

Derecho penal militar y Derecho penal común

RUPERTO NUÑEZ BARBERO

Doctor en Derecho, Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Especialidad del Derecho penal militar. 1. Consideraciones previas. 2. El problema de la sustantividad del Derecho penal militar. 3. El Derecho penal militar como derecho especial. 4. La profesionalidad en el Derecho penal militar. 5. Derecho penal militar y Derecho disciplinario. 6. Otras posiciones. 7. Conclusión.—II. Delitos militares y delitos comunes. 1. Extensión del Derecho penal militar. La jurisdicción militar: amplitud. 2. Delitos militares propios e impropios. Derecho comparado. Derecho español. 3. Dificultad de una delimitación del concepto del delito militar en relación con el delito común. Insuficiencia del criterio formal. Los aspectos objetivo y subjetivo en el delito militar. El criterio material: intereses militares e intereses comunes. 4. Delitos «exclusivamente» militares y «objetivamente» militares. El delito «plurisubjetivo». 5. Consideraciones de *lege ferenda*. 6. Conclusión.—III. Rasgos característicos del Derecho penal militar en relación al Derecho penal común.—IV. Código de justicia militar y Código penal común. 1. El Código de justicia militar; sus características y principios fundamentales en relación al Código penal común. Principio de legalidad y bandos militares. 2. El delito en el Código de Justicia militar en relación al Código penal común. La culpabilidad; el problema de la «voluntariedad». Examen comparativo de ambos Códigos en orden a las causas de inculpabilidad. La responsabilidad objetiva. La obediencia debida. La antijuricidad. La negligencia. 3. Las penas; caracteres esenciales, fundamento y aplicación. 4. Otros aspectos comparativos.—V. El problema de la pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado. 1. Consideraciones generales. 2. La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado; examen comparativo de los preceptos del Código de justicia militar y del Código penal común. 3. Conclusión.

I

1. Se ha hecho notar, con razón, la escasa atención que vienen prestando los penalistas a todo aquello que se estima ajeno a la dogmática del Derecho penal común. Esto ha producido cierta inseguridad a la hora de manejar términos y conceptos que, sin duda, son, o deben ser, necesarios para una adecuada solución de los problemas relativos a la naturaleza y contenido del Derecho penal militar y sus consecuentes relaciones con el Derecho penal común (1).

(1) Cf. RODRÍGUEZ DEVEZA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, Valladolid, 1961, pág. 5.

Suele hablarse de orden jurídico militar cuando las normas dictadas por el Estado tienen por finalidad la tutela de la especial sociedad militar que en él está constituida; esto es, a asegurar los especiales fines para los cuales han sido creadas las instituciones armadas (2). Cuando tales normas, que pueden ser de distinta naturaleza (3), tienen carácter penal surge la idea del Derecho penal militar, el cual estaría constituido, en consecuencia, por aquellos preceptos que, provistos de las correspondientes sanciones penales, prohíban determinadas conductas atentatorias a los intereses militares tutelados por los primeros (4).

A la vista de nuestro derecho positivo podríamos afirmar que el Derecho penal militar sustantivo será el constituido por aquellas normas que establecen los delitos y faltas militares, determinando sus penas y demás consecuencias jurídicas (5). Mas la noción, coincidente en esencia con lo establecido en el artículo 181 del CJM, no está exenta, como otras análogas, de matiz formalista (6). Resta, por tanto, esclarecer y

(2) Cf. CIARDI: *Trattato di diritto penale militare*, Vol. I. P. G., Roma, 1970, pág. 10. Para MANZINI «Las normas jurídicas que están dirigidas a asegurar el logro de las finalidades especiales de las instituciones militares constituyen, en su conjunto, un orden jurídico particular del Estado: el orden jurídico militar» (*Commento ai Codici penali militari*, Milano, 1916, pág. 1). «Dentro de la esfera del ordenamiento jurídico penal —afirma LO CASCIO: *Diritto penale militare*, Milano, 1958, pág. 8— se inserta y distingue: el ordenamiento jurídico penal militar, que —junto con el derecho disciplinario militar— constituyen: el orden jurídico militar. Y puesto que todos los preceptos de índole militar, provistos de sanciones penales o disciplinarias, son leyes materiales en sentido amplio, constituyen, en su conjunto, el derecho objetivo militar».

En la doctrina alemana suele definirse el *Wehrrecht* como el conjunto de normas jurídicas que se dirigen a reglamentar la organización de las FFAA en tiempo de paz y en tiempo de guerra. (Vd. Herbert ARNDT: *Wehrstrafrecht, Grundriss*, München, 1958.)

(3) El Derecho penal militar en sentido objetivo —al igual que el Derecho penal común— tiene dos aspectos fundamentales: el de derecho penal militar *sustantivo*, en contraposición al derecho penal militar *formal*. El primero prevé en abstracto los delitos y las penas; el segundo dispone de la manera de hacer aplicable la sanción punitiva a aquellos que han sido considerados culpables, a través del proceso penal (Cf. CIARDI, ob. cit., pág. 11).

(4) Hoy se pone de manifiesto cómo la Ley penal militar debe recoger solamente aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro esos intereses jurídicos. Y en función de los mismos se distribuyen los delitos militares (Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Rapport de synthèse au IV^{ème} Congres international de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Vol. 1, *Les délits militaires*, Strasbourg, 1969, páginas 463-64). Vd., además, LO CASCIO, ob. cit., pág. cit.

En torno a una noción del Derecho penal militar, considerando a éste como parte de la ciencia del Derecho penal, vd. DEL VICO: *Diritto penale militare*, en EDPI, Vol. XI, Milano, 1908, pág. 4.

(5) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P. E., Madrid, 1969, página 1073.

(6) Si las normas penales militares son las establecidas en el CJM, y los delitos y faltas militares, según el artículo 181, son los penados en dicho texto legal, ello parece conducirnos al típico «círculo vicioso». Sobre el problema, en relación al derecho penal común, vd., sin embargo MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, A. T., 3.^a ed., 1965, pág. 117. En relación a la fórmula nominal o forma-

delimitar el contenido de sus componentes y, consecuentemente, el ámbito de aplicación de las citadas normas. Es decir, lo que debe entenderse por delito y falta militares, buscando un criterio que permita distinguir, las infracciones militares de las comunes, y averiguando, además, si para sancionar aquéllas se aplican penas de derecho común o si, por el contrario, se establece un sistema autónomo de penalidades con caracteres propios (7). Tarea es ésta no ciertamente fácil, tanto desde el punto de vista de *lege lata* como de *lege ferenda*, y no ya solamente desde el plano del derecho positivo español, sino del derecho comparado, pues, aparte de la significación política de la ley penal militar (8), ello depende, también y en gran parte, de la mayor o menor intervención que las fuerzas armadas tengan en la vida del país (9).

De todos modos la noción de la infracción militar, como se ha reconocido después del examen de los trabajos del IV Congreso internacional de Derecho penal militar y de la guerra, es una noción compleja e incluso confusa, pues los criterios adoptados para encuadrar determinadas infracciones entre las infracciones militares varían de un país a otro. Ciertamente existen criterios simplistas, como el de que la infracción sea cometida por un militar y castigada por un CJM (10), pero el análisis de las infracciones previstas en los diversos textos legislativos demuestra que el límite entre las infracciones militares y las de Derecho penal común, particularmente desde el punto de vista de la protección de los intereses militares o del Ejército, varía en los diferentes países (11).

Finalmente la aplicación de la ley penal militar, especialmente en aquellos casos en que se trata de personas no militares, es problema que preocupa hoy a la opinión pública de todos los países, así como también, aunque ello suponga implicaciones de tipo procesal, el que los sometidos a la ley penal militar tengan las mismas garantías que si fueran enjuiciados por la jurisdicción ordinaria.

lista del art. 181. vd. HERNÁNDEZ ORZCO: *Los delitos militares, Rapport espagnol* al Congreso internacional de Derecho penal militar, cit., *Les délits militaires*, I, pág. 253.

(7) Vd. René PAUCOT: *Rapport général* al IV Congreso internacional de Derecho penal militar..., cit. en *Les délits militaires*, I, cit., págs. 61 y 89.

(8) CIARDI, en la Sesión inaugural del IV Congreso internacional, cit., *Les délits militaires*, I, cit., pág. 49, pone de manifiesto el significado eminentemente político de la ley penal militar, dictada para el mantenimiento de la disciplina de las FFAA, que constituyen la suprema tutela de la soberanía del Estado, de la defensa, de la integridad y de la unidad de la patria contra las agresiones externas.

(9) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 1075.

(10) Vd. PAUCOT: *Rapport général*, cit., pág. 69. Este es, más o menos, el criterio de la *Wehrstrafgesetz* de 30 de marzo de 1957 para la República federal alemana (Vd. *Die militaerischen Straftaten Strafindrogung und internationale auswirkungen*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 149), y también, entre otros, el del CJM argentino (vd., v. g., art. 518).

(11) Vd. JOHN GILISSEN: *Prefacio* al IV Congreso internacional cit., en *Les délits militaires*, cit., pág. 28.

2. El problema de la sustantividad del Derecho penal militar puede situarse en el ámbito de los pretendidos derechos penales (12). Se ha hablado de un Derecho penal administrativo, de un Derecho penal comercial, de un Derecho penal financiero o fiscal (13) y, entre ellos, ¿porqué no?, también de un Derecho penal militar. Es bien sabido que los esfuerzos más importantes para la construcción de un Derecho penal independiente o autónomo del Derecho común tuvieron lugar en torno al Derecho penal administrativo. No hay más que recordar la ya clásica tesis de Goldschmidt y, más recientemente, de Wolf y Eberhard Schmidt, en Alemania, manteniendo que entre lo injusto penal y lo injusto administrativo habría diferencias que darían lugar a una distinta rama del Derecho (14). Aplicando este punto de vista al Derecho penal militar sería necesario encontrar una diferencia fundamental entre lo injusto criminal y lo injusto penal militar y deducir de ello una serie de principios distintos a los del Derecho penal común, por los cuales habría de regirse el Derecho penal militar, con las correspondientes consecuencias que derivarían de la aplicación

(12) Vd. Carlos J. COLOMBO: *Sustantividad del Derecho penal militar*, REDM, número 17, 1964, pág. 10.

Lo equívoco del término «sustantividad», en relación al Derecho penal militar, es puesto de manifiesto por RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 10. La polémica sobre el supuesto problema de la sustantividad del Derecho penal militar ha sido motivo en la doctrina de discusiones cuyo trasfondo es fundamentalmente de matiz político (Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Código de justicia militar*, NEJ, 1952, IV, pág. 304). Lo que, de todos modos, no debe extrañar, dado el carácter eminentemente político de la Ley penal militar (Vd. GIARDI: *Informe al IV Congreso internacional*, cit., *Sesión inaugural*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 49). Preocupa, sobre todo, hoy no ya la jurisdicción militar, sino la extensión de la jurisdicción misma (V. ASÚA y ANTÓN: *Derecho penal*, Madrid, 1930, II, pág. 424; vd., además, PAUCOT: *Rapport*, cit., ob. cit., pág. 71).

(13) Para MANZINI: *Trattato di diritto penale italiano*, 4.^a ed., Torino, 1961, página 140, el Derecho penal financiero es una parte del Derecho administrativo que reprime con pena hechos (acciones u omisiones) contrarios a los intereses financieros del Estado y son así llamados con referencia a la actividad y no a la potestad de la finanza. Sobre el problema: Vd. MALINVERNI: *Il contenuto del diritto penale tributario*, *Studi in onore di F. Antolisei*, II, Milano, 1965, págs. 189 y ss. Conviene, sin embargo, señalar cómo, en la doctrina española, DEL ROSAL: *Ideas sobre la aplicación de los principios del Derecho penal a la infracción tributaria*, ADPCP, 1963, págs. 5 y ss., considera el Derecho penal tributario como una especialidad del Derecho penal (pág. 8), y SAINZ DE BUJANDA: *En torno al concepto y contenido del Derecho penal tributario*, ADPCP, 1968, pág. 107, estima que la infracción tributaria «constituye, lisa y llanamente, una especie de infracción del orden jurídico de naturaleza sustancialmente idéntica a las incorporadas al C. P. y a las leyes especiales»; abogando los autores citados en favor de la aplicación de los principios cardinales del Derecho penal a la infracción tributaria (págs. 16 y 109, respectivamente, en las obs. cits.). En análogo sentido, LANDROVE DÍAZ: *Las infracciones tributarias ante el Derecho penal español*, ADPCP, 1971, página 102.

(14) GOLDSCHMIDT: *Das Verwaltungsstrafrecht, Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht*, Berlín, 1912; WOLF: *Die Stellung der Verwaltungsdelikte in Strafrechtssystem*, Festschrift für Frank, II, Tübingen, 1930, esp., págs. 516 y ss. Particularmente con referencia al Derecho penal económico, defiende su sustantividad EBERHARD SCHMIDT: *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950.

de aquellos principios, tanto en el orden sustantivo como en el orden procesal. Este planteamiento conduciría, sin embargo, a la tesis de un derecho punitivo encuadrado en la teoría general del derecho y a una escisión de lo injusto criminal en tantas clases como derechos penales se han pretendido independizar. Cuestión ésta que hasta ahora no ha conseguido la necesaria claridad ni el general asentimiento para llegar a soluciones practicables en el derecho positivo (15). Sin perjuicio de las consideraciones que podrían ser hechas de *lege ferenda* y en orden a una futura estructuración de los Códigos penales militares, particularmente a la vista de nuestro derecho positivo, esta posición de autonomía máxima del Derecho penal militar no parece factible por el momento. Por ello, como veremos a continuación, habremos de plantear el problema sobre la base de un Derecho penal especial, pero no autónomo (16). La tesis de la autonomía, que tuvo, como después señalaremos, sus más fervientes partidarios, precisamente entre los que propugnan por la consideración del Derecho penal militar como Derecho disciplinario, llevaría, paradójicamente —como afirma el profesor Rodríguez Devesa—, a naturalizar el Derecho penal militar en el área del Derecho administrativo y conduciría a repetir los fracasados intentos de autonomía de un Derecho penal administrativo frente a un Derecho penal criminal (17).

3. Desde un punto de vista jurídico no parece haber razones contrarias a la existencia de una legislación militar en el orden penal y procesal, pues la condición militar de determinadas personas, lugares o cosas pueden hacer variar no sólo cuantitativa, sino cualitativamente la gravedad de las infracciones, incluso al extremo de que hechos.

(15) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 11; El MISMO, en relación al Derecho penal militar: *Exposición de síntesis* al IV Congreso internacional de *Derecho penal militar y Derecho de la guerra*, REDM, núm. 23, 1967, pág. 34. Vd, además, en relación a este mismo derecho, PAUCOT: *Rapport général*, ob. cit., pág. 75.

(16) Vd. MONTULL: *Estudio comparado del delito de traición militar y el de traición del Derecho penal común*, REDM, núms. 25-26, 1968, pág. 45; ídem. PAUCOT: *Rapport*, cit., págs. 75-76. Lo equívoco de la terminología que suele emplearse al tratar de las relaciones entre el Derecho penal militar y el Derecho penal común, a que hemos hecho referencia al principio, se hace patente en el empleo de este término. Así, v. g., CARLOS J. COLOMBO, ob. y rev. cit., páginas 9 y 10, pone de manifiesto, siguiendo a SANTI ROMANO, cómo el término «autonomía» no significa independencia, ni tampoco aislamiento, pero un ordenamiento que se constituye sobre la base de otro superior no se confunde siempre y sucesivamente con este último, sino que puede permanecer bien distinto de él; distinguiendo diversos tipos o grados en aquélla, lo cual es evidente, pero después emplea como sinónimos los términos «sustantividad», «autonomía» y «especialidad», para caracterizar el Derecho penal militar, sin discriminar, ni aclarar, lo que, sin duda, puede dar lugar a equívocos o interpretaciones erróneas.

(17) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., página 12. Estima MEZGER, *Strafrecht, Studienbuch*, 8.^a Aufl., pág. 5, que la doctrina y la legislación se empeñan desde hace tiempo, pero sin lograr un resultado definitivo, en separar más exactamente los dos sectores.

que en otros casos serían impunes, lleguen a constituir graves delitos (18).

El carácter de especialidad de la ley penal militar es, en general, puesto de relieve por la doctrina, pero ha de tenerse presente que el término *especial* es utilizado con varias acepciones.

En una primera acepción el adjetivo especial viene a significar la existencia de una ley que, aun no estando contenida en el Código penal común, lo integra o modifica (19). En esta acepción lo *especial* tiene el sentido de *complementario* (20).

En una segunda acepción suele distinguirse entre Derecho penal común y especial según se aplique a todos los ciudadanos o solamente a un círculo determinado de personas por las particulares condiciones jurídicas en que se encuentran (21). En el caso de Derecho penal militar la ampliación de su contenido disciplinario de infracción de deberes en virtud de la lesión de otros bienes jurídicos, sus particularidades y circunstancias, exigirían doctrinas de parte general, más o menos completas, con propias reglas de procedimiento (22). Ciertamente la ley penal militar contempla especiales hechos criminosos y dirige sus mandatos, conminando con penas, a una determinada categoría de personas. Es, en consecuencia, una ley especial, en cuanto trata de una materia diversa de la común y toma en consideración el *status* del militar (23). Si bien la especialidad de la ley penal mi-

(18) Vd. M. E. MAYER: *Deutsches Militärstrafrecht*, Leipzig, 1970, I, pág. 9.

(19) Cf. ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale*, 6.^a ed., P. G., Milano, 1969, página 10.

(20) Vd. VENDITTI: *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano*, 2.^a ed., Milano, 1971, pág. 16. Del Derecho penal común se distingue el complementario. El primero es el contenido en el Código penal, que es la ley fundamental, no sólo porque comprende en forma orgánica las normas esenciales del Derecho penal, sino, sobre todo, porque en él se encuentran las normas o reglas generales que, por lo común, han de aplicarse también a las demás leyes penales, salvo que en éstas se encuentre establecido especialmente. El segundo, está constituido por las normas penales que se encuentran en las leyes especiales que integran o modifican el Código penal. La distinción, por tanto, es, en este sentido, meramente formal, ya que los motivos de la especialidad suelen ser accidentales: no se refieren al contenido de la norma y son principalmente la extensión, que haría sumamente prolijo el articulado si se incorporase su contenido (Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, Madrid, P. G., 1949, pág. 78). RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., I, P. G., págs. 30-31, estima que es de tipo formal incluso la distinción entre Derecho penal común y especial. No obstante, considera que el precepto de la ley especial debe tener un contenido distinto de la ley penal común, que precisamente diferencia el precepto especial de las leyes simplemente complementarias del Código penal común.

(21) Cf. ANTOLISEI: *Manuale*, cit., pág. 10; ídem. RANIERI: *Manuale di diritto penale*. Vol. I, P. G., 4.^a ed., Padova, 1968, pág. 4; ídem. BETTIOL: *Diritto penale*, 7.^a ed., Padova, 1969, pág. 88.

(22) Vd. TEJEDOR y FERREIRO: *Derecho penal militar*, 1940, pág. 74. Vid., además, ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, Madrid, 1949, I, pág. 85.

(23) Observa, sin embargo, LO CASCIO, ob cit., pág. 11, que si bien la ley penal militar toma en consideración el *status* del militar no lo hace para establecer una diversa medida represiva en consideración a hechos constitutivos de delito,

litar ha de ponerse en relación directa con la materia y no solamente con la especialidad de la condición de aquellos a quienes va dirigida (24).

