditándose la falsedad del informe municipal por arrepentimiento del firmante del mismo, y constando el empeoramiento de la relación del Jefe de Puesto con el Municipio (50).

El Tribunal Militar Territorial Segundo condenó al subteniente L. M. como autor responsable de un delito consumado de extralimitación en el ejercicio del mando, en su modalidad de «cometer abuso grave con prevalimiento del empleo y destino» previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal Militar (51).

El recurso de casación es íntegramente desestimado y se confirma la sentencia condenatoria por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, subrayando que la condición de militar en el ejercicio del mando es clara, ya que «el acusado mantuvo sus conversaciones con los civiles ejerciendo las funciones propias de la Jefatura de Línea, da cuenta de la conducta del Cabo a su superior el Capitán de la Tercera Compañía ...y el mismo reconoce que

(47) Bermudez de la Fuente sintetiza así la esencia del criterio de la Sala; en J. T. S., citada 1989, pág. 336.

(48) J. T. S. Citada; 1989, pág. 344.

(49) J. T. S. Citada; 1989, pág. 345.

Idem Aranzadi R. J 1989/9824, pág. 1.

(50) Véanse los textos íntegros en Sentencia n.º 7, de 9 de febrero de 1998, en REDEM, núm. 73, enero-junio 99, tomo II, pág. 60 a 62.

(51) Idem nota anterior, pág. 59.

el documento que eleva le fue entregado con ocasión de una vigilancia de servicio»; además la gravedad del abuso se produjo, «no solo por la entidad de los hechos cometidos sino del posible y grave perjuicio, este si, que se le producía al Cabo al imputarle falsamente la comisión de conductas susceptibles de infracciones penales o disciplinarias ...» (52).

Conviene subrayar la malévola conducta del condenado Jefe de Línea utilizando no solo su cargo en el abuso sino presionando a una Autoridad Municipal para apoyar falsamente las imputaciones contra la víctima, compañero y subordinado directo.

h.5) El Tribunal Supremo, Sala Quinta, confirma la Sentencia condenatoria del T.M.T. Segundo por delito de extralimitación en el ejercicio del mando «por exceso arbitrario de facultades» del art. 138 del C.P.M., con atenuante de embriaguez no habitual (53).

El Cabo Primero de G.C., Jefe de la Guardia exterior del Centro Penitenciario ..., con mando sobre 7 Guardias Civiles, impidió la entrada al Subdirector de dicho Centro, que vivía en el interior del recinto y ordenó a los Guardias de Puertas, que le conocían por su cargo, le impidieran el acceso al recinto, exigiéndole su documentación militar, y negándose a que le identificasen los Guardias y se llamase al Director del Centro; ordenó la detención de la esposa del Subdirector y de una niña de 11 años, lo que ante la evidente embriaguez del Cabo Primero no se efectuase; se personó e identificó el Director del Centro, reconocido por todos los Guardias persistiendo el reo en su actitud y negándose a obedecer le permitiese su salida y la entrada del Subdirector, incluso sujetando por el brazo al propio Director, afirmando a gritos que «esa noche no entraba ni salía nadie de la prisión».

La situación se prolongo casi una hora, hasta que acude un superior jerárquico del Cabo Primero jefe de la Guardia y le releva y ordena pruebas de alcoholemia (54).

El recurso se basó en la ausencia de un testigo, el principio «in dubio pro reo» y en la pretensión de elevar la atenuante de embriaguez a la condición de atenuante cualificada y no simple, lo que casi evidencia la culpabilidad del propio reo.

Es obvia la concurrencia de los elementos del tipo delictivo; incuestionable el militar en el ejercicio del mando; y patente, el exceso arbitrario de sus facultades, amén de que también hubo abuso grave de su Jefatura.

(52) Idem, REDEM y Sentencia citadas; pág. 64 y 65

(53) Sentencia núm. 55, de 14 de septiembre de 1998, en REDEM, núm. 73, enero-junio 99, tomo II pág. 383 y ss.

(54) Véanse los hechos íntegros en nota anterior, pág.. 384.

B) Art.º 139: «El militar que en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar, u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión».

Se asegura por la doctrina (55) que no existe precedente alguno en la legislación militar patria sobre este tipo del injusto.

El presente tipo penal cubre las exigencias de las Reales Ordenanzas que proscriben todo maltrato de obra (56), y exigen el uso legítimo de la fuerza (57).

En cierta medida, y en algunos hechos concretos, el presente artículo 139 del Código Penal Militar, será una especificación del genérico delito de maltrato de obra a subordinado del artículo 104. Así, cuando el maltrato de obra que se pena hasta con cinco años, sin resultado de lesiones graves (58), se realice con la intención probada de lograr se realice un acto de servicio.

En general, prevalecerá la tipificación más grave, que es la del artículo 104 del Código Penal Militar.

En otros supuestos, el artículo 139 no será sino una inducción a la comisión del delito de maltrato de obra a inferior (59), salvo cuando el perjudicado, y víctima del delito, no sea un subordinado, sino cualquier persona: militar o no.

a) *Sujeto activo.*—Evidentemente es un militar que ejercita funciones propias castrenses.

Para DEL OLMO PASTOR es el «militar con mando y con atribuciones u órdenes para la ejecución de un acto de servicio» (60).

El tenor literal del tipo penal no excluye a ningún militar, en razón a empleo, mando, destino o condición, pero sí requiere que ejerza funciones; ello implica, casi siempre un empleo militar superior; pero el ejercicio de la función —misión, consigna, orden específica— puede significar que la consigna recibida reglamentariamente (vgr. centinela, etc..) convierte en autor de este delito a persona que no sea superior jerárquico.

(55) Del Olmo; obra citada; pág. 1640.

(56) RROO Art.º 171: «...Ningún miembro de los Ejércitos podrá hacer ... ni sufrir ... maltrato de palabra u obra...

(57) RROO Art.º 170: «Todo militar está obligado a observar estrictamente las normas sobre el uso legítimo de la fuerza...

(58) C.P.M. Art.º 104, párrafo primero.

(59) C.P.M. Art.º 104.

(60) Del Olmo; obra citada; pág. 1642.

b) *Sujeto pasivo*.—En principio, el sujeto pasivo es cualquier persona; si, en algún caso, el abuso grave, que implica el resultado del tipo delictivo, recae en persona física concreta, estaríamos en los supuestos —más específicos— de los artículos 103 y 104 del Código Penal Militar.