Finalmente, es considerada como especial aquella ley que constituye la especie respecto del *genus* (ley general) y que contiene respecto de este último los elementos generalizadores sin los cuales se aplicaría la norma general (25). Esta última acepción parece ser la que más precisa el término *especial*, y a ella se refiere expresamente el legislador italiano cuando en el texto del artículo 15 del Código penal especifica que «la ley o la disposición de ley especial deroga la ley o la disposición de la ley general» (26).

Rechaza, sin embargo, en cierto modo, esta última acepción, en nuestro derecho, Rodríguez Devesa, quien estima que, en relación al contraste Derecho penal común-Derecho penal militar, el término *especial* es sinónimo de distinto (27). Prescindiendo de lo equívoco de este último término (28), ello equivale a decir que el Código penal común es la ley general y cualquier otra ley penal distinta es una ley especial. Creo, sin embargo, que en la ley penal militar pueden y deben concurrir generalmente las distintas acepciones predichas. Consecuentemente, la ley penal militar es especial porque es complementaria del Código penal común (29). Lo es igualmente porque la mayor

según la ley penal común, sino para punir hechos que se originan de la inobservancia de especiales deberes, que nacen para el ciudadano en virtud de su *status* militar

(24) Vd. SUCATO: *Istituzioni*, cit.; ídem. LO CASCIO: ob. y pág. cit. CARLOS J. COLOMBO: ob. y rev. cit., pág. 14, llega a afirmar que el centro de gravedad de las infracciones militares debe ser volcado hacia el bien jurídico protegido, si bien —como él mismo reconoce— la cuestión no es tan simple, porque los bienes o intereses se interfieren o entremezclan para constituir una trama compleja.

(25) Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 17.

(26) Aun cuando el que la ley especial deroga la general no está expresado en lugar alguno de nuestro Código, ello se deduce —por lo que a nuestro Derecho se refiere— de la misma existencia de los preceptos especiales, que no tendrían razón de ser si fueran de aplicación los generales (Cf. ANTÓN ONEGA: *Derecho penal*, cit., pág. 461).

(27) RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., página 5. El contraste entre el Derecho penal común y el Derecho penal especial —dice RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, cit., P. G., pág. 30— es, ante todo, topográfico. Legislación penal especial es la que se encuentra extra-muros del Código penal.

(28) El término *distinto* es utilizado por R. DEVESA en contraposición a la significación que el término *especial* tiene en la teoría del concurso de leyes. Mas, de todos modos, el término *distinto* es equívoco, pues también podría decirse que puede haber un derecho distinto dentro de una misma legislación y viceversa, ya que no puede ni debe confundirse el Derecho con la Legislación (Vd. C. J. COLOMBO, ob. y rev. cit., pág. 12). Ciertamente una de las razones para la existencia de una legislación especial es que tenga un contenido distinto de la común. Pero el término *distinto*, si no se aclara, no explica suficientemente el hecho de que en determinados Códigos penales comunes se incluya la legislación militar cuyo carácter de especialidad es notorio.

(29) Para VENDITTI, ob. cit., págs. 29-30, la ley penal militar es ley complementaria porque presupone la ley penal común, sin que se pueda decir que

parte de sus normas se dirigen a una determinada categoría de personas (los militares) (30) y, además, porque sus normas incriminadoras contienen elementos especificadores en relación a las normas comunes (31).

La existencia de una legislación especial está reconocida en el artículo 7.º del Código penal, al disponer éste que no quedan sujetos a las disposiciones del mismo los delitos y faltas penados por leyes especiales —entre los cuales han de incluirse, lógicamente, los delitos y faltas militares (32)— y, a *contrario sensu*, en el artículo 604 se reconoce la existencia de preceptos penales no incorporados al Código penal.

Ahora bien, aun cuando por los motivos de especialidad antes indicados la ley penal militar se encuentra fuera del recinto del Código penal, ello no quiere decir que sea, o deba ser, independiente de los principios establecidos en el mismo, pues éste constituye la Ley penal fundamental y de ello deriva su aplicación en todo aquello que no

tal concepto se aplique a las leyes penales militares en sentido diverso del normal, puesto que la ley penal militar tiene, respecto de las otras leyes penales, la sola particularidad de ser un *Corpus* orgánico, más que un grupo inorgánico de normas; y su relación con la ley penal común se sitúa en los mismos términos en que se relaciona con cualquier otra ley complementaria. Podría oponerse a esta consideración el que nuestro CJM sea estimado como un Código integral, con su propia parte general (Vd. HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares, incriminación e incidencias (Rapport espagnol* al IV Congreso internacional, cit., en *Les délits militaires*, cit., pág. 256) y, en definitiva, con una propia autonomía, pero lo complementario de la ley penal militar no parece venga prejuzgado por una eventual integración de los Códigos militares, puesto que nada obsta el que la naturaleza de la ley permanezca inmutable, no obstante el cambio en la técnica legislativa, cuando no ocurre, como en nuestro CJM, que se transfieren y repiten conceptos y normas prescritas en el CP. Sobre el problema, vd. VENDITTI, ob. cit., págs. 30 y 33. Contra la integración vd., además, FORNARO: *Sulla giurisdizione militare. Luci e ombre*, «Giust. pen.», 1968, II, col. 996. En sentido desfavorable a la integración se pronunciaron la mayoría de los congresistas en el Congreso internacional de Derecho penal militar celebrado en Verona en 1959 (Vd. *Codice penale militare integrale*, Milano, 1961, las *relazioni* de Messina, Bianchi, D'Espinosa, Malizia, Pantano, etc.). En su informe a. IV Congreso internacional, cit., ob. cit., CIARDI se manifestó en favor de un Código integral. Nos parece, sin embargo, que un documento integral —a parte de que, desde el punto de vista del Derecho comparado, pueda ser obstáculo a la unificación— es, sin duda, un documento para iniciados, por lo que es peligroso ponerlo en manos de los no juristas. En este sentido se manifestó el relator general PAUCOT: *Rapport*, cit., ob. cit., págs. 78-79.

(30) Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 18; ídem. BETTIOL: *Diritto penale*, 7.ª edición, pág. 88.

(31) Distingue VENDITTI, ob. cit., pág. 17, en relación a las acepciones predichas, entre Ley especial, en el primer caso, Derecho penal especial en el segundo y norma especial en el tercero; pero estima la concurrencia de todas ellas al tratar de definir la especialidad de la ley penal militar (págs. 17-18).

(32) El Código penal de 1848 establecía la subsistencia de las leyes especiales en su artículo 7.º, pero especificaba tajantemente —cosa que no hace el Código vigente— que no estaban sujetos a las disposiciones del Código penal, además de otros que enumera, los *delitos militares*. Y uno de los principales comentaristas, don JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, hace resaltar que el Código habla

esté determinado en la ley especial. (En el art. 227, párrafo 2.º CJM. de 17 de julio de 1945, art. 1.º, párrafo 2.º LPMMr., de 22 de diciembre de 1955 y art. 12 LPPrNav.Aer. de 24 de diciembre de 1964, se indica expresamente el carácter supletorio del Código penal.) (33).

Por consiguiente, la ley penal militar no constituye, por el hecho de su especialidad, un sector independiente de la legislación en general, como acaece, por el contrario, con las leyes civiles, mercantiles o administrativas, sino que viene a constituir una parte, una derivación, una filiación de la ley penal general (34). El fundamento de la especialidad no radica, por tanto, en los principios, que son los mismos del Derecho penal común, sino en las peculiaridades del Derecho penal militar, que nacen de las finalidades que el ordenamiento jurídico adscribe a las fuerzas armadas (35).

No parece, en consecuencia, que el Derecho penal militar pueda considerarse como una disciplina plenamente autónoma, sino más bien como un complemento del Derecho penal común. De los *rappports* presentados al IV Congreso internacional de Derecho penal militar se desprende una tendencia general a aplicar las disposiciones del Derecho penal común, aunque con restricciones o derogaciones. Es la solución preconizada, más o menos, por las legislaciones francesa y belga, en las que las derogaciones conciernen, no ya a los grandes principios fundamentales, sino, más bien, a los procedimientos técnicos de determinación de la pena (35 bis). También las legislaciones alemana y austríaca parecen admitir el Derecho común, aunque con ciertas derogaciones (36). En Suiza, el Derecho penal militar parece estar, en gene-

de los delitos militares, no de los de los militares, y considera como tales los que declara la ley militar, sea porque la ley común no los haya declarado, porque sólo por el militar puedan cometerse, sea, porque, aun declarados en aquélla, el Código militar haya agravado su carácter y aumentado su pena para el caso de que por militares sean cometidos (*El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1888, I, págs. 118 y ss.).

(33) En relación al artículo 205 del CJM chileno, equivalente al 227, párrafo 2.º del CJM español, afirma ROMÁN VIDAL: *El delito militar en el Código de Justicia militar chileno*, REDM, núm. 9, 1960, pág. 185, que no puede darse reconocimiento más categórico de que el Derecho penal militar es un Derecho penal especial, sin sustantividad propia, como se deduce del precepto citado, en relación al contexto del título.

(34) Cf. CIARDI, *Trattato...*, cit., pág. 15.

(35) RODRÍGUEZ DEVESA: *Exposición de síntesis* al IV Congreso internacional, cit., en *Les délits militaires*, cit., pág. 452.

(35 bis) Vd., además de los correspondientes *rappports*, el *rapport* general cit., de PAUCOT, en el Congreso internacional, cit., ob. cit., págs. 75-76.

(36) V. g., el miedo no excusa, si el deber militar exige superarlo, según el párrafo 6.º de la *Wehrstrafgesetz* de 1957 (Vd. *Die Militärischen Straftaten Strafantragung und internationale Auswirkungen*, en *Les délits militaires*, cit., página 150). También en nuestro derecho el CJM considera que el miedo no excusa en el caso de delitos cometidos por militares, si bien se establecen excepciones para determinados delitos, como señalaremos después, lo que supone una falta de coordinación técnica con los principios, que se pretende mantener.

ral, de acuerdo con el derecho penal común, salvo ciertas particularidades (37).

En relación a la legislación española pudiera pensarse que existe una mayor diversidad o autonomía, ya que el CJM puede considerarse, en cierto modo, como un Código integral, con su propia parte general, donde, con independencia del CP, se determinan: el concepto del delito militar, las responsabilidades penales y civiles, circunstancias y reglas de aplicación de las penas (38). Pero, aparte de que legislación no equivale a Derecho, esta normativa se establece en forma paralela a la del CP, hasta el punto de que muchas de sus prescripciones son reproducciones íntegras de las del Derecho penal común. Es preciso señalar, sin embargo, cómo algunas de las desviaciones que, por motivos de especialidad, aparecen en el CJM suponen una evidente falta de coordinación con los preceptos del CP, lo que, en determinados casos, roza incluso los propios principios fundamentales a que aquellos preceptos responden y a los que la legislación especial debe ajustarse. Sin entrar, por ahora, en el estudio particularizado de los distintos casos y refiriéndonos exclusivamente, como es lógico, a la parte general, pensemos, v. g., en el núm. 1.º del artículo 189, por lo que al discernimiento se refiere; artículo 183, en relación al principio de legalidad; párrafo 2.º del núm. 10 del artículo 185, por lo que se refiere al miedo entre no militares; núm. 1.º del artículo 199, en relación el encubrimiento; duración y aplicación de las penas (arts. 211 y siguientes), etc.

Para la existencia de una legislación especial no basta que el precepto se halle en un lugar distinto del CP (39), sino que ha de tener, además, un contenido distinto de la ley penal común (40), es decir, comprender delitos o faltas no previstos en el CP. Lo cual supone que la reduplicación de preceptos es ya, sin perjuicio de otras consideraciones negativas, un grave defecto de técnica legislativa (41).

(37) Cf. KELLER: *Die Militaerischen Delikte, rapport* suizo al Congreso internacional, cit., ob. cit., págs. 396 y ss.

(38) Vd. CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 19, para quien los Códigos integrales deberán contener todos los delitos, militares y comunes, de modo que resulte una ley única para los militares, mientras que la legislación complementaria deberá —por lo que a los Códigos militares se refiere— contemplar los delitos considerados como exclusivamente militares y los llamados *objetivamente* militares, que comportan una violación de un deber común y de un determinado deber militar (v. g., la insubordinación). Vd., además, EL MISMO: *Note sur les systèmes de codification pénale militaire*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 40, donde se pronuncia en favor de un sistema integral.

(39) Vd. Nota 28.

(40) Para ROMÁN VIDAL, ob. y rev. cits., pág. 179, el contenido del Derecho penal militar viene determinado, primero, por la infracción de deberes militares y luego por el atentado contra bienes jurídicos que hacen relación a la existencia y seguridad misma del país y del ejército. La solución, sin embargo, no es tan clara en la práctica, por la dificultad de esclarecer y determinar el contenido del bien jurídico protegido, como veremos después.

(41) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA, *Delito militar*, NEJ, 1954, VI, pág. 600.

No obstante su especialidad, el que los delitos militares se encuentren fuera del CP es, en cierto modo, accidental (42), ya que técnicamente no hay inconveniente alguno en que se incluyan dentro del mismo, como sucede, v. g., en los Códigos penales de los países socialistas y en algunos otros de los de la Europa occidental. Baste de ejemplo el Código penal soviético de 1960 (Cap. XIII de la Parte especial) y aún el más moderno de Polonia de 1969 (Caps. XXXVII a XLIII), por lo que a los primeros se refiere, y el Código penal austríaco (modificado por la Ley de 3 de noviembre de 1945 (donde se establecen disposiciones particulares para los militares anexas al Código penal) (43) y el sueco de 1962 (Caps. XXI y XXII) (44), por lo que se refiere a los países occidentales.

No debe confundirse derecho especial con derecho de excepción, pues si bien todo derecho de excepción es derecho especial, no todo derecho especial es derecho de excepción. El derecho militar contenido en el CJM es un derecho especial, pero no excepcional, ya que la protección de la disciplina y del potencial bélico de un país ha de considerarse como un interés estatal de carácter permanente, no excepcional, ni transitorio (45). Debo señalar, sin embargo, que la solución podría ser distinta si nos situamos dentro del ámbito del derecho procesal militar, porque la jurisdicción penal militar es una jurisdicción de excepción, en cuanto que toda jurisdicción distinta de la ordinaria lo es (46), pero no desde el punto de vista del derecho material, que es el que a nosotros interesa, por ahora.

Puede haber un derecho penal militar de excepción, que surge, como consecuencia, v. g., de una guerra civil o internacional, de graves alteraciones del orden público o catástrofes de otro tipo, en que se hace preciso dictar disposiciones de mayor dureza. Es el caso de los bandos dictados por las autoridades militares a quienes se atribuye la competencia, y que han sido considerados como fuente especialísima de normas penales militares (47). Esto no obsta, sin embargo, para que en determinadas legislaciones se prevean estas situaciones, existiendo por ello, dos Códigos o leyes militares para situaciones de

(42) La razón de ser de una legislación penal —dice RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. G., pág. 31— es siempre la oportunidad. Dicho con otras palabras, puramente accidental.

(43) Vd. ZLAMALA: *Les infractions militaires (Rapport austríaco al IV Congreso onternacional, cit.)*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 171.

(44) Ha entrado a regir el 1.º de enero de 1965.

(45) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., pág. cit.; ídem. COLOMBO, obra y revista citada, pág. 42.

(46) Vd. RODRÍGUEZ DEVESAS *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., páginas 7 y 8.

(47) Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 34. Lo usual es que los bandos no instituyan figuras nuevas, sino enumeraciones de los hechos, que se considerarán comprendidos en las existentes con anterioridad. Procedimiento por el cual muchas veces se han extendido éstas (Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 89).

guerra o paz, ambos con carácter permanente (48), como ocurre, pongo por caso, en las legislaciones italiana (49) y sueca (50).

Generalmente la noción de especialidad, a que hemos hecho referencia, vale, ante todo, para las leyes de paz, las cuales constituyen el aspecto normal de la legislación militar, pero sirve también, en cierta medida, para las leyes de guerra, en relación a las cuales se ha hablado de una «especialidad de segundo grado». Y ciertamente, la ley penal militar de guerra puede considerarse, en cierto modo, como especial respecto de la ley penal militar para la paz. Pero las leyes penales militares de guerra constituyen no ya tan sólo una especialización de la disciplina jurídica prevista en la norma general, sino una interrupción de la consecuencia lógica respecto de las normas penales comunes y de las normas penales militares de paz (51).

Las anomalías que la normativa de guerra presenta respecto de la de paz, tanto sobre el plano del derecho material (pensemos, sobre todo, en los bandos y en la proliferación de la pena de muerte) como procesal (tribunales militares de guerra), justifican plenamente la calificación de excepcionales atribuidas a las leyes militares de guerra (52).

Finalmente la ley penal militar, en cuanto *ius singulare*, debe prevalecer, en consecuencia, sobre la ley común en caso de conflicto. Y donde la norma especial, al tutelar intereses de naturaleza militar, prescindida de la tutela de los intereses de orden común, deberá encontrar aplicación la ley penal común, como derecho supletorio (53).

(48) Hemos afirmado, sin embargo, que las situaciones de excepción suelen ser transitorias y, por tanto, el derecho especial que las regula será, sin duda, un derecho de excepción. Pero puede existir una legislación estable y, en cierto modo, permanente, si bien su aplicación tiene lugar tan sólo en situaciones excepcionales, como en el caso de guerra, que no puede considerarse normal respecto del estado de paz, aunque se estime por algunos que es la guerra la normal función de las fuerzas armadas; pues con semejante conclusión podría llegarse a afirmar que «la violación de la norma penal es un acto normalísimo, porque la función normal de la norma es la de incriminar y reprimir hechos delictivos» (Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 20).

(49) El 1.º de octubre de 1941 entraron en vigor los Códigos penales militares vigentes: el «Codice Penale Militare di Pace» y el «Codice Penale Militare di Guerra», publicados por R. D. de 20 de febrero de 1941. Sobre la cuestión vd. CLARDI: *Traitato*, cit., págs. 14 y ss.

(50) Cap. XXII del Código penal sueco de 1962 (Vd. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ: *La nueva legislación militar sueca*, REDM, núm. 20, 1965, págs. 87 y ss.).

(51) Sobre el problema, vd. VASSALLI: *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, págs. 6 y ss.

(52) Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 19.

(53) Consecuentemente, las normas penales comunes establecen principios que son aplicables también a la materia regulada por la ley penal militar, y las normas penales militares configuran instituciones que, aun teniendo carácter especial, funcionan ordinariamente según reglas generales, salvo la posibilidad de derogación de tales reglas, allí donde la especialidad de aquellas instituciones haga necesaria una peculiar disciplina (Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 21); vd., además, HERNÁNDEZ OROZCO: *Rapport*, cit., pág. 256). El artículo 16 del Código penal italiano establece que las disposiciones del mismo «se aplican también a las materias reguladas por otras leyes penales en cuanto no sea establecido por éstas de otro modo». El artículo 15 del citado Código, a que ya hemos aludido con an-

4. La especialidad del Derecho penal militar se ha tratado de fundamentar tomando como base las consecuencias a que lleva la organización profesional. Se trataría de una especie de derecho corporativo, supuesta la autonomía de las fuerzas armadas en los órdenes legislativo, ejecutivo y judicial (54). Se ha tratado de extraer analogías con los casos, v. g., de los delitos de los funcionarios, si bien el Derecho penal militar sería el grupo más importante y desarrollado, por el interés social de la profesión; lo cual justificaría la existencia de un Código militar especial donde se comprendan las diferentes figuras atentatorias a la buena marcha del Ejército y explicaría el que se estudie el Derecho penal militar como una rama especial dentro del Derecho positivo. Pero de esta forma no quedan suficientemente caracterizados los delitos que sanciona el CJM y los Códigos militares de otras naciones. Podrían, si acaso, distinguirse los delitos exclusiva o propiamente militares, pero no se justificarían otras figuras delictivas que aparecen en los Códigos militares, lo que sólo podría hacerse por consideraciones de oportunidad o procesales, aunque no sustantivas, del mismo modo que se explica el que sean Consejos de guerra los que sancionen delitos comunes cometidos por militares aplicando el Código penal común (55). Apresurémonos a decir que la naturaleza de órgano que ha de conocer de los delitos especiales no influye, en absoluto, en la calificación legal. Hay casos en que la jurisdicción ordinaria conoce de delitos especiales y casos en que una jurisdicción especial conoce de delitos contenidos en el Código penal común (v. g., los delitos de abastecimientos, atribuidos a la jurisdicción ordinaria y el homicidio cometido por un militar contra un paisano, atribuido a la jurisdicción militar) (56).

terioridad, establece la preponderancia de la norma especial de cualquier modo que surja una relación de especialidad entre varias normas. Finalmente, el artículo 19 del Código penal militar italiano para la paz, se pronuncia en el mismo sentido que el artículo 16 del Código penal común en relación a las materias reguladas por el Código penal militar para la guerra. Vd., además, en relación a nuestro derecho positivo, lo dispuesto en los artículos ya citados del CJM, LPMMr. y LPPr.NA.

(54) Sobre el problema, vd. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA: *Derecho penal. cit.*, pág. 430; ídem. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, 3.^a ed., 1964, páginas 1359 y ss.

(55) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1360.

(56) Vd. COLOMBO, ob. y rev. cit., págs. 19 y 20, quien afirma, en relación del derecho argentino, que mientras hay delitos comunes que son juzgados por tribunales militares (CJM, art. 103, 2 y 3), existen delitos militares que son juzgados por tribunales comunes (art. 669 CJM), siquiera en este último caso se trate de un sujeto civil, pero que con su acto lesione la disciplina militar. Consecuentemente la condición del sujeto activo puede ser determinante de la jurisdicción; pero, según la naturaleza de la infracción cometida, «la determinación del sujeto —afirma el citado autor— hace más a la jurisdicción que a la sustantividad de lo jurídico militar; por eso, mientras hay delitos cometidos por un militar que no interesan al Derecho penal militar —porque no lesionan a bien por él tutelado—, hay delitos cometidos por civiles que son de Derecho penal militar, porque, aunque quien incurra en ellos no sea militar, lesiona el bien o interés que él debe proteger, y sin perjuicio de cuál ha de ser la jurisdicción

De otro lado la tesis de la profesionalidad o corporativismo (57) no parece factible a la vista de nuestro derecho positivo militar, que no reduce su esfera de aplicación a los militares, sin perjuicio de que hoy se afirma la tesis de que la eficacia de las fuerzas armadas no es un bien privativo de los ejércitos, sino un interés estatal, considerando que «en el centro del Derecho penal militar no está hoy el militar, sino la potencia bélica del Estado» (58).

De todos modos el criterio de la profesionalidad no parece pueda ser considerado como base o fundamento único de la especialidad del Derecho penal militar. Pero el carácter militar del sujeto no puede ni debe dejar de ser tomado muy en cuenta, aunque no exclusivamente (59), ni en un sentido excesivamente restringido (60), junto a cri-

que conozca del hecho tipificado». Pero debe señalarse —como hace notar el mismo COLOMBO—, *Los delitos militares, incriminación e incidencias internacionales, Rapport* al IV Congreso internacional, cit., pág. 165, como en el Derecho argentino, en tiempo de paz, son pocas las disposiciones relativas a los delitos militares aplicables también a los civiles, con la particularidad de que éstos son juzgados por los tribunales comunes y no por los tribunales militares, salvo en casos de emergencia grave. Nadie discute, por lo demás, la aplicabilidad del Derecho militar a los civiles en tiempo de guerra.

(57) Una aplicación de este criterio parece desprenderse de lo dispuesto en el Proyecto luxemburgués, según el cual los delitos militares no pueden ser cometidos más que por una categoría de personas, las pertenecientes a las fuerzas armadas, en razón de la misión especial que han de cumplir, siendo, por este hecho, justiciables ante una jurisdicción especial militar. Criterio que tiene, por otra parte, mucho de jurisdiccional, lo cual no deja de ser un tanto sorprendente, dado que es normalmente la naturaleza de la infracción la que debe determinar la jurisdicción (Vd. WAMPACH: *Domaine et division des délits militaires, Rapport* al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., pág. 356; vd., además PAUCOT. *Rapport général*, cit., ob. cit., pág. 72). También, y en cierto modo, tiende hacia este punto de vista la legislación austríaca (Vd. ZLAMALA: *Rapport*, cit., página 171). Las infracciones militares, consideradas como «delitos profesionales», no pueden ser cometidas más que por miembros de las fuerzas armadas «en estado de presencia», esto es, en activo. Por el contrario, las infracciones de Derecho común pueden ser cometidas tanto por civiles como por militares.

(58) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 8. Para QUEROL y DURÁN: *Principios de Derecho militar español*, Madrid, 1948, pág. 55, «el fundamento de la especialidad que da razón de ser al Derecho penal militar no mira tanto subjetivamente al autor de la infracción como objetivamente a la materia del delito, consiste siempre en un daño a la Institución armada» Y COLOMBO, ob y rev cit, pág 41, en relación al derecho argentino, va aún más allá, afirmando que el Derecho penal militar no regula la profesión del militar, que es sólo uno de los instrumentos con que la nación y el estado pueden cumplir sus finalidades; lo que regula es la lesión a las finalidades mismas y a los medios de realización que posibilitan su cumplimiento, sea quien fuere el autor. Sin embargo la idea de la profesionalidad está presente, con más o menos limitaciones, en la mayor parte de las legislaciones europeas y americanas. (Vd. PAUCOT, *Rapport*, cit., págs. 72 y 73).

(59) En Alemania los civiles pueden ser perseguidos por su participación en los delitos militares, pero no pueden ser autores de una infracción militar (*Die Militaerischen...*, cit., pág. 159). En sentido más o menos análogo la legislación de la U. R. S. S. (vd. art. 277 CP de 1960).

(60) Se deben aceptar una concepción del militar más amplia sobre el plano

terios objetivos, particularmente el perjuicio ocasionado al ejército o, si se quiere, al potencial militar del Estado. Lo cual es de suma importancia a la hora de esclarecer y precisar la naturaleza y contenido del Derecho penal militar (61).

5. Se ha pretendido sostener que el Derecho penal militar es un derecho disciplinario, considerando que los delitos propiamente disciplinarios serían los cometidos por militares con infracción de los deberes del servicio (62). Es preciso señalar, sin embargo, que también la disciplina, no obstante lo equívoco y confuso del término (63), puede considerarse como el bien jurídico lesionado o puesto en peligro en la mayor parte de los delitos militares (64). Bajo este punto de vista, ya se ponga el acento en los intereses del Ejército (Pereiro Sordo) o en el interés del Estado en la eficacia de sus fuerzas armadas (Rodríguez Devesa), no parece puedan encontrarse diferencias en los particulares delitos militares que destruyan la identidad conceptual entre éstos y los delitos de tipo común, ya que con su incriminación se protegen igualmente bienes jurídicos (65).

Ahora bien, si al aludir al carácter disciplinario del Derecho penal militar se trata de reducir la infracción militar a la categoría de simple infracción administrativa, no parece pueda encontrarse una justificación para encuadrar en el ámbito de lo ilícito administrativo un gran número de delitos en que la lesión de la disciplina coincide con la le-

penal que sobre el plano administrativo, particularmente si se parte de un criterio simplista, en el sentido de qué delito militar sea el hecho culpable cometido por un militar y sancionado por una ley represiva militar (Cf. PAUCOT. *Rapport*, cit., pág. 69).

(61) Vd. BOSLY y RINGOET: *Les délits militaires, incriminations Rapport* belga al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., págs. 200 y 202, quienes proponen dos criterios: subjetivo, aunque con gran amplitud y un tanto formal, y objetivo, en el que se tienen en cuenta los efectos de la infracción, aun más amplio.

(62) Vd. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 86. Para RODRÍGUEZ DEVESEA: *La «acción penal» y la «acción disciplinaria»*, REDM, núm. 7, 1959, página 104, debe rechazarse como criterio ordenador el de la infracción de deberes, porque el deber jurídico se establece en consideración a un determinado bien jurídico y, por ello, lo esencial es el bien jurídico, no el deber infringido. Hacia una combinación de criterios parece dirigirse ROMÁN VIDAL, ob. y rev. cit., página 179, al considerar que el contenido del Derecho penal militar viene determinado por la infracción de deberes militares y luego por el atentado contra bienes jurídicos que dicen relación con la existencia y seguridad del país y del Ejército.

(63) Sobre la multivocidad del término «disciplina», vd. RODRÍGUEZ DEVESEA: *La «acción penal»...*, cit., págs. 74 a 77, quien afirma que la palabra sólo se emplea en su acepción estricta, como conjunto deberes de superiores e inferiores, concernientes a la relación de mando y obediencia, y concluye, finalmente, que el concepto amplio de disciplina es imposible de manejar técnicamente, ya que encierra una multitud de cosas heterogéneas y de muy desigual importancia.

(64) Vd. RODRÍGUEZ DEVESEA: *Código de Justicia militar*, NEJ, cit., página 304. Para M. E. MAYER, ob. cit., pág. 10, la idea que domina en el Derecho penal militar es la de la disciplina, no como bien jurídico del ejército, sino de la nación.

(65) Vd. RODRÍGUEZ DEVESEA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., págs. 17 y 18.

sión de otro bien jurídico (66). Así, v. g., en el artículo 320 del CJM, ubicado dentro del título X, Tratado II (delitos contra la disciplina militar) se alude al militar que, en acto de servicio o con ocasión de él, maltratase de obra a un superior, causándole la muerte o lesiones graves. El delito es «exclusivamente militar», a pesar de conjuntarse la lesión de un bien jurídico no militar que determina la imposición de la pena de muerte.

De otra parte, el Derecho disciplinario se distingue del Derecho penal propiamente dicho en que mientras éste se ordena a la defensa del orden jurídico general, el disciplinario mira a la mejor organización de un servicio público. En el penal las infracciones están cuidadosamente delimitadas por medio de figuras de delito que faltan en el disciplinario o que, si existen, tienen contornos mucho más amplios. En el primero el elemento esencial es, según la opinión dominante, el bien jurídico y en el segundo la infracción de un deber especial con relación a un servicio determinado, y si bien se exige la culpabilidad, basta la negligencia (67). En cuanto a las penas contra las infracciones criminales, son las más frecuentes las privativas de libertad, que no son, en general, en el derecho disciplinario, el cual utiliza, además de las multas, apercibimientos, suspensiones o expulsiones ordenadas a la advertencia o a la selección mejor que a la retribución, a la ejemplaridad o a la reeducación. La sanción punitiva es impuesta por los órganos de la jurisdicción criminal mediante un proceso que debe estar ordenado a las máximas garantías para el reo y que termina con sentencias irrevocables, una vez firmes, mientras la facultad disciplinaria reside en autoridades administrativas, que se valen de un procedimiento de esta naturaleza y que termina mediante resoluciones, por lo común, revocables (68).

En síntesis podría afirmarse que en el Derecho penal domina el principio de legalidad y en el disciplinario el de oportunidad. Uno es,

(66) Ni siquiera dentro de las infracciones de menor gravedad puede justificarse fácilmente el que hechos como, v. g., el hurto, lesiones, desórdenes o escándalo público, etc., que están castigados ya en los Códigos penales comunes, puedan encuadrarse en el ámbito del Derecho disciplinario, ya que, por la simple circunstancia de que sean cometidos por militares, no puede afirmarse que impliquen infracciones de deberes específicamente militares. La obligación de respetar la propiedad ajena, o la integridad corporal, viene impuesta por el ordenamiento en general a todos los miembros de la sociedad (Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *La «acción penal»...*, cit., rev. cit., págs. 101 y 102).

(67) JAGUSCH: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a Aufl., I, página 87.

(68) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 10.

Por otro lado, los hechos más graves de incumplimiento de los deberes de disciplina son también delitos en el CP, como vemos en el título de los cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, donde se imputan actos de incumplimiento de los deberes profesionales cuando se considera que lesionan, además, el interés general (Cf. STAMPA BRAUN: *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, págs. 52 y ss.).

o debe ser, justicia, el otro administración (69). Si partimos de las distinciones que acabamos de señalar —y prescindiendo ahora de consideraciones de *lege ferenda* (70)—, habría que atribuir al Derecho penal militar, rectamente entendido, la categoría de Derecho criminal (71).

Yo diría finalmente que al Derecho penal no puede, sin más, atribuírsele la categoría de Derecho exclusivamente disciplinario. Aunque el Derecho penal militar suponga disciplina, particularmente en lo que a la subordinación jerárquica se refiere, y la eficacia de un ejército dependa en gran parte de la disciplina, no puede decirse que dependa totalmente de ella (72), ya que, junto a delitos en que la disciplina aparece en primer plano (73), nos encontramos en los Códigos militares con delitos y faltas que podrían encuadrarse perfectamente dentro del CP, sin merma o menoscabo del propio sistema, ya que se trata de hechos que lesionan o ponen en peligro determinados bienes jurídicos, como la vida, la integridad corporal, la propiedad, etc., al mismo tiempo que ocasionan un perjuicio mediato al Ejército (74). Por otro lado, una gran parte de las infracciones de menor gravedad, consideradas como faltas, no responden esencialmente al mantenimiento de la disciplina (75) e incluso las sanciones con que se castigan aquellas, y que el legislador denomina «correcciones», podrían ser consideradas, dadas sus características en orden a la ejecución y a la duración, como auténticas penas (76).

Sin embargo, debe reconocerse que, junto a un número de precep-

(69) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Código de justicia militar*, cit., rev. cit., página 304.

(70) El mismo RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar...*, cit., rev. cit., páginas 27 y 28, admite que se simplificaría enormemente la ley penal militar, facilitando su aprendizaje y manejo, sobre todo si se construye un derecho disciplinario de naturaleza administrativa y no penal.

(71) Partiendo del punto de vista de la opinión dominante de que el derecho disciplinario cae en la órbita del derecho administrativo, estima RODRÍGUEZ DEVESA: *La «acción penal»...*, cit., rev. cit., pág. 102, que no hay en el Derecho militar (entendido no como rama autónoma, sino como conjunto de especialidades) un derecho disciplinario. Para el citado autor, las infracciones que conciernen a los particulares deberes que imponen al militar su pertenencia al ejército («infracciones disciplinarias») constituyen siempre infracciones penales: delitos y faltas militares, puesto que están sujetas a los mismos principios que rigen para el Derecho penal común.

(72) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 9.

(73) El CJM habla de «delitos contra la disciplina militar» en la rúbrica del título X del Tratado II, pero, aun cuando los deberes militares, incluso distintos de los expresados en el citado título, se mencionen entre los delitos militares que se castigan en el CJM, no vuelve a aparecer en él la disciplina como un particular bien jurídico merecedor de especial protección jurídica.

(74) Vd. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., pág. 515.

(75) Vd., nota 66.

(76) Confr. arts. 415 y 416 CJM. En determinados casos las sanciones, particularmente las privativas de libertad, son más graves, de mayor duración, que las impuestas para los delitos en el CP.

tos propiamente penales, en el CJM existen otros, particularmente por lo que respecta a las infracciones de menor gravedad, que, por la naturaleza de la sanción y el procedimiento empleado para su imposición, han de reputarse de carácter disciplinario (77).

Puede afirmarse, en consecuencia, que las leyes penales militares contienen preceptos de naturaleza penal y de tipo administrativo. Pero no parece factible establecer límites precisos entre unos y otros, al menos a la vista de nuestro derecho positivo militar, que se caracteriza, en este punto, por su confusionismo (78), pues hay zonas en que los límites se desdibujan, obligando al juzgador a suplir la ausencia de una delimitación legal (79). He aquí por qué Antón Oneca pone de relieve las interferencias que se dan en el Derecho penal militar entre el penal y el administrativo, considerándolo como mixto. Pues los delitos que llevan propiamente el nombre de militares son los que tienen por características la infracción de un deber de servicio; pero la absorción en el delito militar —junto al quebranto de la disciplina— de graves ataques a bienes jurídicos de carácter común en tipos de naturaleza compleja, que por sí mismos serían delitos comprendidos en figuras generales del CP (insulto a superior con resultado de muerte o lesiones, insulto a fuerza armada, v. g.) y la gravedad de las penas conminadas, incluso para los de contenido meramente disciplinario (penas iguales o mayores que las comunes) —piénsese en la pena de muerte

(77) Confr., v. g., arts. 438, 4; 439, 4 y 5; 443, etc. CJM. Téngase en cuenta, además, que el propio art. 207 CJM dispone que sólo se reputarán penas, las impuestas por los Tribunales en virtud de procedimiento judicial y que las «correcciones» que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se reputarán penas. Si, como es opinión dominante, se considera que la pena es uno de los caracteres del delito, aquellas conductas cuya consecuencia no es una pena no serán delitos, y siendo, por otra parte, evidente que en el procedimiento que se sigue para las faltas no hay un verdadero sistema de garantías (acusación y defensa), ni concluye con una sentencia dictada por un tribunal (Consejo de Guerra), todo ello vendría a servir de argumento en favor de que las faltas militares tienen naturaleza administrativa. En este sentido parece manifestarse HERNÁNDEZ OROZCO, ob. cit., pág. 266, nota 19, aunque no muy claramente, pues estima que las llamadas faltas graves y leves en el CJM «aun siendo de análoga naturaleza y respondiendo a los mismos principios —que los delitos— entran, sin embargo, de lleno en la esfera del derecho disciplinario. Para John GILISSEN: *Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones*, REDM, núm. 8, 1959, pág. 26, la acción penal se traduce por un procedimiento judicial; la acción disciplinaria por un procedimiento extrajudicial.

(78) Vd. PAUCOT: *Rapport général*, cit., ob. cit., pág. 100.

(79) De aquí que el propio RODRÍGUEZ DEVESA: *La «acción penal»...*, cit., rev. cit., pág. 96, reconoce que de las normas que regulan en el CJM los delitos y las faltas militares, habría que llegar a una primera conclusión, la de que estas últimas tienen en parte naturaleza penal y en parte naturaleza administrativa. Esto es, al no existir argumentos decisivos en favor de una naturaleza unitaria penal y administrativa, habría que concluir que las faltas militares tienen naturaleza mixta; aunque después, estima que esta conclusión no es satisfactoria y termina afirmando con argumentos, a nuestro juicio poco convincentes, que las faltas militares tienen en nuestro derecho naturaleza penal. Vd., sin embargo, en RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, cit. II, pág. 516.

como única—, obliga a adoptar análogas garantías que en las leyes punitivas ordinarias para la definición de los delitos y la aplicación de las penas (80).

De *lege ferenda*, y particularmente por lo que se refiere a las infracciones de escasa gravedad establecidas en las leyes penales militares, sería preferible tratar de delimitar la frontera entre lo penal y disciplinario y traducir en cuerpos legales distintos los preceptos de uno y otro carácter, creando, v. g., reglamentos disciplinarios, junto a las leyes punitivas militares, como sucede en una gran parte de la legislación comparada (81). Ahora bien, partiendo del punto de vista de la independencia entre la acción penal y la disciplinaria (82), y dado que un mismo hecho puede ser considerado desde el punto de vista penal o disciplinario, será preciso evitar la posibilidad de una doble sanción, pues el militar y la opinión general reaccionará, lógicamente, de manera desfavorable ante esa posible duplicidad. Tal vez una de las fórmulas para paliar estas situaciones sería dejar a los reglamentos disciplinarios la posibilidad de sancionar exclusivamente aquellas transgresiones disciplinarias que no hayan sido catalogadas, descritas o sancionadas en los Códigos penales militares (83).