El sujeto pasivo puede decirse que no existe, salvo que se considere como tal al legítimo ejercicio del mando, ó a la víctima o perjudicado, cualquier persona. El primer supuesto implica confusión entre sujeto pasivo y bien jurídico protegido; el segundo, en cierta medida una remisión a un sujeto pasivo secundario: la persona física que soporta la acción típica.

c) *El bien jurídico protegido*.—Por el tenor literal del artículo 139, y su inclusión en el capítulo correspondiente del Código Penal Militar (61) no puede ser otro que el recto ejercicio del mando y el cumplimiento de los deberes del servicio (62), específica o genéricamente, aunque se considere preferente por DEL OLMO PASTOR «la dignidad y derechos inviolables de las personas y ... la eficacia del servicio» (63).

d) *Acción típicamente antijurídica*.—Existen diversas acciones típicas que agrupamos, según la concreta actuación del autor, en las siguientes:

— Comisión directa: el empleo de violencias innecesarias y el uso ilícito de las armas, que por definición legal realiza el militar por sí mismo, autoría inmediata (64).

— Comisión indirecta: el ordenar ejercer violencias innecesarias o el uso ilícito de las armas, autoría mediata (65).

— Comisión por omisión: el permitir el uso ilícito de las armas; se trata de tolerar realice el acto delictivo; en general, será un subordinado del militar que ejerce mando, quien haga el uso ilícito de las armas; este cometerá el delito —o falta grave o leve disciplinarias— correspondientes, pero el que lo «permita» comete este delito, precisamente porque le compete el deber jurídico de obrar para impedir tal uso ilícito. DEL OLMO PASTOR distingue dos modalidades (66), según que se ejerzan violencias innecesarias o se usen ilícitamente las armas.

Las dos modalidades comisivas activas se conectan con las violencias y el uso de las armas, y la comisión por omisión sólo con tal uso ilícito.

Las violencias innecesarias significan de un lado la exclusión del uso de las armas y de otro el empleo de la «vis física»; el término innecesarias

(61) C.P.M. Capítulo IV. Delitos contra los deberes del mando.

(62) C.P.M. Título VI. Delitos contra los deberes del servicio.

(63) Del Olmo; obra citada; pág. 1642.

(64) Del Olmo, obra citada; pág. 1642.

(65) Del Olmo, obra citada; pág. 1642.

(66) Del Olmo, obra citada, págs. 1641-1642.

implica que el acto de servicio podía ejecutarse sin su empleo. Las violencias «innecesarias» con «causa justificada» no encajan en este tipo penal, por literal exclusión del artículo 139, si bien podría integrar el maltrato de obra a inferior, en su caso; en general parece más conectado con la extralimitación del artículo 138, más genérico y con igual bien jurídico protegido, criterio éste esclarecedor en el momento de la tipificación de la conducta concreta.

Ante la absoluta formulación abstracta e imprecisa del tipo penal — «violencias innecesarias»— no debe obviarse la posibilidad de reconducir el hecho, según cada caso y su resultado, a la esfera disciplinaria, pareciendo más adecuada la falta grave de «exceso arbitrario sin perjuicio grave» del antes artículo 9 n.º 11 de la Ley Disciplinaria Militar (67), hoy artículo 8 n.º 13 de la L.O. 8/1998.

El uso ilícito de las armas ha de entenderse como todo empleo de las mismas no autorizado por las Reales Ordenanzas, las Instrucciones referentes a su empleo en cada «servicio», o las ordenes particulares establecidas a tal fin en cada Unidad. La «ilicitud» en definitiva implica, en este particular, la presencia de una ley penal en blanco. En el precepto legal que examinamos la mención a «para la ejecución de un acto de servicio» no abarca al «uso ilícito», pues se encuentra ubicado con posterioridad; tal interpretación literal ha de ser, en todo caso, puesta en relación con el bien jurídico protegido y con los demás tipos penales de la Sección (68). De ahí, es imprescindible examinar este requisito en conexión con el acto de servicio, y teniendo en cuenta que el empleo de la fuerza para fines ajenos al servicio se tipifica en el artículo 140 del propio Código Penal Militar, y su uso para fines personales en el artículo 141 del mismo Código, tipos penales ambos inmediatamente subsiguientes al que examinamos (art. 139).

La finalidad de ejecutar un acto de servicio es elemento subjetivo del injusto; tal finalidad pretendida por el autor es esencial, tanto que, como con acierto subraya DEL OLMO, «si este requisito previo no existiese, sería de imposible aplicación este precepto» (69). En cierta medida, el artículo 139 refuerza el elemento objetivo consistente «en el ejercicio de sus funciones» con la finalidad perseguida de lograr que «se ejecute el acto de servicio», y de ahí que lo ajeno al servicio quede excluido de este tipo penal, aunque no de otros; según los supuestos concretos, podrían ser pre-

(67) Véase A. Roldán y Fortún; obra citada; 177-181.

(68) Sección 2 «Extralimitaciones en el ejercicio del mando», del Capítulo IV «Delitos contra los deberes del mando», del Título VI «delitos contra los deberes del servicio».

(69) Del Olmo; obra citada; pág. 1462.

ferentemente los restantes tipos penales de esta sección, y, en su defecto, los artículos correspondientes al abuso de autoridad (70).

Sin causa justificada: La valoración de este elemento negativo del tipo penal ha de efectuarse en cada caso concreto, atendiendo al conjunto del ordenamiento jurídico y del específicamente castrense, conforme señala DEL OLMO (71).

La doctrina (72) discrepa si la causa justificada ha de conectarse con la «ausencia del bien jurídico protegido», o bien, con el «principio del interés predominante», como prefiere DEL OLMO (73). El tenor literal del artículo 139 del Código Penal Militar obliga a examinar esta causa de justificación, lo que implica necesariamente que en la acción típica exista, en un caso concreto, la legitimación derivada del perfecto ejercicio de un derecho, evaluado como superior. Ello ha de plasmarse a través de una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, que haga lícita la actuación del presunto responsable, «prima facie», del tipo penal. Específicamente, el cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de un derecho, oficio, o cargo (74), se nos muestra como directamente aplicable en este supuesto (75). Aunque pueda ser reiteración, resulta inexcusable el mencionar que los preceptos de las Reales Ordenanzas serán la norma legal que, en cada caso concreto, suponga la justificación del deber o la legitimidad de lo actuado.

e) *El resultado de la acción*.—El presente tipo penal no considera el resultado de la acción; la ausencia de «tipificación cualificada por el resultado» lleva a DEL OLMO PASTOR a entender que «al no ser intencionalmente deseado» —un resultado de muerte, lesiones, etc...— implicaría un concurso de delitos, con preferente aplicación del Código Penal por «punición más grave», en términos generales (76).