(80) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., I, pág. 10.

(81) Así, v. g., las legislaciones de Argentina, Austria, Alemania, Italia, Francia y Bélgica, entre otros países, tratan de limitar los poderes disciplinarios de las autoridades militares, creando reglamentos muy completos que contienen definiciones de las transgresiones disciplinarias o, en su defecto, establecen principios fundamentales para la aplicación de las normas disciplinarias (vd. los distintos *rappports* al IV Congreso internacional militar, cit., en *Les délits militaires*, cit.).

La dificultad de obtener criterios diferenciales para la distinción entre infracciones penales y transgresiones disciplinarias se pone de manifiesto a través del examen de las distintas legislaciones; así, v. g., la mayor parte de las faltas que sanciona el Reglamento de disciplina belga corresponde a hechos calificados de infracciones por la ley penal, solamente su gravedad es menor (Cf. BOSLY y RINGOET: *Rapport*, cit., ob. cit., pág. 195); y hechos considerados como faltas disciplinarias en una legislación son considerados como infracciones penales en otra (confr. v. g., art. 21 de la *Webstrafgesetz* alemana de 1957 en relación al art. 10 del Reglamento de disciplina militar belga). También en el Reglamento de disciplina militar holandés se acude, en último término, al criterio de la gravedad para establecer la distinción (cf. VERMEER: *Les délits militaires, Rapport* al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., pág. 393). El Reglamento disciplinario del ejército brasileño define la transgresión disciplinaria como toda violación del deber militar en su manifestación *elemental* y *simple* (vd. CANABARRO REICHARDT: *Delitos militares, incriminação e incidencias internacionais*, en *Les délits militaires*, cit. pág. 241).

(82) Sobre la independencia entre la acción penal y disciplinaria, además, de las obras ya citadas, vd. GARDON: *Relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria y límite respectivo entre las dos acciones*, REDM, núm. 8, págs. 20 y 24, quien, poniendo de relieve que las penas son de la competencia exclusiva del poder judicial y las sanciones disciplinarias de la competencia del ejecutivo, concluye que la tendencia actual en todos los países es la de restringir el ámbito de lo disciplinario limitándolo a las transgresiones de orden interior y diferir a las jurisdicciones competentes el conocimiento de las infracciones disciplinarias graves.

(83) El Reglamento militar holandés califica de faltas disciplinarias «todos los hechos no descritos por una ley penal, contrarios a una orden

Finalmente, y teniendo en cuenta la no aplicación, en general, del principio «*nullum crimen sine lege*» en materia disciplinaria, habría que preguntarse si un tal sistema reglamentario ofrece suficientes garantías para el individuo en las faltas contra la disciplina, pues, por

o reglamento de servicio o incompatible con la disciplina o el orden en las fuerzas armadas» (art. 15), si bien incluye, además, todas aquellas infracciones de las cuales puede conocer la jurisdicción militar, con tal que las transgresiones sean tan poco graves que se puedan sancionar sin recurrir a las jurisdicciones militares. Consecuentemente, también todas las infracciones —tanto las de Derecho común como militar, a excepción de los delitos fiscales— pueden ser tratadas, llegado el caso, como transgresiones disciplinarias (Vd. VERMEER, ob. cit., página 394). En la legislación austriaca las conductas no incriminadas en la ley penal militar pueden ser sancionadas en vía disciplinaria. El art. 668 StGB hace alusión a este punto. La acción disciplinaria se ejerce de forma que las contravenciones punibles, según la legislación penal militar, no sean reprimidas por la jurisdicción penal cuando la sanción disciplinaria impuesta en el curso del procedimiento precedente hace inútil una represión judicial (Cfr. ZLAMALA, ob. cit., pág. 183). En el derecho militar turco, si bien se admite la acumulación de acciones penales y disciplinarias, para el caso de punición anterior en vía disciplinaria —aunque se computa la pena disciplinaria ya cumplida (art 180 CPM)—, cuando se trate de infracciones previstas en el CPM, no ocurre lo mismo en el caso de los llamados delitos disciplinarios establecidos en el Reglamento de disciplina (LTD), y si el tribunal ha conocido del caso debe declararse incompetente (Cf. ERMAN: *Les délits militaires, Rapport* al IV Congreso internacional cit., ob. cit., pág. 422).

Las disposiciones disciplinarias vigentes en la U.R.S.S. se encuentran en el Reglamento disciplinario para las Fuerzas Armadas de 23 de agosto de 1960, que, con base en el CP, contiene disposiciones en parte penales y en parte disciplinarias, pudiendo, determinadas infracciones, cuando concurren circunstancias atenuantes, ser corregidas disciplinariamente.

En el terreno jurisdiccional, la interdependencia entre ambas acciones, penal y disciplinaria, por lo que a los derechos francés y suízo se refiere, resultará del hecho de que dos acciones se encuentren en su momento inicial en mano de una misma persona: el jefe militar. Este, disponiendo de las dos acciones, ha de escoger una de ellas, y una vez que adopta la decisión, las dos acciones se tornan independientes. En el derecho holandés la autoridad de cosa juzgada se impone al jefe militar que actúa en lo disciplinario, pero, en los límites de la cosa juzgada, lo que no se juzgó en el estricto sentido del término, puede ser objeto de sanción disciplinaria.

En los Estados Unidos la acción penal y la acción disciplinaria parecen estar íntimamente enlazadas, con opciones dejadas a la disposición del comandante de cada unidad. La represión de ciertas faltas menores se puede hacer extrajudicialmente (art. 15 del *Uniform Code of Military Justice*), pero a condición de que el imputado acepte y no prefiera ser juzgado por un tribunal. Análogamente en el sistema inglés, si bien en éste existe además una especie de acción administrativa, distinta de la disciplinaria que supone la separación del servicio sin deshonor (Vd. William E. STUBB: *Military offences*, en *Les délits militaires*, cit., pág. 332).

En el derecho español no se plantea siquiera el problema de la acumulación, dado que todas las infracciones, sean penales o disciplinarias, se castigan en el CJM (Vd. HERNÁNDEZ OROZCO: *Rapport*, cit., pág. 278).

Las dificultades inherentes a los límites de la acción disciplinaria han llevado al legislador español a una división de los hechos punibles en tres categorías: las faltas leves, que pudieran decirse disciplinarias; los delitos, sometidos a la acción penal, y entre estas dos categorías, las faltas graves, cuya represión queda asegurada por un «expediente judicial», que pudiera llamarse acción mixta, en el sentido de considerarse en parte judicial (por la intervención del juez y el:

sus características (84), éstas no pueden enumerarse de una manera rígida ni exhaustiva. Creo, sin embargo, que, al menos las transgresiones disciplinarias más corrientes, pueden y deben definirse, aunque con cierta elasticidad y no en forma exhaustiva, evitándose así «el riesgo de arbitrariedad de jefecillos estúpidamente tiránicos» (85).

6. No han faltado contradictores a la tesis de la autonomía o incluso de la especialidad de la ley penal militar. Se atribuye al propio Napoleón la frase: «La ley penal es la ley común con gorro de cuartel» (86). Gerard afirmaba que el estado militar era «una especie de anomalía en la sociedad moderna» (87) y Gabriel Tarde, que todo lo relacionado con el Ejército es una mera supervivencia histórica que, como el duelo, sólo vive como reflejo o como secuela del pretérito, en virtud de preocupaciones históricas que se van desvaneciendo progresivamente (88).

Creo, sin embargo, que estas posiciones son minoritarias y hoy se defiende la necesidad de un Derecho penal especial para los ejércitos, lo cual no debe llevarnos, en absoluto, a aceptar posiciones de falsa autonomía o independencia, como la que pretenden, precisa-

auditor) y, en parte, disciplinaria (por pronunciarse la pena por el jefe militar) (cfr. GILISSEN, ob. y rev. cit., pág. 34).

Una solución al problema de la acumulación, aunque no parece muy convincente, es la dada por PAUCOT: *Rapport général*, cit., pág. 103, quien distingue, de una parte, las sanciones disciplinarias propiamente dichas, especialmente las privativas de libertad, y que no deberían, en principio, acumularse a las penas, y de otra parte las medidas que pueden añadirse a las sanciones penales o disciplinarias porque constituyen, bajo formas diversas, una salvaguarda de los valores del Ejército y una prevención contra las faltas disciplinarias.

(84) Las transgresiones disciplinarias pueden consistir, bien en una violación de una prescripción particular, que puede ser expresada concretamente, bien en un ataque al buen orden o a la buena marcha del servicio en general, pero en muchos casos, puede afirmarse, están esencialmente en función de las circunstancias.

(85) A que alude PAUCOT: *Rapport général*, cit., ob. cit., pág. 100. Ello no debe suponer, en absoluto, la creación de un «Derecho penal de segunda categoría» con el riesgo de hacer surgir una «disciplina paralela».

En el sentido indicado en el texto se manifiestan BOSLY y RINGOET, ob. cit., páginas 235-236. Aun teniendo en cuenta que las transgresiones disciplinarias puedan estar en función de las circunstancias, ello no puede impedir su definición, si bien en la forma señalada.

(86) Copia estas palabras VEJAR VÁZQUEZ: *Autonomía del Derecho militar*, México, 1948, pág. 7, que no cree en su autenticidad, para rebatirlas.

El mismo Napoleón, no obstante ser el promotor de numerosos Códigos, no parecía tener una idea muy precisa del delito militar. He aquí algunas de sus palabras: «La justicia es una en Francia: se es ciudadano francés antes de ser soldado; si, en el interior, un soldado asesina a otro, ha cometido, sin duda, un crimen militar, pero ha cometido también un crimen civil. Es preciso, por tanto, que todos los delitos sean sometidos primeramente a la jurisdicción común, siempre que ésta esté presente». (Vd. JEAN MILLIOT: *Les délits militaires, incriminations, rapport* francés, al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., página 293.)

(87) Vd. GERARD: *Manuel de Justice Militaire*, Mons, 1837.

(88) Sobre la cuestión, Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., II, págs. 424 y ss.: ídem., JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1361.

mente, quienes, no obstante encuadrar el Derecho penal militar en el ámbito de los supuestos Derechos penales, no le reconocen después carácter penal, sino administrativo, afirmando que es un derecho disciplinario.

7. A la vista de lo expuesto puede afirmarse, en conclusión, que el Derecho punitivo castrense es un derecho especial, en el sentido a que nos hemos referido anteriormente (89). Esto es, la ley penal militar es complementaria de la ley penal común, en cuanto presupone ésta, a lo que no obsta una eventual consideración, en cuanto a nuestro derecho positivo, del CJM como integral, que no justifica una supuesta autonomía del Derecho penal militar (90). Corresponde a la ley penal militar articular expresamente todas aquellas relaciones que la vida militar origina (91), siendo, y debiendo ser, su contenido distinto del de la ley penal común; es decir, debe castigar delitos y faltas no previstos por la ley fundamental (92). La ley penal militar es una ley especial complementaria «sui generis» que se destaca, sin duda, de las demás leyes especiales no sólo por su carácter permanente, sino por estar codificada y también por el particular ordenamiento judicial que corresponde a la especialidad de su materia (93). Pero no se olvide, además, que las normas punitivas del Derecho penal castrense, sin perjuicio de prohibir todas aquellas conductas que supongan un perjuicio para los valores fundamentales de las fuerzas armadas, tienen, sobre todo, como destinatario a una determinada categoría de sujetos que se encuentran en particulares condiciones jurídicas, los pertenecientes a las fuerzas armadas (94). No se trata de un derecho de excepción. Ya hemos visto que sólo en lo jurisdiccional lo hay, y la naturaleza del órgano no debe influir, en absoluto, en la calificación delictiva.

Finalmente, las relaciones entre Derecho penal común y Derecho penal militar son de ley general-especial. No hay diferencias en cuanto a los principios y sistema, al menos en lo esencial. Pero en el análisis de la ley punitiva militar deben ponerse de relieve no ya solamente aquellos aspectos fundamentales que, con más o menos motivos de especialidad, supongan restricciones o derogaciones de las normas comunes, sino también, y sobre todo, aquellas discordancias técnicas que impliquen, al mismo tiempo, anomalías tales que puedan redundar en perjuicio de las garantías legales del individuo o que

(89) Véase *supra*, págs. 5 y ss.

(90) Cf. VENDITTI, ob. cit., págs. 30-33.

(91) Vd. MONTULL, ob. cit., rev. cit., pág. 45.

(92) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. G., pág. 30. Lo que puede obedecer, según el citado autor, a la existencia de delitos que protegen bienes jurídicos no atendidos por el Derecho penal común o de la contemplación de una lesión conjunta de otro bien jurídico al lado de los que se encuentran protegidos por el Código.

(93) Cf. MONTULL, ob. y págs. cit., rev. cit.

(94) Cf. VENDITTI, ob. cit., págs. 43-44. Análogamente, CIARDI, ob. cit., páginas 14-15 y 28-29.

puedan suponer, en definitiva, incluso el riesgo de socavar subrepticiamente los propios principios comunes fundamentales a que la ley militar debe ajustarse. Por último deben analizarse también, especialmente, aquellos problemas ocasionados por la repetición o reduplicación de preceptos en uno y otro texto legal, militar y común, y que acarrea las deplorables consecuencias a que aludiremos al final de esta disertación.

II

1. Problema que preocupa hoy es el de la extensión, contenido y límites que deben tener las leyes militares. Importa ahora tratar de examinarlo, siquiera sea sintéticamente, sobre la base de precisar y delimitar en lo posible el concepto y contenido del delito militar en relación al delito común.

El CJM adopta una posición extrema, en el sentido de que considera delitos militares figuras que sin el menor inconveniente podrían incluirse en el Código penal, como v. g., muchas de las formas de traición (95) y la rebelión militar cuando los que participen en ella no sean militares (96), así como los fraudes al Ejército en análogos supuestos (97). De aquí esas superposiciones de preceptos dentro de un mismo ordenamiento jurídico, con la consiguiente duplicidad de sanciones para unos mismos hechos, comprendidos a la vez en la legislación militar y común —piénsese, v. g., en los supuestos de «ultrajes a la Nación española» de los artículos 316 CJM y 123 CP (98)— y que se atribuyen a la militar, sea por razones de competencia, sea en virtud de pena mayor (99), pero en perjuicio, en todo caso, de la unidad del ordenamiento jurídico, principio éste del cual el legislador no puede ni debe prescindir (100).

La extraordinaria amplitud determinante de la competencia con que el Código castrense absorbe una buena parte de lo que no puede técnicamente considerarse materia propia del delito militar se deduce

(95) Confr. arts. 258 a 269 CJM y 120 a 125 CP.

(96) Confr. arts. 246 CJM y 214 CP.

(97) Vd., esp. pfo. último art. 403 CJM.

(98) Vd., también, núm. 2, art. 258 y núm. 4, art. 259 CJM y arts. 120 y núm. 2, art. 122 CP, respectivamente. Otros muchos ejemplos podrían ponerse de manifiesto. La cuestión será tratada más concreta y ampliamente en el último capítulo.

(99) Vd. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 86. Aun cuando la pena conminada en el CJM es, en general, más severa, en algún caso puede, sin embargo, ocurrir lo contrario. Ello pone de manifiesto, una vez más, el grave defecto de técnica legislativa existente al tratarse de hechos que lo mismo pueden ser cometidos por militares que por civiles en ambos Códigos. Vd., v. g., artículo 291 CJM, en relación a los artículos 215, 4.º y 52 del CP y 403 CJM. Sobre la cuestión, vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., rev. cit., pág. 600, nota 25.

(100) Cf. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., II, pág. 516; ídem, en RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 1075.

claramente de los artículos 6.º, 7.º y 8.º, por razón del delito; de los 9 a 11, por razón del lugar, y de los 13 a 15, por razón de la persona, muchas de cuyas conductas son perpetradas por civiles y de índole civil, y adquiere aún mayor amplitud en el caso de los bandos a que alude el núm. 7 del artículo 6.º citado (101).

Consecuentemente el radio de atracción de la jurisdicción militar se ha extendido desmesuradamente. Se ha hablado, por ello, de «hipertrofia de la justicia militar» (102). Y un examen del contenido del CJM pone plenamente de relieve cómo junto a los delitos militares que pudiéramos llamar propios existen otros en los que el sujeto activo puede ser indistintamente militar o paisano, y a los cuales se denominan delitos militares comunes o impropios; así, v. g., los de traición, espionaje, rebelión, robo o hurto de material de guerra, etcétera (103).

2. Si lo que caracteriza al delito propio es el que no puede ser cometido sin la concurrencia de una determinada condición o cualidad en el agente (104), en el ámbito de los delitos militares habrán de considerarse delitos propios aquellos que, para su comisión, requieren en el sujeto activo la calificación de militar. Ejemplos de este tipo de delitos serían la sedición, el insulto a un superior, el abandono de servicio, la desobediencia, la deserción, etc. Se ha considerado a estos delitos como los típicamente militares, columna vertebral del CJM y base permanente del Derecho penal castrense (105).

De todos modos la distinción, no exenta en todo caso de dificul-

(101) Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1373.

Según el artículo 5.º CJM la competencia de la jurisdicción militar se determina en materia criminal por razón del delito, por el lugar en que se cometa y por la persona responsable.

(102) Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1362.

(103) Se consideran delitos impropios aquellos que pueden ser realizados por conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal común. Tales ataques pueden perpetrarse por militares o civiles o por ambos. La incriminación no tiene aquí destinatario determinado. Para algunos autores tales conductas se integran por el ataque al potencial militar de la nación y, por ello, pueden ser cometidos por cualquiera (Vd. ROMÁN VIDAL, ob. y rev. cit., pág. 180).

(104) Cf. BETTIOL: *Sul reato proprio*, Milano, 1939, pág. 12; ídem. MANASSERO: *Commento ai codici penali militari*, Milano, 1951, I, pág. 74. Vd., sobre todo, MATANI. *In tema di reato proprio*, Milano, 1965.

El concepto de delito propio es, sin embargo, relativo. Aparte de que, en cierto modo, todos los delitos militares podrían considerarse como propios respecto de los comunes (Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 106), también podría afirmarse que la cualidad militar en la ley punitiva militar es la regla general respecto de los sujetos activos en los delitos militares, mientras que incluso en estos mismos delitos puede haber hipótesis en que puedan ser cometidos no por cualquier militar, sino por determinada categoría de militares que se encuentren en una especial posición jurídica (Cf. CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 128, nota 4). Según este último autor la ley penal militar, al incriminar a los *estranei* no pierde su carácter de especialidad, puesto que se dirige no a la generalidad, sino a una especial categoría de *estranei* que lesionan una determinada esfera de bienes-intereses militares (pág. 154).

(105) RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., rev. cit., pág. 597.

tades, parece haber sido tenida en cuenta, en cierto modo, incluso en el propio CJM, expresándose, principalmente, en la distinta clase de pena que se impone en uno u otro caso. Los delitos típicamente militares son conminados con penas específicamente militares, mientras que los delitos militares comunes o impropios lo son con penas comunes (106).

Posición distinta a la del CJM es la mantenida por una gran parte de la doctrina y la legislación comparadas que, con más o menos elasticidad, propugnan la limitación de los delitos militares a los considerados como profesionales (107). Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo podrían ser éstos los que afectan a la disciplina, honor militar y medios de acción del Ejército (108). Es decir, aquellos delitos estrictamente militares y que, en general, sólo pueden ser cometidos por militares.

En el Derecho austríaco el *Standesdelikte* es definido como un delito profesional, no pudiendo ser cometido más que por miembros de las fuerzas armadas en servicio activo (109).

En Alemania, si bien los civiles pueden ser sancionados por incitación y participación en los delitos militares, no pueden ser autores

(106) Vd. arts. 209 y 210 CJM.

Dado lo relativo del concepto del delito propio, la discriminación no siempre es fácil. Ni siquiera en nuestro Derecho positivo puede establecerse la distinción con absoluta certeza. Vd., v. g., arts. 194 y 403 CJM. Respecto del artículo 194, a pesar de la jurisprudencia contraria, que considera delitos propiamente militares los relacionados en el mismo, no creo se trate de delitos militares, ya sean éstos considerados propios o impropios, dado que, entre otras cosas, el citado artículo 194 se encuentra dentro de la denominada parte general del CJM y, además, contiene, pura y simplemente, causas, de agravación de la pena para los militares, como lo demuestra la propia rúbrica del Cap. VIII, tít. II, Tratado II del CJM, remitiéndose el legislador a las penas señaladas en el CP común. En cuanto al artículo 403, los delitos a que hace referencia, podrían considerarse, quizá como delitos militares comunes o impropios (supuesta la aceptación de esta concepción), pero nunca como infracciones específicamente militares, ya que el propio CJM admite que entre los culpables pueda haber paisanos, de donde se deduce que entre éstos puede haber no solamente partícipes propiamente dichos, sino coautores. En contra, en cierto modo, RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., revista cit., págs. 597 a 600, pues, aunque reconoce que de la exégesis de las disposiciones del CJM se puede llegar a las conclusiones más arriba señaladas, estima, sin embargo, por lo que se refiere al artículo 194, que de *lege ferenda* los delitos a que éste alude deben considerarse como «eminente militar» (pág. 598), y en cuanto al artículo 403, aun reconociendo lo dudoso del problema que plantea, se inclina a considerar dichos delitos como *delicta propria* (pág. 600).

(107) El término «profesional» debe entenderse en sentido amplio, esto es, aplicable a los sujetos en quienes concurra la condición de militar, referido tanto al militar de carrera como al «soldado conscripto». En favor de la distinción, aunque a los efectos de combatir la tesis de la profesionalidad en orden a la naturaleza del Derecho penal militar, vd. COLOMBO, *Sustantividad*, cit., revista cit., pág. 40.

(108) Títulos X, XI y XII del Tratado II CJM.

(109) El artículo 1.º de la Ley penal austríaca de noviembre de 1957, precisa la noción de «soldado» en la acepción de la Ley penal de 1945. Por el contrario, las infracciones de Derecho común pueden ser cometidas, igualmente, por civiles o militares. En virtud del parágrafo 1.º del Código de procedimiento de 1920,

de una infracción militar, lo que supone un considerable predominio del elemento personal en la determinación de la naturaleza del delito (110).

En los EE. UU., con excepción de las zonas de guerra y de ocupación donde la legislación de guerra existe o en las plazas sujetas a la ley marcial, los civiles no están sometidos a las comisiones o tribunales militares de los EE. UU. Ni siquiera los empleados civiles y dependientes de miembros de las fuerzas de ocupación en Europa están sometidos al *Uniform Code of Military Justice* y, en consecuencia, a la jurisdicción militar, sino a las leyes del país donde se hallan (111). Parece, por tanto, descartada en los EE. UU. la posibilidad de aplicar a los civiles la ley militar, al menos en vía normal.

Las disposiciones del Código penal sueco relativas a los delitos militares, dictadas para tiempo de paz, recogen solamente los delitos estrictamente militares (112) y se aplican, en general, con exclusividad a los sujetos en quienes concurra la condición de militar. Tan sólo las disposiciones previstas para tiempo de guerra son también aplicables a otras personas (asimilados o civiles), especialmente en aquellos casos o situaciones en que se produzca un daño o perjuicio para las fuerzas armadas del reino o de una potencia aliada de Suecia (113).

En el Derecho francés el delito militar es considerado bajo un doble aspecto. Por un lado como una especie de infracción profesional cometida por el militar en razón de la profesión que ejerce y, por otro, como un perjuicio material o moral causado al ejército (114). La doctrina dominante en el país vecino parece indicar que es hacia el concepto de falta profesional que ocasiona un perjuicio al ejército hacia donde hay que dirigirse para tratar de definir el delito mili-

los miembros del ejército están sometidos, en tiempo de paz, a la competencia de las jurisdicciones civiles (Vd. ZLAMALA, ob. cit., pág. 171).

(110) Vd. *Die Militaerischen Straftaten Strafandrohung*, cit., págs. 149-50.

(111) Vd., cap. 47, tít. 10, *Uniform Code of Military Justice*. Cf., además, WILLIAMS: *Military offenses*, cit., págs. 281-82.

(112) La Legislación penal castrense en Suecia no se halla recopilada con independencia, sino, como ya se ha dicho, dentro del propio Código penal común, a lo largo de sólo dos capítulos, XXI y XXII, destinados, respectivamente, a los delitos militares en tiempo de paz y en tiempo de guerra o emergencia. Con este sistema —como afirma JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 87— se sigue una política legislativa, cada vez más frecuente, contraria a la autonomía como tal cuerpo de leyes, de los preceptos propios de la justicia militar. Los delitos militares en tiempo de paz podríamos distribuirlos —siguiendo al citado autor— de la siguiente forma: desobediencia; sedición o motín; abuso de autoridad; violencias contra militar; insulto a militar; incitación a la rebelión; ausencia sin autorización; abandono de puesto; intoxicación durante el servicio; abuso de cargo o infracción de deberes del servicio por negligencia. Se castigan, además, una serie de actos preparatorios o negligentes en relación a determinados delitos.

(113) Vd. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, ob. y rev. cit., págs. 91 a 95.

(114) Cf. MILLIOT, ob. cit., pág. 298.

tar (115). Aparecen ya aquí dos criterios, en cuanto al sujeto y en cuanto al objeto, de indudable importancia a la hora de configurar el delito militar (116). Mas si de una parte no es suficiente la condición jurídica del sujeto activo, sino que ha de producirse un perjuicio al ejército (117), de otra cabe, sin embargo, supuesto el perjuicio, la posibilidad de sancionar, en determinados casos, a sujetos que no tienen propiamente el carácter militar, aunque se trata, frecuentemente, de casos de coautoría o participación en infracciones cometidas por militares, o bien de provocación a determinados delitos, v. g., a la desertión, y generalmente en tiempo de guerra (118).

Por lo que se refiere a los países socialistas y poniendo como ejemplo el Código penal soviético, en éste el delito militar está caracterizado, en cuanto al objeto, por un atentando contra el orden establecido para el cumplimiento del servicio militar, que es parte integrante del orden socialista, y en cuanto a los sujetos por la prestación del servicio militar en activo (119) y si bien los civiles pueden responder de un delito militar es solamente a título de concurso, estos, cuando hubiesen tomado parte junto a un militar en la comisión de un delito contra el orden militar (120).

Un límite subjetivo en el sentido de que los delitos militares sean aplicables a los militares y un confín objetivo, circunscrito a los actos atentatorios a la existencia del Ejército y disciplina bélicas, fue pro-

(115) Vd. MILLIOT, ob. cit., pág. cit. Cf., además, PAUCOT: *Rapport général*, cit., pág. 72.

(116) Una combinación de estos dos criterios —propuestos por BOSLY y RINGOET en su Comunicación al IV Congreso internacional, cit., ob. cit., páginas 200 y 201 (*Rapport belga*)— en cuanto al sujeto: hecho cometido por un militar y al objeto: perjuicio a los valores del ejército, sería de desear, pero no puede ocultarse —como veremos después— las dificultades que una tal combinación encierra.

(117) En el Código penal militar francés de 1928, no basta ya ser militar para que el hecho cometido por aquél sea juzgado por un Tribunal militar. Es preciso que el militar cometa una «infracción especial de orden militar o una infracción de Derecho común en circunstancias tales que la disciplina del Ejército sea afectada. En el nuevo Código penal militar de 8 de julio de 1965 no parece aportarse ninguna modificación esencial a los principios mantenidos por el Código de 1928 (Cf. MILLIOT, ob. cit., págs. 297-98).

(118) Vd. MILLIOT, ob. cit., págs. 299-300. Vd., además, HERNÁNDEZ OROZCO: *El Proyecto de Código de Justicia militar francés*, en REDM, núm. 19, 1965 páginas 104 y 105; EL MISMO: *El reciente Código de Justicia militar francés*, EDM, número 20, 1965, págs. 79-80.

(119) Cf. NAPOLITANO: *Il nuovo Codice penale sovietico*, Milano, 1963, página 382. Vd., art. 237 del Código penal soviético.

(120) NAPOLITANO, ob. cit., pág. 383. Vd., art. 237, pfo. 3.º. En sentido sustancialmente análogo al Código de la U. R. S. S. se pronuncia el Código penal de la República de Polonia de 8 de abril de 1969, circunscribiendo los delitos militares, desde el lado subjetivo, al soldado —considerándose como tal al que cumple el servicio militar en activo (pfo. 2.º, art. 289)— y a las infracciones contra las obligaciones del servicio militar, disciplina militar, reglas para el tratamiento de subordinados, relativas al mantenimiento del armamento y material militar, ejercicio del servicio y bienes militares, desde el lado objetivo; aplicándose, además, las disposiciones de la parte general y especial del citado Código

puesto en nuestra doctrina por Asúa y Antón (121 y más recientemente parece pronunciarse en sentido análogo Barbero Santos (122) Consecuentemente cuando el militar perpetrase un delito común, esto es, cuando el militar mata, roba o estafa debería ser castigado por la ley común (123). En el mismo sentido se pronunció la Constitución española de 1931, en su artículo 95 (124).

Sin embargo, y aun cuando de *lege ferenda* fuera deseable que el ámbito del Derecho militar se circunscriba a los llamados delitos militares propios (125), no se puede de antemano delimitar rigurosamente el catálogo de las infracciones que han de figurar en un Código penal del Ejército, pues el concepto que el legislador se forma de aquello que es inherente a la vida militar y de lo que supone un ataque a los bienes e intereses militares depende del papel que se entienda debe ser confiado al Ejército y de la importancia que se dé a las Fuerzas armadas de la Nación (126). Es también, en cierto modo,

no relativas a los militares a éstos, en tanto en cuanto la parte militar no contenga disposiciones diferentes (art. 289, pfo. 2.º).

(121) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 428.

(122) Cf. BARBERO SANTOS: *El bandolerismo en la legislación vigente*, ADPCP, 1970, pág. 285, para quien los «delitos militares podrán ser únicamente los cometidos por militares —por poseer el carácter de *delicta propria*— que constituyan infracción de graves deberes militares». Como una excepción al principio de igualdad, determinada por la profesión, estima QUINTANO: *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, pág. 146, la aplicación de la ley penal militar.

Entre nuestros comentaristas del siglo XIX, GROIZARD: *El Código penal de 1870, comentado y concordado*, I, Madrid, 1902, págs. 160-61, tras mostrarse contrario a la existencia de leyes especiales, justifica la existencia de la Ley penal militar en una necesidad basada en los altos fines que al Ejército están encomendados y ve la distinción entre unos y otros delitos —militares y comunes— en la doble personalidad del militar, siendo comunes cuando los realiza como particular y militares cuando sólo como militar puede cometerlos, aunque se vea que en la legislación se hace al revés, teniendo por militares los atribuidos a la jurisdicción militar y comunes los demás, diferenciación que está en la LOPJ, también de 1870.

(123) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., pág. 1365.

(124) El artículo 95 de la Constitución española de 1931 establecía: «La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados. No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares. Se exceptúa el caso de estado de guerra con arreglo a la Ley de orden público. Quedan abolidos todos los tribunales de honor, tanto civiles como militares».

(125) También en este sentido se manifiestan RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., rev. cit., pág. 596, y BARBERO SANTOS, ob. y pág. cit. No obstante, la sustancial afinidad y la posibilidad de aplicación de los principios establecidos por la doctrina del delito propio al delito militar, debe señalarse la relatividad del concepto, a que ya hicimos referencia con anterioridad (nota 104). No debe olvidarse tampoco, que, incluso desde el plano del delito propio, la calificación militar del sujeto activo no es de por sí suficiente para atribuir al delito la cualidad de militar, sino que es precisa la lesión de un interés militar y su previsión en la Ley penal militar (Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 106).

(126) Vd. HENRY BOSLY: *Interventions*, en *Les délits militaires*, cits. página 431. Las soluciones legislativas están, en gran parte ligadas a la concepción que se tenga del ejército, su estructura y el puesto que se conceda a las fuerzas armadas de la nación, aparte de la incidencia de problemas de competencia que

la consecuencia de problemas que se plantean en el terreno político (127). No se olvide que la ley militar encierra en sí un manifiesto matiz político, puesto que pretende tutelar el orden jurídico militar en la esfera de las fuerzas armadas del Estado, las cuales son consideradas como la suprema expresión de la soberanía y tienen un fin esencialmente político, cual es el de garantizar la seguridad del Estado y, en definitiva, la defensa de la Nación (128). Piénsese, además, v. g., en la asimilación de los delitos militares a los políticos a los efectos de la extradición (129).

3. Resulta, por tanto, muy dificultoso precisar un concepto del delito militar que sirva para delimitar claramente las fronteras entre las infracciones militares y las comunes. No sirve acudir, sin más, exclusivamente a las leyes militares, pues en muchos casos resulta muy dudosa la naturaleza propiamente militar de las infracciones contenidas en aquéllas. Una ley impuesta por necesidades de la política criminal puede muy bien contener disposiciones de naturaleza muy distinta (130). Por otra parte los preceptos relativos a los delitos militares, en un gran número de legislaciones, se encuentran integrados en los Códigos penales generales, como hemos visto ocurre en los países socialistas y otros de la Europa occidental (131). Por lo demás, el contenido de los Códigos penales no guarda homogeneidad y el criterio jurisdiccional tampoco es utilizable, pues, en determinadas circunstancias —como es el caso, en nuestro derecho, de los delitos de acaparamiento, infracciones de tasas, desastres ferroviarios, bandidaje y terrorismo, etc.—, la jurisdicción militar asume el enjuiciamiento de los delitos comunes, sin distinción de personas inculpadas (132).

Desde el punto de vista de «lege lata», el criterio formulado por el artículo 181 del CJM, que considera como delitos militares las acciones y omisiones penadas en el mismo —equivalente al artículo 37 del Código penal militar italiano para la paz, que define el delito militar como la violación de la ley penal militar (133)—, revela la inutilidad de la búsqueda de un concepto del delito militar, cuyo contenido y delimitación no pueden obtenerse de ella. De aquí que se

influyen en mayor o menor medida en la delimitación de unas u otras conductas (Vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 64).

(127) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., II, pág. 1075.

(128) Cf. CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 30; EL MISMO: *Note sur les systèmes de codification pénale militaire*, en *Les délits militaires*, cit., págs. 37 y ss.; EL MISMO: *Seance inaugurale* al IV Congreso internacional, cit., en *Les délits militaires*, cit., pág. 49.

(129) Sobre el problema, vd. *Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, IV Congrès international*, Madrid, 9-12 mai 1967, en *L'extradition pour délits militaires*, vol. II, Strasbourg, 1969.

(130) PAUCOT, ob. cit., pág. 70.

(131) Vd., pág. 10.

(132) Vd. GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1968, pág. 387.

(133) También la *Wehrstraßgesetz* alemana de 30 de marzo de 1957, mantiene un criterio formal en orden a la noción del delito militar (Cf. *Die militaeris*

haya discutido en la doctrina si para una noción material o sustancial del delito militar hay que acudir a la cualidad militar del sujeto, a la naturaleza militar del interés jurídicamente protegido o al tipo de pena impuesto, supuesta la posibilidad, en el Derecho penal militar, de un sistema autónomo de penas, generalmente más severas que las establecidas para el Derecho penal común. Prescindiendo de este último criterio, ya que en la mayoría de las legislaciones se sancionan los delitos militares con penas militares o comunes (134), es preciso reconocer que si bien la mayor parte de los delitos regulados en las leyes militares exigen, generalmente, la calificación militar del sujeto activo, también los Códigos penales militares, y no sólo para tiempo de paz, prevén delitos militares que pueden ser cometidos por cualquiera (135). Por otro lado, y desde el plano objetivo, el delito militar ofende, sin duda, o debe ofender un interés militar, pero también hay delitos comunes que ofenden intereses militares (136). Habrá que discriminar entonces entre interés común y militar y considerar, en primer término, que los susodichos intereses o valores deben estar en relación inmediata y directa con el ordenamiento jurídico militar y en relación mediata o indirecta con el ordenamiento común. Es decir, la lesión de naturaleza militar debe tener un carácter predominante sobre la común, para que pueda atribuirse al hecho naturaleza militar, con las correspondientes consecuencias penales (137).

Por consiguiente, el criterio material debe ser considerado en relación con el criterio formal, y si bien es cierto que no basta la naturaleza militar de la ofensa para que un delito pueda ser considerado como militar, sino que es precisa la expresa previsión por parte del legislador, también lo es que no basta solamente tal previsión para atribuir a un hecho delictivo carácter militar, sino que ha de requerirse la existencia de una lesión o perjuicio para los intereses de las fuerzas armadas y que este interés o valor tenga carácter esencial o predominante (138). Lo cual evitará una excesiva amplitud de la noción formal del delito militar en relación a la material y los consiguientes riesgos a la hora de interpretar los preceptos punitivos.

4. Se ha propuesto la limitación de los delitos militares a los considerados como «exclusivamente militares» (139), pero la noción,

chen..., cit., pág. 149. Vd., también art. 508 del Código de Justicia militar argentino.

(134) Vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 90; ídem. VENDITTI, ob. cit., pág. 93.

(135) V. g., arts. 258 y ss., 272 y ss., 314 y ss., etc. C.J.M.

(136) V. g., arts. 121 y ss., 214, 260, 547, etc. CP.

(137) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Exposición de síntesis*, en *Les délits militaires*, cit., págs. 452-53; vd., además, CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 21; ídem: LO-CASCIO, ob. cit., pág. 33; ídem.; BOSLY: *Interventions*, cit., pág. 431.

(138) Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 96. En torno a una combinación de criterios subjetivo, objetivo y formal, vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 72; ídem.; BOSLY et RINGOET: *Rapport belge*, cit., págs. 200-202.

(139) NUVOLONE: *Leggi militari e libertà di stampa*, «Foro penale», 1953, páginas 509 y ss.

como la de *delicta propria* es relativa y habrá que discriminar previamente cuáles son los delitos exclusivamente militares y si los llamados delitos «objetivamente militares» son o no propiamente delitos militares. La distinción introducida en la doctrina italiana por Del Vico (140) fue acogida, en cierto modo, por el artículo 37 del Código penal italiano para la paz, según el cual es delito «exclusivamente militar» el constituido por un hecho que en sus elementos constitutivos no está previsto, en todo o en parte, como delito en la ley penal común. Consecuentemente la no previsión por parte de las normas comunes supone que el interés tutelado por la norma incriminadora es un interés exclusivamente militar (141). El delito exclusivamente militar vendría, por tanto, a consistir en la violación de aquellos deberes que son propios y exclusivos de los militares. Así pues, presupuesto esencial de los delitos exclusivamente militares sería la cualidad militar del sujeto activo (142). La noción, sin embargo, pierde firmeza si se tiene en cuenta que en una gran parte de las legislaciones se considera delito militar contra la disciplina, v. g., el ataque o la agresión a un superior cuando se le causan lesiones o incluso la muerte. Esta conducta sería también delito común, aunque de menor gravedad y, sin embargo, resulta sancionada con más severidad porque se estima que la relación de subordinación es esencial para la subsistencia de las fuerzas armadas (143). Siguiendo el criterio expuesto, estos delitos habrían de considerarse como objetivamente militares y estarían constituidos por aquellos hechos que se encuentran incriminados tanto por las normas del CJM como del Código penal. En realidad, el delito objetivamente militar sería aquel que consiste en la violación de deberes comunes tanto para los militares como para la generalidad de los ciudadanos, sin perjuicio de que estos últimos puedan ser juzgados por tribunales comunes (144). Con más propiedad debería hablarse aquí de delitos «pluriofensivos», porque ofenden, al mismo tiempo, varios intereses protegidos por

(140) DEL VICO: *Il reato esclusivamente militare*, RDPPM, 1935, págs 5 v siguientes.