No descartamos tal criterio, en imprevisibles supuestos fácticos concretos; sin embargo, como regla general el abuso de autoridad genérico del artículo 103 del código Penal Militar, o bien el artículo 104, en cuanto sea maltrato de obra la violencia ejercida, u otros, serían de preferente aplicación.

La inexigencia de resultado en el presente tipo penal proclama la levedad del mismo, y su carácter residual sobre tipos penales más graves.

(70) C.P.M. Arts. 103 y ss.

(71) Del Olmo; obra citada; pág. 1642.

(72) Citada por Del Olmo; obra citada; pág. 1642.

(73) Véase, nota anterior.

(74) C.P. Art.º 8 n.º 11.

(75) Por remisión al C.P. del Art.º 21 del C.P.M.

(76) Del Olmo; obra citada; pág. 1643.

f) *Culpabilidad*.—El dolo requerido por el tipo es el dolo simple; basta el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntariedad de la acción. La previsibilidad del resultado podrá incidir en el dolo de algún otro tipo penal más grave.

g) *Punibilidad*.—La pena establecida para todas las modalidades comisivas —cuatro meses a cuatro años de prisión— nos parece suficientemente amplia, y sometida, en razón no al resultado sino a la trascendencia para el servicio, al criterio del Tribunal Militar competente.

Dos reflexiones aparecen como inexcusables: el mínimo de cuatro meses y el máximo de cuatro años.

El mínimo legal de pena, en cuatro meses, no parece razonable al considerar que tipos penales, en principio más graves, como el abuso de autoridad y el maltrato de obra reiteradamente aludidos inician la pena aplicable con tres meses y un día (77), a pesar de que, en razón del resultado, pueden ser no sólo más graves, sino que no tienen la cobertura legal de la pretensión de que se cumpla «un acto de servicio que deba ejecutarse».

Resultaría ilógico, e injusto, que un «abuso de autoridad» para que se realice un acto de servicio, reglamentariamente ordenado, sea sancionado, con un mínimo superior al previsible para aquel delito —tres meses y un día— máxime cuando los bienes jurídicos protegidos serían equivalentes (78), si bien con la preferencia en aquel artículo 103 ó 104, del bien personal del perjudicado (79).

Por el contrario, el límite máximo de cuatro años, inferior al de cinco años en los artículos inmediatamente citados, si parece congruente con la ausencia, o mínima incidencia, en los derechos del sujeto pasivo, ó víctima, o perjudicado a título individual por el delito.

h) *Jurisprudencia*: El empleo de violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio aparece como una actividad ilícita, pero permisible, equiparable al uso ilícito de armas en tal realización del servicio; afortunadamente el Tribunal Supremo ha tenido escasas oportunidades de dictaminar al respecto.

h.1) La Sentencia núm. 2, de 15 de enero de 1998 de la Sala Quinta del T.S. (80) permite extraer los elementos típicos que exige el artículo 139 del Código Penal Militar:

(77) C.P.M. Art.º 103 y 104.

(78) C.P.M. Art.º 103 y ss.: la disciplina y los derechos fundamentales del subordinado, como sujeto pasivo.

(79) C.P.M. Art.º 138 y SS.: el lícito ejercicio del mando, sin consideración a los derechos personales del sujeto pasivo.

- a) Sujeto activo militar.
- b) Se hallaba en el ejercicio de sus funciones conforme a una orden de servicio.
- c) Ostentaba superioridad sobre el otro Guardia, al ser Jefe de Pareja, conforme a la definición del artículo 12 del C.P.M.
- d) El uso de su arma, sin causa justificada para la ejecución del acto de servicio encomendado.

Los hechos probados, que determinan la condena, pueden resumirse:

Designados el Guardia J.M, Jefe de Servicio, y el también Guardia A.S., como Auxiliar para prestar el servicio de tráfico consistente en control de alcoholemia en diversos puntos kilométricos, momentos antes de su inicio el auxiliar al observar la embriaguez del Jefe de Servicio, se lo hace saber para comunicarlo a los superiores; este considera que nada le afectaría al servicio y se dirigen al garaje en busca del vehículo oficial, con incidente e insultos a un Guardia, ante lo que reitera el Guardia auxiliar en el servicio la conveniencia de dar cuenta a los superiores de la embriaguez, insistiendo el procesado Jefe de Servicio en iniciar el servicio, para lo que sacaron el vehículo del garaje e iniciaron el servicio, y al encontrarse mal regresando casi inmediatamente y tras otro incidente violento con un tercero, intentó llamar por radioteléfono a sus superiores prohibiéndolo el Jefe de Servicio quien montó el arma reglamentaria y le apuntó a la altura de cintura impidiendo así la llamada, separándoles otro Guardia, y sin poder impedir que el procesado subiera al vehículo oficial y marchase solo. Fue detenido por el jefe del Subsector de Tráfico en zona asignada para prestar el servicio (81).

De los hechos se desprende con claridad que el servicio se inició y que durante este se empleo innecesariamente e ilícitamente el arma del Jefe de Servicio frente su Guardia Auxiliar y otras personas (82).

Se alegó también en el recurso de casación la no existencia de «servicio de armas», lo que es cierto, precisándose por la jurisprudencia que el tipo penal del 139 del C.P.M. «no exige que el delito se cometa en el ámbito de un servicio de armas, basta que lo sea en la prestación de un servicio, es decir, en el ejercicio de sus funciones profesionales, en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente le corresponden» (83).

(80) Texto íntegro en REDEM núm. 73, enero-junio 99, tomo II; pág. 12

(81) Idem nota anterior; pág. 10 y 11.

(82) Idem; pág. 13.

(83) Idem; pág. 13.

Conviene precisar que es claro que la embriaguez es anterior al inicio del servicio.

h.2) El Tribunal Militar Territorial Segundo condenó por un delito consumado de «extralimitación en el ejercicio del mando» del art. 139 del C.P.M. y de «abuso de autoridad» del 104 del C.P.M., en base a los siguientes hechos resumidos (84):

Es requerida la Policía Militar, al mando del Cabo 1.º M.G., tras incidente de una discoteca, que detiene al Cabo 1.º S.H. indocumentado al que acompañan voluntariamente 3 Caballeros Legionarios, como testigos; el Cabo 1.º, Jefe de la P.M., ordenó a los componentes de la P.M. que sacaran uno a uno a los conducidos para golpearlos, como así hicieron con el detenido y sus acompañantes, sucesivamente resultando todos ellos con diversas contusiones en el cráneo, brazos, costillas e hipocondrio; el Cabo 1.º detenido fue golpeado directamente por el procesado Cabo 1.º con un rodillazo en los testículos, posteriormente le puso grilletes y sujeto por atrás le propino, junto a otros, diversos golpes con sus porras, lesionándolo con contusión craneal, fractura de costilla y fisura de escafoides en carpiano izquierdo.