(141) VENDITTI, ob. cit., pág. 99.

(142) MORETTI: *Codice penale militare commentato*, 1965, Milano, pág. 46.

(143) Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, NEJ, cit., pág. 600.

(144) Sujeto activo de un delito objetivamente militar, lo es tanto el militar como el civil, esto es, el «estraneo» a las fuerzas armadas. En el derecho italiano, el primero es juzgado por un tribunal militar, el segundo por un tribunal civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución. Sobre la cuestión, vd. MORETTI, ob. cit., pág. 46. En el derecho argentino, en tiempo de paz son pocas las disposiciones relativas a los delitos militares aplicables también a los civiles, con la particularidad de que éstos son juzgados por los tribunales comunes y no por los militares, salvo casos de emergencia grave (Cf. COLOMBO: *Los delitos militares*, ob. cit., pág. 165). Contrariamente en el Derecho positivo español, donde los hechos considerados como lesivos de intereses militares y comunes, aun cometidos por «estraneos» al Ejército son juzgados por los tribunales militares (Vd. arts. 5.º al 15 del CJM).

las normas del CJM y del Código penal (145). En estos delitos, a los elementos estructurales típicos de la propia figura del delito común vienen a unirse otros elementos típicos que la completan, consistentes, v g., en la cualificación del sujeto activo o en la particular modalidad de la conducta que lesiona un interés militar, constituyendo en muchos casos verdaderos delitos militares (146). Así, v g., en la insubordinación, al interés protegido, disciplina, se une el ataque al honor, libertad, integridad corporal o vida, según los casos, ya que este delito puede contener en sí elementos estructurales típicos de la injuria, amenaza, lesiones u homicidio, respectivamente (147). Debe señalarse, sin embargo, que la simple mescolanza de lesiones no puede desnaturalizar un hecho privándole de su naturaleza común para atribuirle, sin más, el carácter de delito militar, sino que la lesión de los intereses o valores militares debe tener carácter totalmente predominante sobre la común. Es decir, el delito debe ser exclusiva o predominantemente militar (148), pues hay delitos comunes que ofenden intereses militares y no por ello deben ser calificados de delitos militares (149).

La condición militar del sujeto constituye en el CJM la generalidad de los casos, pero esta cualificación no debe ser suficiente para atribuir a un hecho la categoría de delito militar, sino que es preciso que este hecho, aun tipificado en la ley penal militar, lesione o ponga en peligro un interés de naturaleza militar; es decir, en circunstancias tales que afecten gravemente a la disciplina o, en general, se produzca un perjuicio material o moral para los intereses de las fuerzas armadas (150).

El delito exclusivamente militar supone, ciertamente, su no previsión en la ley común, pero no me parece pueda privarse de la calificación de delitos militares a aquellos hechos delictivos que, aun previstos en todo o en parte en las leyes comunes, sean cometidos por militares, con determinadas modalidades o en circunstancias en que ofendan intereses militares de naturaleza fundamental o predominante. Piénsese, v g., en el caso ya citado de insubordinación o, en general, en aquellos que, no obstante estar previstos en las respectivas figuras de delito común, suponen infracciones de los deberes de servicio, daño o perjuicio de otros militares, pero en lugar mi-

(145) Vd. ANTOLISEI: *Manuale*, cit., II, pág. 500; ídem. VENDITTI, ob. cit., página 99.

(146) Vd., v. g., núms. 1 y 4, art. 264 del Código penal militar italiano para la paz.

(147) Vd. VENDITTI, ob. cit., pág. 100. Vd., además, arts. 319 y 326 CJM.

(148) Cf. CIARDI: *Trattato*, cit., pág. 21; ídem. LO CASCIO, ob. cit., página 33.

(149) CIARDI: *Reato militare*, en *Noviss. Dig. It.*, XIV, 1967, pág. 992; ídem. VENDITTI: ob. cit., pág. 94.

(150) Cf. MILLIOT, ob. cit., pág. 298. En sentido análogo VENDITTI, ob. citada, pág. 106.

litar, etc., ofensivos todos ellos de intereses primordialmente militares.

5. De *lege ferenda* me parece que el problema, teniendo en cuenta las consideraciones señaladas, no debiera plantearse sobre la base de principios absolutos, sino de criterios de razón práctica. Debe considerarse, en primer término, el criterio del sujeto. Los Códigos militares por lo que se refiere al tiempo de paz, deberán configurar aquellas conductas cuyo sujeto activo sea un militar, sin perjuicio de delimitar, con mayor o menor amplitud, las personas a quienes haya de atribuirse tal cualidad (151), y sólo en determinados casos los delitos cometidos por *estranei* a las fuerzas armadas, singularmente en materia de codelinquencia, como serían los casos de participación (cooperadores, inductores y cómplices) en delitos específicamente militares (152). Todo ello sin perjuicio de que sea la jurisdic-

(151) Vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 69.

(152) En relación al derecho alemán, vd.: *Die Militaerischen Straftaten*, cit., págs. 149-150; ídem., parágrafo 1.º, núms. 1 y 2 de la *Wehrstrafgesetz*, de 30 de marzo de 1957. Por lo que se refiere al derecho italiano, el artículo 14 del «Codice militare di pace» dispone que «sono soggette alla legge penale militare le persone estranee alle forze armate dello Stato, che concorrono a commettere un reato militare». Tal norma se conecta con la del artículo 110 del «Codice penale» y viene a significar que el «estraneo» que concurre con el militar en la comisión de un delito militar habrá de afrontar las consecuencias previstas por la ley penal militar. Situación que no difiere sustancialmente de la del copartícipe que concurre en un delito propio a tenor de lo dispuesto en el artículo 117 del «Codice penale» común, que desarrolla plenamente su eficacia en relación con el derecho militar. En nuestro Derecho son autores, propiamente dichos, los que ejecutan directamente el hecho (núm. 1 del art. 14 CP). Los demás son partícipes en el hecho realizado por el autor principal. La participación que pudiéramos llamar propia queda integrada por las categorías de auxiliares, necesarios —cooperadores del núm. 3 del art. 14— o no —cómplices del art. 16— e inductores (núm. 2 del art. 14). Los encubridores del artículo 17 integrarían la participación impropia, en cuanto que ésta no es propiamente verdadera participación, ya que tiene lugar tan sólo después de ejecutado el delito (Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 421). Téngase en cuenta, además, que el propio concepto de la «participación» radica en la dependencia, en el tomar parte en el acto de otro (Cf. BOCKELMANN: *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pág. 122). En los delitos especiales, o sea, los que sólo pueden ser cometidos por un círculo limitado de personas, como son los del CJM que han de ser realizados por militares, la condición personal no es ya mera circunstancia, sino el elemento esencial, constitutivo del delito, donde radica su razón de ser. Y si bien es evidente que tales infracciones sólo pueden ser cometidas por las personas calificadas, como autores principales, nada se opone, y así lo considera la doctrina dominante, a que los extraños puedan ser partícipes, ya sean inductores, cooperadores necesarios, cómplices o encubridores, ya que tales categorías de codelinquientes no ejecutan propiamente los actos constitutivos de la figura delictiva, sino que intervienen en el hecho ejecutado por el autor principal (Vd. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 431). Cabe señalar, sin embargo, por lo que al derecho común se refiere, como el T. S. ha sentado, en general, doctrina contraria en aplicación, a mi juicio desacertada, del art. 60 CP, con evidentes incongruencias, como, v. g., en los supuestos de encubrimiento en el parricidio (S. de 8 de junio de 1946) o en la malversación (S. de 12 de diciembre de 1963) (Vd. QUINTANO: *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, I, Madrid, 1962, pág. 156). Ahora bien, aun cuando fuera factible la aplicación por analogía del art. 60 CP —que, por cierto,

ción ordinaria quien juzgue de las posibles conductas delictivas cometidas por los civiles que participen en aquellos delitos considerados como exclusivamente militares. Tan sólo en caso de guerra o estado de emergencia debería la jurisdicción militar ser competente para juzgar de las conductas realizadas por los no pertenecientes a las fuerzas armadas. Pero, en segundo lugar, y desde el plano objetivo, las conductas realizadas por quienes tengan la cualidad de militar y previstas en las leyes militares, deberán suponer, en todo caso, ofensas a los intereses de las fuerzas armadas. Ahora bien, las

se refiere a las circunstancias modificativas y no a los elementos constitutivos del delito— en aquellos casos en que el partícipe es un extraño, en el supuesto contrario de que sean, v. g., el pariente (art. 405) o el funcionario (art. 394) quienes induzcan al *extraneus* a matar al padre o a realizar la malversación, respectivamente, resulta evidente que aquellos no podrán ser condenados como autores de un delito especial, salvo en los casos de autoría mediata, en aplicación por analogía del art. 60 CP, puesto que ésta deberá ser proscrita cuando redunde en perjuicio del reo, como ocurriría en los supuestos predichos (Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 432). «Pretender castigar a un funcionario que participa en un delito común, en base al especial —afirma GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pág. 296— es aún más indefendible que querer castigar al *extraneus* partícipe por el común. Pues la participación del funcionario en un delito común está especialmente regulada en el CP: en él concurre una agravante (art. 10 núm. 10) que tiene la eficacia de encajar su penalidad en el grado máximo de la pena señalada al delito». Conclusiones análogas podrían ser aplicables en relación al derecho penal militar, en el supuesto, v. g., del militar que induce al no militar a maltratar a un superior. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., págs. 431-32, aun estimando que la separación de títulos tiene en su haber motivos de justicia —porque castigar al particular y al funcionario por la misma infracción va contra la voluntad de la ley, dirigida a sancionar el incumplimiento de un deber que pesa sobre la persona calificada y no sobre el particular— considera, sin embargo, que contra tal separación hay una razón técnica, porque «el concepto de participación supone siempre la intervención en un hecho ajeno» (pág. 432), y pone de relieve la dificultad de aceptar que el particular inductor o cómplice de la malversación cometida por el funcionario sea responsable, no por esta infracción, sino por hurto o apropiación indebida (página 431). Para GIMBERNAT, ob. cit., pág. 292, el *estraneus* que participa en un delito especial (propio o impropio) responde en base al delito especial, pues «dogmáticamente es claro —dice el citado autor— que el extraño que induce a una malversación, induce a este delito y no a una apropiación indebida, que no se ha dado en la realidad y cuya existencia sólo se puede fundamentar con juegos de prestidigitación dogmáticos que hacen aparecer delitos donde no están y desaparecer otros que sí que están». Hasta aquí de acuerdo, en principio, con GIMBERNAT, pero me parece discutible extender la participación a la coautoría, como parece, también, opinar QUINTANO: *Tratado*, cit., pág. 154, incluyendo dentro de aquella conductas que encajan propiamente dentro del núm. 1.º del art. 14. Contrariamente a la extensión de la participación a la coautoría en los delitos especiales, vd. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., págs. 193 y 298; ídem, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E., págs. 57-58 y 926.

Si el punto de vista dogmáticamente correcto es el de que el extraño que participa en un delito especial debe ser condenado por participación en dicho delito, es evidente que estas consideraciones han de ser tenidas muy en cuenta en relación al derecho penal militar, especialmente a la hora de encuadrar jurídicamente aquellas conductas realizadas por participantes no militares en aquellos delitos típicamente militares, que sólo pueden ser cometidos por militares (propios).

leyes militares deberán incriminar solamente aquellos hechos que puedan afectar en forma directa o inmediata a dichos intereses, considerando, además, que hoy la infracción militar tiende a concebirse de manera limitada como un ataque contra aquellos valores considerados como indispensables para la existencia y funcionamiento del Ejército (153). El criterio del interés ofendido en forma directa e inmediata debería prevalecer en caso de conflicto entre intereses protegidos tanto por el ordenamiento militar como por el común, configurándose sobre esta base, y desde el lado objetivo, las correspondientes conductas ofensoras como delitos militares y siendo aplicable a ellas, en consecuencia, el CJM.

Es aquí donde ambos criterios, del sujeto y del objeto, deberían manifestarse de acuerdo, aunque no hemos de ocultar las dificultades técnicas que una tal combinación encierra (154).

6. En resumen: podrían distinguirse tres clases de delitos a los que podría ser aplicable la ley militar: 1.º, delitos cometidos por militares y que ataquen o lesionen intereses o valores militares no previstos en las leyes comunes. Estos serían los delitos exclusivamente militares y no ofrecería duda, en este caso, la consecuente aplicación de la ley penal militar; 2.º, delitos cometidos por militares, que ataquen o lesionen intereses militares y comunes. Si se trata de intereses predominantemente militares, según el criterio expuesto, esto es, según que el interés militar sea afectado en forma directa e inmediata, estos delitos deberían ser configurados como delitos propiamente militares, aplicándose, en consecuencia, igualmente, la ley penal militar; 3.º, delitos considerados como exclusiva o propiamente militares en los que participen personas no militares (155). En este caso, y aunque a estas últimas pueda serles aplicable la ley militar, deberían ser juzgadas por tribunales ordinarios. Los demás casos que supongan hechos en los que puedan intervenir militares y civiles deberán encuadrarse en las leyes comunes y, por consiguiente, serles aplicables el Código penal, pues se trata, propiamente, de «falsos delitos militares» (155 bis).

(153) Cf. BOSLY: *Interventions*, cit., pág. 431; ídem, PAUCOT: *Rapport*, cit., pág. 71.

(154) Vd. BOSLY et RINGOET, ob. cit., págs. 200 a 204; ídem, PAUCOT, ob. cit., págs. 72 y 73.

(155) Cómo serían aquellos delitos en los que interviniendo como autores principales personas investidas de la cualidad de militar y afectando exclusiva o predominantemente a intereses fundamentales de las fuerzas armadas, participen secundariamente personas civiles, cooperando a las actividades de los primeros.

(155 bis) Para RODRÍGUEZ DEVESA: *Esposición de síntesis*, cit., pág. 453, «los delitos que no afectan directamente a intereses militares y los delitos militares que pueden ser cometidos indistintamente por militares o civiles, son *falsos delitos militares*». Si bien no deja de causar cierta extrañeza el que afirme que algunas de estas conductas podrían convertirse en *delicta propria*; es decir, dejando, v. g., en las leyes penales militares el espionaje cometido por militares, y el espionaje, en general, en el Derecho común. Creo, sin embargo, que el citado

III

Se ha considerado como rasgo típico del Derecho penal militar una mayor severidad que la que impera en el Derecho común. Lo cual vendría a ser la consecuencia de las exigencias de obediencia y disciplina, ya que los caracteres del Derecho castrense proceden, en gran parte, de esas dos necesidades de la milicia. De aquí las duras penalidades con que se castigan diversas formas de desobediencia e indisciplina, que la negligencia adquiera mayor gravedad y extensión que en el Derecho común, y que actos considerados como no punibles, por falta de acción o de culpabilidad, como el sueño (156), constituyan figuras de delitos graves en el centinela que se duerme. Piénsese, además, en la prodigalidad con que se manifiesta la pena de muerte en los Códigos penales militares (157).

Debe observarse, además, cómo, en general, las exigencias requeridas por el ordenamiento jurídico militar imponen un sistema de normas penales dirigido a garantizar el más exacto cumplimiento de los deberes militares y aparecen, en consecuencia, inspirados en criterios de particular severidad. De aquí que, por una parte, la configuración de tipos delictivos no previstos en las leyes comunes se explique por la relación especial que une al militar con el Estado, y por otra, el que las previsiones de hechos delictivos en las leyes militares, aun tipificadas también en la ley común, hagan surgir nuevas figuras autónomas de delitos, conminadas, en general, con sanciones más enérgicas y severas (158).

Si comparamos los delitos militares lesivos de intereses militares y comunes a los que hemos llamado «objetivamente militares» o, mejor, «pluriofensivos», con los correspondientes delitos comunes, vemos cómo los primeros son considerandos, en general, por el le-

delito podría mantener su naturaleza común, sin perjuicio de que se pudiera atribuir la competencia, en su caso, a las autoridades militares.

(156) Una parte de la doctrina opina que en el sueño está ausente la acción, ya que en el estado de sueño no existe ni la conciencia ni la voluntad que caracteriza la acción humana, por lo que nos hallamos en presencia de una falta de acto (Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, III, 3.^a edic., 1965, pág. 693; análogamente DEL ROSAL: *Derecho penal español*, I, Madrid, 1959, pág. 281; ídem RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. G., pág. 408). Otros autores consideran el sueño como causa de inimputabilidad. Así, v. g., ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 300, lo encuadra dentro del trastorno mental transitorio. También QUINTANO: *Curso de Derecho penal*, I, 1963, pág. 333, equiparándolo a la enajenación, pero en sentido muy restringido, «tan sólo —dice— cuando se acredita como eliminatorio de la voluntad, pero no cuando voluntariamente se duerme quien tenía obligación de velar», v. g., el centinela, el guardaguasas, o el conductor del vehículo. Lo cual afecta, sin embargo, al problema de la *actio liberae in causae*, con especial referencia a la imprudencia y a la delincuencia por omisión. Si bien hace en relación con el sonámbulo que con el dormido normalmente, como hace notar ASÚA, ob. cit., pág. cit.

(157) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, II, 3.^a ed., pág. 1361.

(158) Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 106.

gislador militar, como más graves que las correlativas figuras de delitos comunes, siendo sancionados con penas más rigurosas, sin que deba olvidarse, por otra parte, que el procedimiento penal militar responde a criterios de mayor rigor y celeridad que el procedimiento ordinario.

Es preciso señalar, sin embargo, cómo en una gran parte de las más modernas legislaciones se observan criterios de mayor benignidad. Una ojeada por el Derecho comparado nos muestra cómo, v. g., aunque no se renuncia en los casos extremos a la pena de muerte, suele establecerse, sin embargo, no como pena única y en las ocasiones bélicas (159). Se distingue, además, dentro de los Códigos penales militares, entre penas militares y comunes, aplicándose éstas a los delitos no específicamente militares (160). Algunas legislaciones, como la suiza, aplican a los delitos militares penas de Derecho común (161). Otras como la soviética tienen un sistema autónomo de penas (162). Pero la mayor parte de los demás países adopta un sistema mixto, comprendiendo penas de Derecho común y penas especiales de Derecho militar (163). No puede menos de reconocerse, sin embargo, que la vieja idea de la «humillación» aparece a través de la degradación militar. El contenido de los Códigos penales militares, o de las disposiciones a ellos concernientes, se centra en los delitos militares propiamente dichos, como hemos podido apreciar con anterioridad (164). Y es importante observar cómo en los Códigos penales más rigurosamente técnicos se da un tratamiento distinto a los delitos cometidos en tiempo de paz que a los cometidos en tiempo de guerra (v. g., Códigos penales militares italianos para la paz y para la guerra, de 20 de fe-

(159) Así se deduce del examen de la legislación comparada. Vd., especialmente los distintos Informes presentados al IV Congreso internacional de Derecho penal militar a que tan reiteradamente hemos aludido, en *Les délits militaires*, cit. Vd., además, JIMÉNEZ JIMÉNEZ: *Notas sobre legislación penal extranjera*, en REDM, núm. 25-26, 1968, págs. 101 y ss.

La pena de muerte persiste, aunque, en general, en tiempo de guerra en países que la han abolido de hecho o de derecho, v. g. Bélgica, Noruega, Italia, Suiza, Países Bajos y Argentina.