El Tribunal sentenciador no logró identificar a los autores de los golpes, salvo la actuación directa y orden de golpear del Cabo 1.º M.G. como Jefe de ellos.

El recurso de casación se basó en la presunción de inocencia y falta de motivación de la Sentencia, omisión de la citación a un procesado, y la omisión de la resistencia ofrecida al ser detenido, que se rechazan por su notoria inexistencia y suficientes pruebas en contrario. Se subrayó la «utilización de la vía física desproporcionada y no utilizada por los sujetos pasivos» y «no justificada por la inexistencia de un comportamiento previo abusivo» lo que unido al incuestionable ejercicio de misiones del servicio encomendado, conforma la «extralimitación» del artículo 159 del C.P.M. por la sala V del Tribunal Supremo (85).

A las violencias innecesarias, ejercidas y ordenadas por el Cabo 1.º M.G., constitutivas de la «extralimitación», se añaden en la Sentencia del T.M.T. II y confirma el Tribunal Supremo, la condena por «abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra» a un subordinado por «no existir otro ánimo que el de agredir» (86).

(84) Véase el texto íntegro de la Sentencia núm. 76, de 13 de noviembre de 1997, en REDEM núm. 71, enero-junio 98, tomo II; págs. 455-462.

(85) Idem, nota anterior; pág. 461.

(86) Idem, nota anterior; pág. 461

Nos encontramos ante un supuesto claro de concurso ideal de delitos.

Lamentablemente, agresores y víctimas son titulados «caballeros» legionarios, cuando aquellos no merecen tan honorable calificativos.

C) Art.º 140: «El militar que, para fines ajenos al servicio, sacase fuerza o unidad de establecimiento militar o la utilizase cuando se hallare fuera del mismo será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión».

La influencia del código Penal italiano es puesta de relieve por DEL OLMO PASTOR (87), quien, acertadamente, no concibe el delito sin un fin específico, que en cierta medida sería «un intento de indisciplina» (88).

Evidentemente, y según el tenor literal del tipo penal, el fin ajeno al servicio configura los elementos normativos del tipo; su implícito correlativo es el empleo de la fuerza militar para fines personales, individuales, colectivos o beneficio de tercero.

Conforme a la tradición histórico jurídica (89), se sanciona el empleo ilegítimo de la fuerza militar para fines particulares, es decir, con desconexión de los fines legítimos del servicio.

Para QUEROL, «es claro que el precepto trata de evitar y prevenir abusos perniciosos que, sin él, no encontrarían la sanción adecuada» (90).

En efecto, se sanciona en la legislación vigente el abuso de la fuerza militar, con independencia de quien sea el autor, las circunstancias jerárquicas o de supremacía por destino o mando, y precisamente para que tal abuso no quede nunca impune. De ahí, el carácter residual o supletorio, del tipo penal que comentamos.

El fin genérico —uso de la fuerza militar— tendrá su específico *en* el uso para pendencia o fines exclusivamente personales, y de ahí que pueda predicarse que, fuera del servicio el tipo específico será el artículo 141 y el genérico el 140 que ahora comentamos.

a) *Sujeto activo.*—Indudablemente el autor del tipo delictivo es militar, si bien no cabe descartarse que el inductor paisano pueda ser coautor, como autor principal del delito, empleando en su ejecución a militar en activo. Entendemos que no sería objeto de distinto proceso —*único* a sustanciar por la Jurisdicción Militar— tal difícil, pero no imposible, intervención del «extraneus» (91).

(87) Del Olmo; obra citada; pág. 1644.

(88) Idem. nota anterior.

(89) Véase «in extenso», del Olmo, obra citada, pág. 1.643 y 1.644.

(90) Véase Querol, obra citada, II, pág. 465. Comenta el autor el Art.º 335 del Código de Justicia Militar pero, entiendo es perfectamente aplicable al Código Penal Militar Art.º 140.

(91) El inductor —coautor— de este delito militar, podría ser enjuiciado por la Jurisdicción Militar, en virtud de lo dispuesto en los artículos 14, 15 y 16 de la LOCOJM.

El autor material y directo ha de ser militar, ya que el tipo penal lo exige inexcusablemente. Para DEL OLMO puede ser autor «cualquier militar, *sin* que se requiera en él la investidura de autoridad o mando» (92) ni el uso indebido de sus facultades o condición. En igual sentido, se pronunció QUEROL, al comentar su equivalente análogo en el derogado Código de Justicia Militar (93) y precisa que tal actitud puede basarse en la «solicitud de ayuda, en la invocación al compañerismo» (94).

En efecto, la doctrina expuesta, antigua y actual, es coincidente. «El militar» —porque el tipo penal le excluye de calificativos— es precisamente cualquier militar, no necesariamente superior jerárquico, directo o indirecto, sino que es perfectamente imaginable que el soldado de reemplazo convenza a diversos soldados —e incluso cabos— para que se realicen los hechos objetivos del tipo penal del artículo 140 del Código Penal Militar.

b) *Sujeto pasivo*.—El sujeto pasivo del delito —al configurarse sin resultado alguno— sólo pueden ser los integrantes de la fuerza o unidad que sea «sacada» o «utilizada» conforme a los demás elementos y fines del tipo penal; otras consideraciones podrían implicar confusiones con el bien jurídico protegido. En la modalidad de «utilización» existirán terceros que recibirán directa o indirectamente el ejercicio de la acción.

c) *Bien jurídico protegido*.—Para DEL OLMO PASTOR el bien jurídico protegido es doble: «el ejercicio en sí mismo del mando, cuyo abuso pernicioso o torticero previene, y por otro, la disciplina a la que se encuentran obligados quienes integran la fuerza indebidamente utilizada» (95).

Incardinado el artículo 140 en la Sección titulada de «extralimitaciones en el ejercicio del mando», en el Capítulo intitulado «contra los deberes del mando», y dentro del Título «contra los deberes del servicio», ha de considerarse, en términos generales, que el tipo delictivo del artículo 140 atenta contra tales bienes jurídicos en su conjunto; si bien, el genérico bien protegido es los deberes del servicio, que, en unos casos serán además «extralimitaciones del mando» y en otros casos no; si no hay abuso de mando o de atribuciones no podrá predicarse como bien jurídico protegido la extralimitación en el ejercicio del mando, ni siquiera los deberes inherentes al mando.

De ahí que, de un lado sea criticable la inclusión de este precepto en la sección y capítulo intitulados, y de otro que deba acudir al genérico bien

(92) Del Olmo, obra citada; pág. 1645.

(93) C.J.M. Art.º 335 «...en su ayuda a centinela, compañía piquete...».

(94) Querol, obra citada; pág. 465.

(95) Del Olmo, obra citada, pág. 1645.

jurídico protegido «del servicio» para justificar la actuación delictiva del militar sin mando, que realice el tipo penal del artículo 140.

Así, puede concluirse que el bien jurídico protegido es no tanto el servicio en general, como la trascendencia de los hechos y su incidencia en la imagen o correcta actuación de las Fuerzas Armadas en todo momento.

d) *Acción típicamente antijurídica.*—El tipo penal define dos formas de actuación:

1. Sacar fuerza o unidad de establecimiento militar: La ilicitud penal consiste —y sin que ello exija ulteriores precisiones— en el puro y simple hecho de que un grupo de militares salgan del «cuartel» o «establecimiento militar». Se sanciona igualmente el sacar unidad (96) como fuerza(97), lo que en todo caso conlleva un colectivo de militares, evidentemente con uniforme (98), y posiblemente con armas, aunque no lo exige el tipo penal.

El tipo sanciona el mero hecho de que, en lugar de permanecer en el establecimiento militar donde deben estar, salgan fuera de él, sin requerirlo el servicio.

2. Utilizar fuerza o unidad fuera de establecimiento militar: Presupone la existencia legítima de la fuerza o unidad fuera del establecimiento militar, y el tipo se consume con su mero empleo o uso, sin exigirlo el servicio. Se trata de «extralimitaciones» en el empleo de la fuerza militar, fuera de sus acuartelamientos, y sin fines de ejecución del servicio encomendado —lo que integraría otro delito (99)—; es decir, los puros abusos, prevalencias, chulerías, coacciones leves, presiones psíquicas, etc.. sin resultado, pues en razón de éste existiría el concurso ideal con el delito consecuente al resultado, como seguidamente examinaremos.

e) El resultado de la acción.—El presente tipo penal no exige resultado específico de las acciones definidas en el artículo 140 del Código penal Militar. El resultado sería «sacar», es decir, que el «grupo militar» se ausentase del establecimiento militar, rebasase sus límites, y como tal grupo se alejase de su enclave pura y simplemente; en la otra modalidad comisiva tal resultado —«utilizar la fuerza»— se perfecciona con su «utilización», ésto es, con la trascendencia externa de la presencia de dicha

(96) Unidad: Se refiere a las «unidades» reglamentariamente establecidas: vgr. «pelotón»; «sección»; entre otras, etc..

(97) Fuerza sería conjunto de militares no integrados en la misma «unidad orgánica».

(98) Sin uniforme: no serían propiamente «fuerza» ni «unidad». El hecho integraría una infracción del deber de presencia, y/o ciertas modalidades de abuso de autoridad de la Ley Disciplinaria Militar.

(99) Vgr. C.P.M. Art. 138 y 139.

fuerza militar, lo que implica la existencia de un tercero, individuo concreto o plural, que reciba la acción típica.

En definitiva, se trata de un delito de mera actividad ya que el verbo, contenido en el tipo penal —sacar o utilizar—, no exigen un resultado específico, y si éste se produjese, a consecuencia de la acción típica, el concurso real de delitos se produciría inexorablemente, conforme expuso ya QUEROL (100) y ratifica, entre la doctrina actual, DEL OLMO (101).

El concurso ideal es factible con el artículo 176 del Código Penal Militar —conforme apuntó DEL OLMO (102)— porque la acción típica recae específicamente, en lugar de fuerza o unidad, en buque o aeronave. El concurso real, por el resultado dañoso, es cuestionable por la menor punibilidad recogida en los artículos 138 y 139 del mismo Código Penal Militar. Entendemos que el Código distingue y diferencia la actuación personal y directa —sin implicar a un colectivo (103)— de la acción del tipo que examinamos que exige una actuación de una unidad, colectivo, o grupo de militares en la acción típica (104).

En consecuencia, entendemos, en el supuesto de resultar abuso grave o violencias innecesarias (105), aplicable este artículo 140, porque al concurrir no un militar sino una colectividad militar aparece más justa la pena más grave (106).

f) *Culpabilidad*.—El dolo del tipo penal que consideramos es el normal, o dolo simple. Ni la tipificación, ni sus elementos, exigen otros requisitos que el conocimiento y libertad de decisión, respecto a: la actuación ajena al servicio, la ilicitud de ausentarse la fuerza del cuartel, o su empleo o utilización fuera del establecimiento militar.

Las consecuencias de tal ausencia son ajenas al tipo, al igual que el posible resultado, concreto y lesivo para terceros, en la utilización de la «fuerza», conforme a la posibilidad de concursos de delitos —ideal o real— ya expuestos.

g) *Punibilidad*.—El Código sanciona la acción antijurídica y culpable de este tipo con la pena de seis meses a seis años de prisión.

(100) Querol, obra citada, II, pág. 465.

(101) Del Olmo, obra citada, pág. 1645.

(102) Del Olmo, obra citada, pág. 1645.

(103) El autor del Art.º 138, al igual que el del Art.º 139, ambos del Código Penal Militar, realiza por sí, y sin auxilio ni colaboración de otros, la acción típica.

(104) El Art.º 140 del C.P.M. implica el uso de un colectivo militar como esencial al tipo.

(105) C.P.M. Art.º 138: «...de tres meses y un día a dos años...» y Art.º 139: «... de cuatro meses a cuatro años...».

(106) C.P.M. Art.º 140 «...de seis meses a seis años ...».

Resulta significativo no sólo el límite mínimo de la pena, elevado en relación con la habitual de tres meses y un día (107) —límite con la falta grave (108)—, sino el límite máximo, que en los tipos penales con los que puede tener relación, o posibilidad de concurso ideal o real, se cifra en cuatro o cinco años (109).

La única justificación de tal penalidad riqurosa reside en el empleo de una colectividad armada en la realización del delito; no precisa un concierto de voluntades de los integrantes de la fuerza o unidad. En efecto, el empleo en la acción típica de un grupo militar —armado o no— justifica la penalidad. Su proximidad al consuetudinario delito de sedición abona tal gravedad para los autores (110), si bien conviene precisar que existe la «colectividad» en el tipo del artículo 140, pero no el «concierto» inexcusable en la sedición (111), lo que —de producirse—, llevaría al tipo del artículo 91 del Código Penal Militar o a las sediciones impropias (112).

h) *Jurisprudencia*.—No existe pronunciamiento del Tribunal Supremo. Sala Quinta, acerca del uso de fuerza armada, unidad o centinela, para fines personales o en ayuda para una pendencia.