(160) Por lo que se refiere al Derecho español, vd., art. 209 CJM.

(161) Vd. arts. 27 y ss. del Código penal militar suizo (MStG).

(162) Cf. F. GORLE: *Les infractions militaires en Union Soviétique, Seminaire belge de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1965-66, núm. 7. También en los Estados Unidos y en Gran Bretaña las penas son especiales para el Derecho penal militar (Cf. ROBERT M. WILLIAMS: *Military offenses*, en ob. citada, pág. 283 y WILLIAM E. STUBBS: *Military offenses*, cit., pág. 328, respectivamente).

(163) Es el caso de Alemania Federal, Bélgica, Luxemburgo, Italia, Países Bajos, Noruega y Argentina (Vd. PAUCOT, ob. cit., pág. 90). En España se distingue entre penas militares propiamente dichas y penas «comunes» aplicables a los delitos que no son «específicamente» militares (Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit. Parte especial, pág. 1086), ídem. HERNÁNDEZ OROZCO: *Rapport*, cit., págs. 260 a 264).

(164) Vd. *supra*, págs. 25 y ss. Para una ojeada de conjunto en relación a los Códigos penales de los países socialistas, vd. SCREVEENS: *Les infractions dans les Codes pénaux des Etats Socialistes*, Bruxelles, 1965.

brero de 1941; Código penal sueco de 1962 (165); Código penal noruego de 1902 (166), etc.), distinción, a mi juicio, fundamental, no sólo en cuanto a las tipologías (muchas de ellas exclusivas de uno u otro momento), sino en cuanto a la competencia. Así, v. g., el Código de justicia militar francés de 1965 determina la competencia en relación a los delitos cometidos en tiempo de paz y en tiempo de guerra (167), y el *Code de procédure pénale* confiere la competencia, respecto de los delitos contra la seguridad del Estado, catalogados, en general, en el Código penal común, en tiempo de guerra a la jurisdicción militar y en tiempo de paz a la jurisdicción civil (168); y si bien en esta técnica influyen razones procesales, tanto o más que las sustantivas, debe significarse, por otra parte, que son precisamente los casos más frecuentes de pena de muerte los que suelen centrarse en los supuestos más graves (generalmente en tiempo de guerra), v. g., de traición, espionaje y sedición. Valgan de ejemplo el Código de justicia militar francés, a que acabamos de aludir y, también, el Código penal militar suizo (MStG) (169).

La concepción del Ejército como una casta exclusivamente sometida a severas obligaciones procedentes de la necesidad de disciplina, que la separaría de los demás miembros de la sociedad, gozando en contrapartida de ciertos privilegios, cual es el ejercicio de su propia justicia;

(165) Vigente desde 1.º de enero de 1965. Sobre el Código penal sueco, vd. IVAR STRAHL: *Les grandes lignes du nouveau Code pénal suédois*. «Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé», 1964. Vd., además, por lo que se refiere a las disposiciones militares, la obra citada de JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, en REDM, núm. 20, págs. 87 y ss.

(166) Vd. MONSEN: *Views on military infractions*, en *Les délits militaires*, cit., págs. 376 y ss.

(167) Vd. MILLIOT, ob. cit., págs. 299 a 302. Vd., además, HERNÁNDEZ OROZCO: *El reciente Código de Justicia militar francés*, en REDM, núm. 20, 1965, páginas 77 y ss.

(168) Los «crímenes» y «delitos» contra la seguridad del Estado son, en el Derecho francés, objeto de reglas particulares de procedimiento, contenidas, de una parte, en los artículos 30 y 697 a 702 del *Code de procédure pénale*, tal como resulta de la Ley de 15 de enero de 1963 modificando la competencia, funcionamiento y procedimiento en orden a los citados delitos. En tiempo de guerra los crímenes y delitos contra la seguridad del Estado son de la competencia de la jurisdicción de las fuerzas armadas (art. 697 *Code de proc. pén.*, modificado por la Ordenanza de 4 de julio de 1960). Vd., además, arts. 302 a 324 del nuevo Código de justicia militar francés de 8 de julio de 1965. En tiempo de paz la competencia se defiere a la *Cour de sûreté de l'Etat*, que continúa siendo competente incluso en «état d'urgence» aun para todo el territorio del Estado. Sobre esta cuestión, vd. LAMBERT: *Traité de droit pénal spécial*, París, 1968, págs. 823 a 827.

(169) Vd. arts. 403 y 422-23 del Código de Justicia militar francés y 87 (*Der militärische Landesverrat*), 88 (*Kriegsverrat*) y 86 (*Die Verletzung militärischer Geheimnisse*) del Código penal militar suizo (MStG). Vd., sin embargo, en relación al espionaje, los arts. 272-274 del Código penal común (StGB). Sobre el Código penal militar suizo, vd. KELLER: *Die Militärischen Delikte*, en *Les délits militaires*, cit., págs. 400 a 402; COMTESSE: *Das schweizerische Militärstrafgesetz, Kommentar*, Zürich, 1946; HERNÁNDEZ OROZCO: *Notas sobre el Derecho penal militar suizo*, REDM, núm. 18, 1964, esp. págs. 84-85.

tiende hoy a desaparecer totalmente en la mayor parte de los países, desde el momento en que todos los miembros de la Nación deben participar en la defensa de la misma. Pero éstos, no obstante las obligaciones particulares del servicio militar, no deben dejar de beneficiarse de aquellos derechos y libertades compatibles con el servicio, pues «el Ejército no ha sido creado al margen de la sociedad nacional..., sino que es un aspecto particular de esta sociedad» (170).

Finalmente, creo que no puede dejar de considerarse que el ordenamiento jurídico militar está inserto en el ordenamiento jurídico estatal, y debe fundarse, igualmente, en la dignidad de la persona humana y en el respeto a los derechos garantizados por las leyes fundamentales.

IV

El Derecho penal militar está hoy integrado por el conjunto de normas que plasman, principalmente, en el CJM, promulgado el 17 de junio de 1945, que vino a modificar las disposiciones de los anteriores CJM de 25 de junio de 1890 y CP de la Marina de Guerra de 24 de agosto de 1889.

El vigente Código castrense, que contrariamente al CJM de 1890 —y siguiendo el ejemplo del de la Marina— tiene parte general completa, con pretensión de independizarse del CP, especifica que sus preceptos son aplicables a la jurisdicción militar de los Ejércitos de tierra, mar y aire (art. 1.º CJM) (171).

Ha de reconocerse previamente cómo en la elaboración de los preceptos del CJM han influido, sin duda, muchos de los principios fundamentales mantenidos en el Derecho penal común, cuya progresiva evolución y más avanzada técnica se han ido imponiendo paulatinamente en el Derecho penal militar, traduciéndose, en buena parte, en la sucesiva formación de los Códigos penales militares. Esto ha supuesto, sin duda, la modificación de las arcaicas disposiciones y crueles penalidades existentes en las viejas ordenanzas militares, que debieron sufrir también el influjo del movimiento codificador (172). Pero, además, el Derecho penal común viene a constituir derecho supletorio cuando

(170) ROGGEN: *Una doctrine de la justice militaire belge*, en «Revue de droit pénal militaire et droit de la guerre», vol. 2.º, 1966, pág. 348.

(171) Vd. DÍAZ-LLANOS: *Leyes penales militares*, 1968. Nota 2 al Tratado Primero del CJM, Exposición de motivos, págs. 15 y 16.

(172) V. g., el horadar la lengua con un hierro candente al blasfemo que reincidía, el imponer la pena de muerte al que robare alguna cosa dentro del cuartel, casa de oficial o dependencia del Ejército; la pena de horca para el que cometía sodomía, quemando después al reo, etc., Cf. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 1077, nota 5.

no haya regla concerniente al caso presentado (art. 257, párrafo 2.º CJM) (173).

Consecuentemente, el CJM se rige, en principio, por el *nullum crimen sine previa lege penale*, como el CP (arts. 181 y 182 CJM), y sólo se reputan penas las impuestas por los tribunales militares en virtud de procedimiento judicial (art. 207) (174), sin que pueda ejecutarse pena alguna, sino en virtud de sentencia firme (art. 241); y finalmente, el CJM consagra el principio de irretroactividad de la ley penal militar, salvo en lo favorable (art. 208).

La naturaleza militar del delito viene, en definitiva, atribuida en el CJM por su inclusión y castigo en el mismo (art. 181 CJM), según hemos expuesto con anterioridad (175). Pero es necesario señalar, sin embargo, la peculiaridad en nuestro Derecho penal militar de que al lado de la ley en sentido estricto aparecen, con rango igual a ella, los llamados bandos militares, en calidad de leyes de emergencia dictadas por determinadas autoridades militares (art. 6.º, núm. 7, 53 y 54 CJM y 39 LOP), quienes, en ciertas circunstancias consideradas como excepcionales, asumen unas facultades equiparadas en lo penal a las legislativas (art. 181, párrafo 2.º, CJM). Ciertamente que en los bandos no pueden establecerse nuevas especies de penas, debiendo ajustarse éstas al repertorio de las que ya están legalmente establecidas (art. 39, número 3, ap. d), LOP), pero fuera de esto y de la limitación formal establecida en el artículo 11 CJM no existen otras. Por consiguiente, en los bandos se pueden definir nuevos delitos, estableciéndose las correspondientes penas, modificando plazos, elevando la pena de los delitos ya existentes, aunque no estén previstos en el CJM, y añadir nuevas causas de agravación o de responsabilidad criminal. Aunque lo normal es que los bandos no instituyan nuevas figuras de delito, sino enumeración de hechos que se consideran comprendidos en las existentes con anterioridad, por este procedimiento se han extendido muchas veces éstas (176). Un tal sistema, especialmente en aquellos casos en que se equiparan conductas comprendidas en los bandos a otras existentes con anterioridad y cuya denominación jurídica se toma tan sólo de pantalla —prescindiendo de la naturaleza jurídica de tales conductas—, no solamente puede suponer un grave defecto de técnica jurídica, sino un quebrantamiento del principio de legalidad, del cual ni puede ni debe prescindirse en los bandos. Pensemos. v. g., en aquellos hechos que al amparo del núm. 5 del artículo 286 CJM pueden equipararse al delito de rebelión militar porque así se declare, sin más, en

(173) Vd. HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares*, cit., pág. 256.

(174) Sobre el problema que plantea el artículo 207 CJM, en relación a la naturaleza penal o disciplinaria de las faltas militares a las que se sanciona con los denominados «correctivos», vd., *supra*, esp. notas 77, 79 y 85.

(175) Vd., *supra* págs. 29 y 41. Vd., además, HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares*, cit., pág. 255.

(176) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 89.

los bandos por las autoridades militares (177). Con razón se ha dicho que no se ha dado un criterio ordenador suficiente que sirva de guía al ejercicio de tan delicada función legislativa, delegada en funcionarios administrativos, suponiendo que lo sean las autoridades militares (178).

Considerando, por otra parte, que los bandos son leyes delegadas, nada impide el que los órganos legislativos ordinarios, al otorgar legalmente a las autoridades militares el poder de dictar leyes para afrontar determinadas situaciones de emergencia, puedan precisar y poner límites a las atribuciones de aquéllas, v. g., a la imposición de la pena de muerte (179). De todos modos la quiebra que la falta de límites en los bandos suponga para el principio de legalidad podría también ser subsanada, al menos en parte, con la solución, ya empleada en otros países, de crear Códigos penales o disposiciones especiales para tiempo de guerra con carácter permanente, donde pudieran quedar catalogadas, siquiera sea un buen número de conductas realizables en situaciones de excepción.

Creo, finalmente, que debiera distinguirse entre tiempo de guerra y estado de guerra, pues, particularmente en este último caso, no me parece puedan crearse delitos, sino someter los existentes al fuero marcial (180).

2. El artículo 181 del CJM define el delito militar diciendo que son delitos y faltas militares las acciones y omisiones penadas en el mismo, añadiendo en su párrafo 2.º que lo son igualmente los comprendidos en los bandos que dicten las autoridades competentes. La noción parece discrepar, sin embargo, de la contenida en el artículo 1.º del Código penal, porque en ella se prescinde de la palabra «voluntarias». Consecuentemente ello da base para afirmar que al abandonar la voluntariedad el CJM renuncia a la exigencia de la culpabilidad, lo que, en definitiva, equivaldría a decir que la responsabilidad criminal, en estos casos, se fundamenta tan sólo en la producción del resultado. Todo lo cual supondría una supervivencia en el Derecho castrense de épocas harto tiempo superadas. La posición citada tiene su

(177) Sobre la cuestión, en relación al Decreto de 21 de septiembre de 1960, vd., el agudo artículo de BARBERO SANTOS: *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Universidad de Salamanca, 1971, págs. 152 a 156. Vd., además, en relación al problema de los bandos, en general, en nuestro derecho, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. G., págs. 31 y nota 84 y 138 a 140; ídem, en *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 1078, nota 9; ídem., *Bandos penales militares*, REDM, núm. 3, 1957, pág. 157 y ss.

(178) APARICIO GALLEGO: *Derecho penal militar y Derecho penal común*. Comunicación presentada a las *Primeras Jornadas de Derecho penal militar y Derecho de la guerra*, Valladolid, 1961; cit., además, por RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 14.

Sobre el problema del funcionario militar, vd. CARRIÓN MOYANO: *El militar como funcionario público*, REDM, núm. 18, 1964, págs. 37 y ss.

(179) Cf. VENDITTI, ob. cit., pág. 38.

(180) Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., II, 2.ª ed., pág. 1402.

base en que el Derecho penal militar, esencialmente utilitario, señala como punibles actos en que la voluntad no podría demostrarse, precisando castigos en circunstancias determinadas para individuos cuya participación en hechos concretos no se justifica. Prueba de ello sería el acto de dormirse un centinela (arts. 362 y 363 CJM) y la sedición cuando no se acredita quien fuera el autor de los gritos en que consista (art. 296 CJM) (181). En el primer caso, cuando se impone la pena al centinela o escucha que se halle dormido no se tendría en cuenta si el sueño tiene o no una causa patológica, ni si es o no irresistible: en el segundo caso, cuando se dispone que si en el acto no se descubre al que dio la voz sufrirán la pena los seis individuos que los jefes allí presentes conceptúen más próximos al lugar de donde hubiera salido aquélla, se viene a castigar a personas inocentes, respecto de la sedición, sin más causa que la ejemplaridad, o sea, la intimidación general, en virtud de que la ejecución de la pena se lleva a cabo sin consideración a la voluntaria participación de los elegidos en la forma indicada para el delito de sedición (182). Podría objetarse, sin embargo, que de los ejemplos indicados no se deduce necesariamente que la culpabilidad no pertenezca al concepto del delito militar, puesto que en el artículo 185 se reconocen las causas de inimputabilidad y también el caso fortuito, que se caracteriza por la falta de culpa e intención, y que eximen de responsabilidad también en los delitos militares, por lo que a *sensu contrario* deben concurrir en éstos el dolo y la culpa (182 bis). Ahora bien, el argumento no resuelve por sí sólo el problema de la no admisión en el CJM de determinadas causas de inculpabilidad que no suponen necesariamente la inimputabilidad, como v. g., el miedo insuperable, particularmente en los casos del párrafo 2.º del núm. 10 del artículo 185. Menos aún convencen las razones procesales o la presunción de coautoría que se ha alegado en el caso de los

(181) Posición que tiene su base en la antigua opinión del comentarista del CJM de 1890, CONEJOS D'OCÓN: *Observaciones para la aplicación del Código de justicia militar*, Valencia, 1895, pág. 291, y que aún sigue siendo mantenida por algunos de los comentaristas más tradicionalistas, como v. g., DÍAZ LLANOS: *Leyes penales militares*, Madrid, 1968, 9.ª ed., pág. 166, nota 356. En sentido contrario, sin embargo, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, cit., P. E. página 1081 y TEJEDOR y FERREIRO: *Derecho militar*, Valladolid, 1940. A esta opinión se adhiere también QUINTANO: *La culpa en el Derecho penal militar*, REDM, núm. 4, 1957, pág. 10, quien, por análogas razones a las manifestadas por RODRÍGUEZ DEVESA, se muestra contrario a la intrascendencia del factor subjeivo en el delito militar.

(182) Sobre el llamado «problema de la voluntariedad» en el Derecho militar, vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., NEJ, págs. 595-96, para quien las consideraciones a que acabamos de aludir, mantenidas por una parte de la doctrina, no pueden fundamentar una supuesta falta de voluntariedad en el Derecho militar. En relación a la cuestión, vd., además, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., III, 3.ª ed., pág. 81.

(182 bis) Argumento utilizado por RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, II, cit., pág. 518; ídem., en RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 1081.

gritos sediciosos (183). No creo, sin embargo, que de la omisión de la voluntariedad en la noción formal del delito del artículo 181, ni de los ejemplos indicados haya de deducirse claramente la no necesidad de la culpabilidad en el Derecho militar. En primer término porque el artículo 181 no prejuzga nada, máxime si se estima que la acción, ontológicamente considerada, pueda llevar implícita la voluntariedad, que la teoría finalista llega a considerar incluso de un modo concreto (184). Tampoco necesariamente de los ejemplos indicados. Pero tanto en el primero de los casos aludidos, en el que se ha llegado a afirmar la existencia de una *actio liberae in causae*, a mi juicio impropriadamente, como en el segundo, en el que se aduce un delito de «sospecha» (185), se trata de presunciones de culpabilidad que deben ser desterradas de un derecho voluntarista, como es el punitivo (186).

(183) A que alude RODRÍGUEZ DEVESA: *Delito militar*, cit., NEJ, pág. 596. Para DÁVILA y GARICANO GOÑI, ob. cit., pág. 254, en los casos aludidos, a los que agregan el contemplado en el artículo 338 CJM, no deja de existir el elemento intencional, lo que me parece desorbitado, pues el mismo QUINTANO, ob. citada, pág. 12, quien trata de paliar el objetivismo que dimana de los artículos señalados, con un supuesto —aunque no convincente— acoplamiento de dichos preceptos a «una hermenéutica de lo culposo», pone de manifiesto, sin embargo, por lo que al artículo 296 se refiere, cómo esta figura «es seguramente la más ardua de encuadrar en una sistemática culpabilista, por ser condiciones de culpabilidad actos independientes, no ya de la intención, sino hasta de la voluntad del sujeto: los de no saberse ni haberse logrado averiguar el autor del grito subversivo, ya que conseguido esto, los seis vecinos de formación quedan exentos de pena». De otro lado, en relación al artículo 362, y al 363, aun cuando QUINTANO trata de demostrar que en determinadas circunstancias el objetivismo del tipo puede mostrar una neta afinidad con lo culposo —a mi juicio, sin éxito— afirmando que requiere un mínimo de voluntad, se cuida muy bien de precisar que hay que dar «por descontado» la «ausencia de malicia», «pues existiendo ésta —continúa el citado autor— preordenada a un fin, de favorecer incursiones enemigas o sediciosas, es claro que desaparecerían las tipicidades específicas para dar lugar a las dolosas de traición, rebelión o sedición» (pág. 15). En cuanto a la presunción de coautoría o de encubrimiento a que aluden DEVESA y DÁVILA y GARICANO GOÑI, respectivamente, respecto del artículo 296, la falta de intención de cooperar es manifiesta, pues, como afirma el propio QUINTANO, ob. y revista cit., pág. 14, en este supuesto, probada la confabulación, no sería ciertamente aplicable este tipo, sino el correspondiente a la sedición misma.

(184) Vd. WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlín, 1969, páginas 33 y ss.; MAURACH: *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 3.ª Aufl., Karlsruhe, 1965, págs. 131 y ss. Afirma RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., que «el Derecho sólo se ocupa y puede aspirar a regular los actos humanos, y no hay acto humano cuando falta la libertad de la voluntad (la voluntariedad en el sentido de la exposición de motivos), con la consecuencia de que no puede entonces hablarse de acciones previstas en el Código, porque falta precisamente tal acción» (pág. 1081).