D) Art.º 141.—«El militar que, en una pendencia o para fines exclusiva personal, llame en su ayuda a centinela, unidad o fuerza armada, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Con sus antecedentes de «sedición» (113), la actual tipificación penal es casi transcripción literal del artículo 335 del derogado Código de Justicia Militar (114).

Aquí, el tipo penal excluye el concierto preciso para la sedición —conforme se acaba de razonar— y según el tenor literal del precepto, la actuación es individual de un militar.

(107) C.P.M. Arts. 103, 104, 138, etc... entre los más afines.

(108) L.D.M. Art.º 10 y correlativos; hoy artículo 14 arresto de 1 mes y 1 día a dos meses en la vigente L.O 8/1998.

(109) C.P.M. Arts. 103, 104, 138, 139, 176, entre los más específicos.

(110) Así: Véase Querol, obra citada, II, pág. 465 y Del Olmo, obra citada, pág. 1644.

(111) Querol, obra citada, II, págs. 386 y ss. Francisco Jiménez Jiménez, Comentarios al Código Penal Militar. Ed. Cívitas, Madrid 1.988, págs. 1025 y ss.

(112) C.P.M. Arts. 92 y 96.

(113) Véase «in extenso»: Del Olmo, obra citada, pág. 1645-6 Querol y Durán, obra citada, II, pág. 465.

(114) C.J.M. Art.º 335. «El militar que en una pendencia o para fines exclusivamente personal llame en su ayuda a centinela, compañía, piquete o guardia, sufrirá la pena de prisión militar (desde seis meses) hasta seis años». Véanse comentarios al artículo en Querol, obra citada, II, pág. 465.

El tipo delictivo consiste en el abusivo empleo de fuerza armada —una persona o un colectivo, militares— para un fin personal, exista o no pendencia concreta, y contra terceros.

La ayuda es un elemento del tipo penal que, de no existir, excluiría este delito y sería otro, más grave previsiblemente.

a) *Sujeto activo*.—El autor ha de ser necesariamente un militar, según el tenor literal del artículo 141 del Código Penal Militar; DEL OLMO puntualiza que «no parece ser intención del legislador (incluir) a quien estuviera investido de alguna autoridad o mando y que usare indebidamente de aquéllas» (115). Así, puede ser autor cualquier militar, sin descartar la posibilidad del inductor paisano (116).

b) *Sujeto pasivo*.—Al igual que en el supuesto del artículo 140, y al no exigir el tipo resultado alguno, el sujeto pasivo será el centinela, o los integrantes de la unidad o fuerza armada; indirectamente serían sujetos pasivos los terceros a quienes se enfrenta el centinela o la fuerza.

c) *Bien jurídico protegido*.—Cabe reiterar aquí lo ya expuesto al examinar el artículo 140.

Los deberes del servicio aparecen, por la inclusión del tipo bajo tal rúbrica, como bien jurídico protegido.

Para DEL OLMO, «el bien jurídico protegido se diversifica en la disciplina y en el buen régimen de los Ejércitos» (117). El ilícito empleo de la fuerza militar evidentemente atenta contra el servicio, en sentido genérico, e infiere perjuicio al buen régimen de los Ejércitos, en su imagen pública deteriorada por la acción típica.

d) *Acción típicamente antijurídica*.—En sentido estricto la acción es única, consistente en llamar en ayuda a uno o varios militares armados; en efecto:

1. Centinela.—El concepto de centinela ha sido objeto de especial dedicación por la doctrina especializada (118): son sus homónimos pañolero, serviola, tope y escucha, entre otros, en la terminología anterior al Código Penal Militar.

(115) Del Olmo, obra citada, pág. 1647.

(116) L.O.C.O.J.M. Arts. 14 a 16.

(117) Del Olmo, obra citada, pág. 1647.

(118) Véase, «in extenso», QUEROL; obra citada, pág. 247: «Centinela es el soldado o marinero que vela, guardando el puesto que se le encarga». Idem, CONEJOS, obra citada, pág. 419: «Centinela es el guarda que vigila por la seguridad exterior de una guardia, puesto militar, plaza o edificio, previniendo los transtornos de toda sorpresa o peligros que puedan venir de fuera».

El artículo 11 del vigente Código contiene una definición auténtica del término centinela (119), que comprende el tradicional concepto de el que guarda un puesto, la ya consuetudinaria equiparación al operador de transmisiones, y la casi innovación respecto a controladores de espacios.

Las Reales Ordenanzas precisan la importancia y las misiones del centinela (120).

Tras la promulgación del Código Penal Militar, la doctrina (121) ha resaltado la existencia de diversas definiciones de centinela: en las Ordenanzas de los tres Ejércitos y en la Ley Disciplinaria Militar, además de en el Código castrense.

Con acierto, MORALES VILLANUEVA propugna la preferente aplicación de la definición auténtica (122) y resalta la actualización del concepto según «los nuevos avances técnicos en el campo de las transmisiones y la electrónica» (123).

2. Unidad.—Se trata del conjunto de personal y medios, articulados de modo permanente y estable (124). Como ya se ha dicho son: escuadra, pelotón, sección, etc...

El tipo no indica expresamente que la unidad, conjunto de militares, porte armas, aunque me inclino por tal exigencia: de un lado, el centinela y la fuerza armada llevan implícito el uso de las armas: de otro, parece claro que el reproche penal radica precisamente en el peligro latente al portar armas y del riesgo potencial de su empleo ilícito.

3. Fuerza armada.—La evolución del concepto de fuerza armada, en sentido reductor de su contenido, ha sido examinado por la doctrina (125).

(119) C.P.M. Art.º 11: «A los efectos de este Código se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: Componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los Centros o estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos u observadores visuales de los mismos espacios.»

(120) RR.OO. Arts. 59 a 64.

(121) Véase «in extenso»: Comentarios al Código Penal Militar. Ed. Cívitas. Madrid 1.988. Capítulo XI: «Definición de fuerza armada y centinela» por Antonio Morales Villanueva; pág. 255-170.

(122) C.P.M. Art.º 11, ya transcrito.

(123) Morales, obra citada, pág. 270.

(124) De las RR.OO. del Ejército de Tierra. R. Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre. Art.º 4.

(125) Véase «in extenso»: Querol, obra citada, pág. 253. Idem: Morales Villanueva, obra citada, pág. 260 y ss.

El artículo 10 del Código Penal Militar contiene una definición auténtica de fuerza armada (126), que requiere copulativamente:

— Militares o miembros de la Guardia Civil, de uniforme y con armas.

— Prestar servicios reglamentariamente ordenados de índole militar.

MORALES VILLANUEVA estudia minuciosamente el concepto de fuerza armada, tanto respecto a los miembros de los Ejércitos como a los pertenecientes a la Guardia Civil (127).

La definición legal está perfilada más para concretar la especial protección penal, que se deriva de su cualidad, que para precisar el elemento del tipo que examinamos. Evidentemente, la fuerza armada no es tal sino apariencia de ella; en efecto, la esencial de «fuerza armada» conlleva la prestación de servicios reglamentariamente ordenados, y ello resulta frontalmente opuesto al ilícito empleo de la fuerza armada que integra el tipo delictivo.

4. En pendencia.—Ha de entenderse como reyerta o pelea, no sin excluir fuertes discusiones o intentos de agresión; es decir la violencia física no es exigible; puede instarse la ayuda en enfrentamientos verbales violentos, que puedan presagiar hechos violentos físicamente.

5. Para fines exclusivamente personales.—Parece que el calificativo «exclusivamente» es supérfluo, si bien entiendo que su inclusión en el tipo subraya la total ausencia de motivación conexas con el servicio, certera o erróneamente interpretado por el autor.

6. Llamar en su ayuda.—Es el núcleo de la acción. El concepto no exige comentarios, ya que el «llamar» y la «ayuda» han de entenderse en su sentido vulgar o cotidiano.

e) *El resultado de la acción.*—Aunque el verbo definidor del tipo penal es «llamar», creo no basta el mero hecho de pedir ayuda, sino que si ésta no se produce no se consumaría el delito (128). La ayuda solicitada sería el resultado exigido.

Al igual que el artículo 140, tampoco este exige un resultado específico; es un delito también de mera actividad.

(126) C.P.M. Art.º 10: «A los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, preste servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando, prestando servicio de su Instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución.»

(127) Morales, obra citada, pág. 262-267.

(128) Parece que en similar sentido se pronunció QUEROL, obra citada, pág. 465.

El concurso real de delitos aparece como posible, e incluso probable, si el empleo de la fuerza física lleva a un resultado fáctico, con penalidad más grave.

Discrepo de quienes entienden factible el concurso con el delito de sedición (129), ya que el «concurso de voluntades», inherente a este delito, excluiría el del artículo 141 que examinamos.

El concurso ideal parece evidente con el artículo 140 precedente, si a la «llamada» sigue la «utilización» del grupo armado.

f) *Culpabilidad*.—El mero conocimiento y libre decisión de pedir ayuda al centinela o colectivo armado cubre las exigencias de culpabilidad; se requiere un dolo simple, que ha de abarcar la situación de pendencia o finalidad personal.

El posible resultado, derivado de la actuación del militar armado, en tal ayuda, no ha de ser abarcado por el autor, sin perjuicio del posible dolo eventual latente en el dolo simple del artículo 141, en cuanto el empleo de personas armadas implica la previsibilidad del empleo de las armas.

g) *Punibilidad*.—La pena señalada en este tipo es de cuatro meses a cuatro años de prisión, singularmente inferior, en sus límites mínimo y máximo, a la del artículo 140 (6 meses a 6 años de prisión).

En una primera lectura no parece fácilmente comprensible la diferencia de penalidad entre el artículo 140 y el presente 141. En ambos casos se da el empleo ilícito de grupo militar armado y la finalidad ajena al servicio las distinciones en la acción típica de uno u otro delito son mínimas.

La única justificación de la menor penalidad del artículo 141 sería la consumación adelantada por la mera «llamada» a tal grupo armado, si bien en la mayoría de los supuestos significaría la actuación de éstas, tipificada, en muchos casos, en el artículo 140. En todo caso, no parecen muy claras ni la diferencia de penas ni la existencia, incluso, de los dos delitos separados.

h) *Jurisprudencia*.—El exponer a unidad, buque o aeronave a riesgos innecesarios para el cumplimiento de su misión, no ha sido objeto de enjuiciamiento por la Sala de Militar del T.S, ni —felizmente (130)— por ningún otro órgano judicial español.

E) Art.º 142: «El militar que expusiese a la unidad, buque o aeronave de su mando a riesgos innecesarios para el cumplimiento de su misión será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión».

(129) Entre otros, Del Olmo, obra citada, pág. 1.647.

(130) A esta afirmación no son, en absoluto, ajenas la existencia de unidades españolas en el extranjero, bien humanitarias bien de mantenimiento de la paz (bloqueo naval de Irak, «denied flight» en la exYugoslavia, etc.).

En comparación con los dos artículos precedentes, éste si es perfectamente incluíble en un concepto genérico y amplio del abuso de autoridad.

Es un tipo penal que define un clásico delito de riesgo, como luego detallaremos.

Si puede subrayarse una idea o concepto esencial para resumir este tipo delictivo es incuestionablemente: riesgos innecesarios.

El riesgo inherente a la vocación militar es permanente, aún a costa de sacrificios y de la entrega de la propia vida en defensa de la Patria, como imperan las Reales Ordenanzas (131) y resalta DEL OLMO PASTOR (132). Indudablemente, una cosa es asumir, por vocación y obligación, riesgo lógico y objetivo, y algo muy distinto el verse obligado a soportar un riesgo lógico y superfluo: el primero es exigible al militar, el segundo rechazable.

Como acertadamente escribe DEL OLMO, al militar con mando no sólo le está proscrita «la omisión de las reglas de la doctrina (militar) que aconsejan el empleo racional de los medios disponibles» sino que le viene imperada la aplicación de «los reglamentos tácticos y las ordenes recibidas para la mayor seguridad de las fuerzas e instalaciones» (133).

El «abuso» de la autoridad, o mando, consiste ahora en un exceso de celo, en una extralimitación de facultades, que, en términos coloquiales, serían «hombradas», «atrevimientos», el «más difícil todavía», etc ...

a) *Sujeto activo*.—El tipo penal exige que sea militar con mando sobre la unidad, buque o aeronave, sometida o expuesta al riesgo innecesario para cumplir la misión encomendada.

No se nos alcanza la extensión DEL OLMO hace respecto al que «tenga bajo su custodia medios o armamento» (134): tal interpretación extensiva no es admisible sin la específica concurrencia de ser el titular del mando, concepto éste específico y concreto; en su defecto, la acción integraría otro delito (135).

b) *Sujeto pasivo*.—Conforme a la definición legal, el sujeto pasivo de este delito es el personal militar de la unidad, buque, o aeronave, en situación de riesgo.

(131) RROO Art.º 27 y 31, entre otros.

(132) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(133) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(134) Del Olmo, obra citada, pág. 1649.

(135) Tal vez, según los supuestos fácticos, los de «contra la eficacia del servicio» de los artículos 155 y siguientes del C.P.M.; bien, los de «contra la integridad del buque o aeronave «del artículo 167; bien, los de «contra los deberes del buque o aeronave» de los artículos 172 y 173; o bien, los «contra los deberes del servicio a bordo.» del artículo 177, del C.P.M.

c) *Bien jurídico protegido*.—Para DEL OLMO el bien jurídico protegido es tanto «la integridad de las fuerzas y medios», como «la consecución del objetivo asignado» (136), aunque es más certero, en otro momento de su obra, al subrayar que este precepto penal «protege el ejercicio racional del mando» (137).

En efecto, el tipo del artículo 142 sanciona el crear riesgos innecesarios para cumplir una misión a quien ostente el mando; y, en consecuencia y en coherencia con el título de la sección —extralimitaciones en el ejercicio del mando— el bien jurídico protegido no es otro que el legítimo y correcto ejercicio del mando.

Las Reales Ordenanzas, al precisar las «funciones del militar, en el ejercicio del mando» (138), subrayan que «el ejercicio del mando no es renunciable ni compartible» (139), pero, por lo que nos atañe, prescriben específicamente que «será prudente en sus decisiones» y «no se empeñará en ellos si la evolución de los acontecimientos aconseja variarlos» (140). Expresamente «considerará las vidas de sus hombres como valor inestimable que la Patria le confía y no les expondrá a mayores peligros que los exigidos para el cumplimiento de la misión» (141), y «administrará con ponderación e integridad los medios y recursos puestos a su disposición...» (142).

Los precedentes imperativos de las Reales Ordenanzas son protegidos, en vía penal, por el artículo que examinamos.

d) *Acción típicamente antijurídica*.—El autor del delito, que ha de ser militar titular del mando de la unidad, ha de crear una situación de riesgo innecesario. El término exponer significa obligar a soportar el riesgo innecesario para el cumplimiento de la misión: así, el mando adopta decisiones que implican un riesgo no preciso para cumplir la misión encomendada.

Tal exposición al riesgo puede ser activa o pasiva, tanto mediante una orden concreta o genérica, como por la no adopción de medidas cautelares exigibles.

Tal riesgo puede afectar a los subordinados o al material militar. Como preciso DEL OLMO: «La acción consiste en poner en peligro la vida o integridad de los miembros de la unidad mandada, o someter a riesgo de

(136) Del Olmo, obra citada, pág. 1649...

(137) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(138) RROO. Título IV, Arts. 71-108.

(139) RROO. Art.º 79.

(140) RROO. Art.º 93.

(141) RROO. Art.º 96.

(142) RROO. Art.º 107.

daños a buques o aeronaves» (143). El riesgo a la unidad incluye a sus medios materiales de acción.

La unidad ya ha sido objeto de exposición precedentemente, y los términos buque o aeronave no precisan ulterior definición.

El riesgo innecesario puede conectarse con la imprudencia profesional y con la extralimitación o exceso de celo, es decir la acción puede consistir en excluir medidas de precaución, imperadas por la «doctrina militar», «arriesgar más de lo preciso», o bien por extremar actos o conductas con exceso sobre lo normal o lógico en cada caso.

Como indica DEL OLMO el delito proscribire «el actuar irracional de un mando, que fuerza las condiciones lógicas que el cumplimiento de la misión asignada exige» (144).

e) *El resultado de la acción.*—Es simplemente el riesgo creado, precisamente por ser innecesario, éste es superior al riesgo objetivamente inherente al cumplimiento de la misión...

Las dificultades de prueba del resultado —que subraya DEL OLMO (145)— son evidentes, pero siempre será factible determinar si el riesgo es o no necesario para cumplir la misión, en cada caso concreto. Así, el Código de Justicia Militar especificaba el riesgo en la introducción de luces o materiales fácilmente inflamables en polvorines (146). El no montar un servicio de guardia, por la noche, con el mando de una unidad de cien hombres, es evidentemente exponer a la misma a un riesgo innecesario.

Acertadamente DEL OLMO prevé hasta la exposición a riesgos futuros, como las exposiciones innecesarias a radiaciones nucleares (147).

En el presente tipo penal el resultado es de puro riesgo, y para su evaluación puede ser interesante el estudio de los tipos delictivos con resultado y cometidos por negligencia, tales como determinados tipos «contra la eficacia del servicio» (148) o «contra los deberes del servicio relacionados con la navegación» (149).

Por otra parte, con igual pena, se sancionarán delitos de riesgo específico, como riesgos de incendios, explosiones, o para la seguridad de la

(143) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(144) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(145) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(146) C.J.M. Art.º 401 «El militar que sin orden competente introduzca o permita introducir luces o materiales inflamables en pañoles, polvorines o almacenes que contengan efectos de fácil combustión...».

(147) Del Olmo, obra citada, pág. 1648 Nota 27.

(148) C.P.M. Arts. 155 y ss

(149) C.P.M. Arts. 165 y ss

fuerza o establecimientos (150), si bien en el artículo 157 pueda cometerlo cualquier militar, y no solo el que ostente el mando.

Prescindiendo de otros ejemplos, es preciso concluir que tales resultados cometidos por imprudencia, y otros conscientemente, son una pauta para evaluar el riesgo.

f) *Culpabilidad*.—El tipo penal exige el dolo simple, que se concreta en el conocimiento de crear tal situación de riesgo, su carácter de «innecesario» o excesivo o superfluo, y la libre decisión de asumirlo e imponerlo a personas o material militar.

En cierta medida el mando militar prevé el resultado dañoso y arriesga el que no se produzca. En palabras de DEL OLMO «el mando militar tiene que tener plena consciencia del peligro que se arrastra» (151).

El asumir lo innecesario del riesgo es lo que integra la culpabilidad; si se estima que es necesario el riesgo concreto faltaría un elemento subjetivo del injusto; si tal creencia es errónea, estaríamos en conexión con la «clásica doctrina del error» en Derecho Penal.

g) *Punibilidad*.—El artículo 142 prescribe la prisión de tres meses y un día a dos años. Parece adecuada la penalidad al tratarse de un delito sin resultado sino de mero riesgo; la amplitud de la extensión a cuantificar de la pena permite que el Tribunal Militar pueda acertar en cada caso concreto.

(150) C.P.M. Arts. 157 y ss

(151) Del Olmo, obra citada, pág. 1649.