(185) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 16. Y en el sentido de la *actio liberae in causa*, respecto del artículo 362, parece manifestarse también RUBIO TARDÍO: *Las causas de exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal militar*, en *Primeras Jornadas de Derecho penal militar y Derecho de la guerra*, Valladolid, 1961, pág. 149.

(186) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 191, nota 1.

GÓMEZ CALERO: *El «versari in re illicita» en el Código de Justicia militar*, REDM, núm. 23, 1967, págs. 29 a 31, señala cómo los delitos previstos en los

aun más repudiables las del Derecho militar, cuyo mayor cariz utilitario y objetivista es patente (187), que puedan serlo las establecidas en el Código penal, en el caso, v. g., de la riña tumultuaria (art. 408), del raptó (art. 442) o de las detenciones ilegales (art. 483). Son, en definitiva, vestigios de responsabilidad objetiva, que no se justifican en absoluto en la hora actual y abocados a desaparecer totalmente del ámbito del derecho punitivo (188).

Es de señalar, además, la restricción existente en el CJM, por lo que se refiere a las causas de inculpabilidad. Así, v. g., el miedo insuperable no sólo no se admite en el caso de los militares, sino ni siquiera en el de los paisanos sometidos a la ley castrense cuando se trate de delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición (párrafo 2.º del núm. 10, del art. 185), lo que revela algo más que una falta de coordinación legislativa. Pues aunque se pase, lo que ya es discutible,

dos números del artículo 362 —así como otros análogos, v. g., arts. 279, 288, 361 y 399, entre otros— del CJM, son delitos cualificados por el resultado, pues, aun supuesta la «posibilidad objetiva de prever» (la previsión como «posible» —dice, en la nota 83, el citado autor— no engendra culpa penal), «...una cosa es que exista la 'posibilidad objetiva de prever', y otra muy distinta que la ley requiera, para tipificar y sancionar el delito, la 'previsibilidad subjetiva del resultado'». Ninguno de los preceptos indicados —continúa el autor, predicho— requiere para la punibilidad del resultado más grave, eventualmente sobrevenido, la infracción de un deber de previsión o diligencia por parte del sujeto activo del delito. La responsabilidad de tales resultados se vincula al autor del acto ilícito inicial, no en base a imprevisión o culpa de éste, sino en base a un proceso de causalidad adecuada (pág. 31). Sobre el problema del «versari in re illicita», en general, vd., el excelente artículo de CEREZO MIR: *El «versari in re illicita» en el Código penal español*, ADPCP, 1962, págs. 47 y ss.

(187) El mismo QUINTANO, ob. y rev. cit., pág. 11, pone de relieve cómo es forzoso reconocer que en el CJM abundan con inusitada frecuencia, al lado de infracciones por imprudencia, perfectamente caracterizadas, otras que sólo lo son a título un tanto sutil y subrepticio, si se les atribuye tal cualidad por la vía de culpa presunta o *culpa in re ipsa* que al ser *ius et de iure*, equivale prácticamente a una postura de descarnada responsabilidad objetiva.

(188) Podría afirmarse aquí con el propio QUINTANO, ob. rev. y pág. cit.; que «la trascendencia del resultado y las consabidas razones prácticas de mantener la ejemplaridad, y con ella la disciplina a toda costa, son las explicaciones más plausibles; disculpas, más bien, encaminadas a justificar tan graves derogaciones del dogma del *nullum crimen sine culpa*». Palabras perfectamente aplicables a los casos que nos ocupan y en los que no podemos encontrar siquiera esa «brizna» de culpa a la que pretende asirse, a mi juicio, sin mucha convicción, el ilustre autor; el cual, por otra parte, no parece muy consecuente en sus consideraciones, en cuanto que, aparte de que considera la palabra «voluntarias» empleada en el artículo 1.º del CP como comprensiva de las dos formas de culpabilidad (dolo y culpa) (*Comentarios al Código penal*, Madrid, 1963, pág. 16), en su *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, pág. 272, refiriéndose al Derecho militar en la concreta figura del art. 292 CJM, afirma textualmente: «Mal parado queda en estas situaciones de responsabilidad el dogma de la culpabilidad, digno de ser enunciado en el aforismo complementario del legalista como *nullum crimen sine culpa*, que ningún argumento utilitario podría remplazar». Nuestro pleno acuerdo con estas últimas consideraciones es evidente, pero ellas no parecen ser muy congruentes con sus anteriores afirmaciones acerca de una posible incriminación a título de culpa de las conductas a que se refieren.

por la no admisión de la eximente —supuesto que no contradiga el principio de que no hay pena sin culpabilidad, habida cuenta de la aplicabilidad al miedo del principio de la no exigibilidad de otra conducta, como hacía Rodríguez Muñoz (189)— para los militares, porque para ello reciben una instrucción física y una adaptación mental especiales en las que se cultiva y desarrolla el sentido del cumplimiento del deber militar aun a riesgo de la vida (190), ello no explica ni justifica la traslación de la responsabilidad a los no militares no obstante admitirse la existente en el CP. El argumento objetivizante empleado de que el mal que para la patria suponen estos hechos nunca puede considerarse igual o menor a cualquier otro que pudiera resultar al sujeto al infringir las prescripciones penales (191), no convence en absoluto, ya que en análogas circunstancias podrían encontrarse todos los reos de los citados delitos y otros análogos contra la seguridad del Estado, supuesta la aplicación del CP. La incongruencia legislativa entre el texto legal castrense y el Código penal común es aquí evidente.

En algunos otros puntos se demuestra, además, cómo el CJM se ha quedado atrás en relación al CP común. Pensemos v. g., respecto de las causas de inimputabilidad, en la técnica que emplea al mantener imputabilidad condicionada por el discernimiento para la minoría de edad (art. 185, núm. 2.º) y la no admisión de la embriaguez, ni siquiera como atenuante, si bien aquí se alude solamente a los militares (art. 186, circ. 9.ª, pfo. último) (192).

Por el cariz de este artículo no podemos entrar ahora en pormenores respecto de otras posibles causas de exención de responsabilidad en el derecho militar. Aludiré muy brevemente a la obediencia debida.

(189) Vd. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Notas al MEZGER: Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1957, págs. 16, 17 y 217. Para una mejor comprensión del problema de la no exigibilidad de otra conducta, vd. SÁINZ CANTERO: *El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de «no exigibilidad»*, en ADPCP, 1960, páginas 419 y ss.

(190) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 1083; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. G., cit., pág. 533; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 16.

(191) Argumento aducido por RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., página 1083.

Es de señalar que la jurisprudencia anterior al vigente CJM, entre la que cabe citar la Sentencia de 26 de enero de 1944, aplicó la eximente de miedo insuperable en algunos supuestos de delito de rebelión perpetrado por paisanos. Pero con el nuevo Código se modificó el anterior criterio (vd. DÍAZ LLANOS: *Leyes penales*, cit., pág. 175, nota 390).

Algunos autores propugnan, sin embargo, por dejar al arbitrio judicial la admisión del miedo insuperable, aún tratándose de militares, en determinados casos, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y hecho, y los móviles perseguidos por el culpable (Cf. RUBIO TARDÍO, ob. cit., pág. 160).

(192) Téngase en cuenta, además, que en el núm. 1.º del art. 199 CJM se incluye todavía la receptación como forma de participación por encubrimiento, cuando en el CP constituye una figura autónoma de delito, desde la Ley de 9 de mayo de 1950 (art. 546 bis).

De las figuras de desobediencia establecidas en el CJM en las que no aparece excusa alguna por razón de la ilegalidad de la orden, al modo que puede verse en el CP (art. 369), se deduce que el deber de obediencia es más riguroso para los militares que para los funcionarios judiciales y administrativos. Pero no deja de ser extraño que, no obstante la amplitud del ámbito de la obediencia en el derecho militar, para la apreciación de la eximente en el CJM, haya de tenerse en cuenta por los tribunales el que la obediencia se haya prestado con malicia o sin ella. La solución, que de todas formas está en pugna con el criterio más amplio de la legislación civil y no resuelve plenamente los arduos problemas que plantea la eximente, produce el resultado paradójico de que al ser la malicia en nuestro derecho equivalente al dolo, la obediencia en la que no medie malicia sería excluyente del dolo, esto es, de la culpabilidad, según el derecho militar (193).

En orden a la antijuricidad los tipos han sido configurados en el derecho militar con miras a la protección de los intereses fundamentales de las fuerzas armadas, si bien éstas serán casi siempre un sujeto pasivo de segundo grado, pues en primer término está, al menos en una gran parte de los casos, una persona física (194). Aquí las diferencias, aparte de algunos casos especiales, no destruyen totalmente la identidad entre el derecho militar y el común. En ambos se da la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (195).

Por lo que se refiere a la negligencia, aparte el *nomen iuris*, debe significarse cómo frente al sistema de incriminación genérica del CP, el CJM adopta el de incriminación específica y, en su virtud, las figu-

(193) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 274. Vd., también RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Notas al MEZGER*, cit., pág. 442. Contrariamente, RODRÍGUEZ DEVESA: *La obediencia debida en el Derecho penal militar*, REDM, núm. 3, 1957, páginas 29 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. G., cit., pág. 457. El problema ha sido tratado ampliamente en el IV Congreso Internacional de Derecho penal militar y de derecho de la guerra. Dada la índole del presente trabajo es imposible abordar aquí los múltiples problemas que plantea la eximente. Pero debe señalarse que RODRÍGUEZ DEVESA, en la *Exposición de síntesis*, cit., presentada al citado Congreso (pág. 454) precisa que hay que reconocer que la orden de cometer un delito no es nunca obligatoria y, en consecuencia, no puede alegarse como causa de justificación o excusa para el que obedece, ya que si se admite esto no podría establecerse ninguna diferencia entre un ejército y una partida de bandidos. Pero los ejércitos modernos están fundados en el Derecho y, por ello, obligados a respetar el ordenamiento jurídico. Ello no quiere decir—continúa el citado autor— que quien comete un delito en cumplimiento de órdenes superiores no quede nunca exento de responsabilidad, como es el caso en que medie un error esencial o invencible. Mas aun cuando ello supone llevar el problema a la falta de culpabilidad, para RODRÍGUEZ DEVESA, la exención de culpabilidad en el que obedece radica no en el hecho de haber cumplido una orden, esto es, no por obediencia debida, sino por error; lo que no acertamos a comprender demasiado. Ciertamente el mismo autor constata que estas ideas precisan de ulteriores estudios para encontrar fórmulas técnicas satisfactorias.

(194) Vd. HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares*, cit., pág. 254.

(195) Vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., pág. 18.

ras delictivas culposas aparecen directa e individualmente tipificadas a lo largo de su articulado, incluso hasta fuera del Capítulo de la negligencia (art. 388 a 402), en el que, por cierto, ésta cobra una especial importancia por la severidad de las sanciones impuestas, no sólo en razón del espíritu del Ejército, sino de las consecuencias que tales conductas pueden acarrear (196).

3. En cuanto a las penas, éstas tienen nomenclatura, extensión, graduación y aplicación diferente de las comunes. Es de señalar, en comparación al CP, la amplitud de los períodos de duración, la mayor indeterminación y gravedad, así como el mayor número de casos en que se aplica la pena de muerte, frecuentemente como única. Ciertamente aquí podría encontrarse una diferencia, en relación a los fines, con las establecidas en el CP, pues en el CJM es mucho más acusado el fin intimidatorio. Si bien el CJM ofrece (art. 192) un mayor arbitrio al juzgador que el CP —y aun cuando hoy, con el sistema seguido por los Códigos europeos más modernos, se trata de no mecanizar los efectos de las circunstancias modificativas (197)—, también se corre el riesgo de caer en el extremo opuesto. Esto es, de que el tribunal pueda disponer de la pena, que, a veces, queda prácticamente indeterminada (198). También aquí la técnica de la individualización de la pena es distinta, con mayor peligro, por el rigor de las sanciones, en el CJM.

4. Finalmente, otras diferencias las tenemos en el artículo 183, en la propuesta al Gobierno por parte del Tribunal para el caso de que la pena impuesta sea notoriamente excesiva, cuya sentencia se ejecutará no obstante, salvo el caso de pena de muerte hasta que el Gobierno no decida sobre ello. Pero no se permiten observaciones sobre hechos punibles, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 2.º del Código penal común.

(196) Los artículos 388 a 402 (Trat. II, tít. XII, cap. VIII), del CJM vigente castigan las diversas infracciones que en ese capítulo figuran con penas que van desde la separación del servicio hasta la muerte (Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., V, 2.ª ed., págs. 721 y 722). Para GÓMEZ CALERO: *La culpabilidad en los delitos de «negligencia» del Código de Justicia militar*, REDM, núm. 25 y 26, 1968, pág. 61, la «negligencia» en el CJM constituye, simplemente, una denominación objetiva que da nombre a un grupo de delitos, pero que no implica ni prejuzga una forma de culpabilidad.

(197) Vd. ANCEL: *La défense sociale nouvelle*, París, 1966, 2.ª ed., págs. 193 y ss., 230 y ss. y 372; JEAN GRAVEN: *Droit pénal et défense sociale*, SwZSt (RPS), 1955, págs. 41 y ss.; PHILIPPE GRAVEN: *La répression pénale selon l'optique de la défense sociale*, SwZSt (RPS), 1970, pág. 67; NÚÑEZ BARBERO. *Suspensión condicional de la pena y «probation» (Problemática acerca de su naturaleza jurídica)*, Salamanca, 1970, págs. 48 y ss. y 83 y ss.

(198) La influencia del Derecho penal militar, por lo que se refiere a la enorme extensión de la pena, en otras leyes especiales en las que la competencia es atribuida a la jurisdicción militar, como en el Decreto de bandidaje y terrorismo de 1960, es notoria. Vd., en relación al Decreto citado BARBERO SANTOS: *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo*, cit., pág. 152: vd., también, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 1119, nota 13. Sobre el problema, en general, vd. BRICOLA: *La discrezionalità nel diritto penale*, I, Milano, 1965, pág. 361.

V

1. Si se recorre el catálogo de los delitos sancionados en el CJM (Títulos VIII al XV del Tratado II) (199) se puede observar fácilmente cómo junto a figuras delictivas que sólo pueden ser cometidas por militares y que tienen, por consiguiente, un marcado carácter disciplinario, sin perjuicio de que a la par lesionen otros bienes jurídicos, existen otras de las que pueden ser responsables como autores quienes no ostentan la condición de militar, sin que desde el punto de vista del CJM dejen, por ello, tales infracciones, de constituir delitos militares. Tal ocurre v. g., con muchas de las formas de traición, rebelión militar o fraudes al Ejército, y en que parecen tener fundamental importancia tanto la defensa nacional como la del Ejército. Esto significa, en suma, que los paisanos o civiles pueden ser sujetos activos de diversos delitos militares comprendidos en el CJM, no ya sólo como partícipes secundarios en los delitos estrictamente militares, sino incluso como autores, cómplices o encubridores en los delitos militares impropios (200). En los mismos epígrafes del Título VIII (delitos contra la seguridad de la patria) y del IX (delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos) se observa, además, que a las leyes penales militares está encomendada la seguridad exterior o interior del Estado en coincidencia con el CP, lo cual da lugar a concursos de disposiciones legales que suelen resolverse siempre en favor de las autoridades militares, sea por razón de la especialidad, sea en virtud de pena mayor. Por consiguiente, el radio de acción de la jurisdicción militar se ha extendido hasta tal punto que su misión es triple, no solamente refuerzo de la disciplina, sino defensa del Estado y la Nación (201).

Cuestión distinta es la relativa a la desmesurada extensión de la jurisdicción militar, a la que se otorga competencia para la aplicación de determinadas leyes especiales de carácter común, ya que si bien la aplicación permanente del CJM, prescindiendo ahora de la excesiva amplitud de su contenido y ámbito de aplicación, se fundaría en ser necesarios particulares conocimientos para juzgar de ciertos delitos, en la ampliación a la jurisdicción militar de los casos aludidos de leyes especiales (v. g., accidentes ferroviarios, Ley de 18 de febrero de 1941; Decreto de 21 de septiembre de 1960, sobre bandidaje y terrorismo) son motivos oportunistas y transitorios los que llevan al legislador a prefe-

(199) Los títulos VII al XIV del Tratado II del CJM se refieren a los delitos; el título XV se refiere a las faltas; distinguiéndose, en lo relativo a los delitos, entre: delitos contra la seguridad de la Patria; seguridad del Estado y de los Ejércitos; disciplina militar; honor militar y fines y medios de acción del Ejército; intereses del Ejército y reincidencia en faltas.

(200) Vá: HERNÁNDEZ OROZCO: *Los delitos militares*, cit., pág. 255.

(201) Cf. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., pág. 86.

rir una jurisdicción que puede proceder sumarísimamente con mayor rigor con el hábito enérgico de la disciplina (202).

2. En consecuencia, hemos de poner ahora de manifiesto el grave problema de la pluralidad legislativa que, particularmente en una gran parte de los delitos contra el Estado, se plantea en nuestro derecho positivo en orden a la interpretación y consiguiente aplicación de la ley, precisamente en tan graves delitos como son algunos de los que vamos a señalar a continuación.

Este acrecentamiento de la pluralidad legislativa culmina con la promulgación de la Ley de seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, cuyos preceptos fueron en gran parte incorporados al CP de 1944 —que absorbió de este modo una serie de tipologías creadas por aquélla en circunstancias de emergencia— (203), y con el vigente CJM que suprime la dualidad de una ley penal para el Ejército y otra para la Armada (204).

Siendo imposible, por las características de este artículo, analizar todos los preceptos que, con especial referencia a la seguridad del Estado o a la defensa nacional, son susceptibles de plantear un gran número de problemas jurídicos de diversa índole, me limitaré a corroborar mis afirmaciones con algunos ejemplos típicos.

El primer delito contenido, tanto en el CP como en el CJM, es el de traición. En el primero se engloba el de espionaje, que en el segundo tiene, por cierto, distinta rúbrica. Por consiguiente, los que en aquél tienen tal carácter quedan consignados en el CJM entre los de espionaje.

Son descritos en ambos Códigos, v. g., el inducir o concertarse con potencia extranjera para declarar la guerra a España (arts. 120 del Código penal y 258, párrafo 2.º del CJM); facilitar al enemigo la entrada en la nación, toma de una plaza, puesto militar, buque del Estado o almacenes de boca o guerra del mismo (núm. 1.º del art. 121 del CP), descripción a la que, con algunas adiciones, se corresponde el número 5 del artículo 258 CJM; tomar las armas contra la patria bajo banderas enemigas (núm. 1.º del art. 259 CJM y núm. 1.º del art. 122 CP), si bien en el texto legal común se añade «sediciosas o separatistas». El CP considera como delito de traición los ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, símbolos o emblemas (art. 123), que en el CJM se concreta en ultrajes a la nación, bandera o himno nacional, dentro de los «delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos» (art. 316). La tentativa para pasar a país enemigo mediando prohibición del Gobierno está contenida tam-

(202) Vd. ANTÓN ONECA: ob. cit., pág. 85; BARBERO SANTOS: *Los delitos de bandolerismo...*, cit., págs. 159-160.

(203) Vd. MONTULL, ob. cit., pág. 37.

(204) Cf. TERUEL CARRALERO: *La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado*: ADPCP, 1963, pág. 20.

bién en ambos Códigos (art. 266 CJM y 135 CP), si bien en el militar se encuadra dentro de los delitos de traición y en el común entre los que comprometen la paz y la independencia del Estado. Otros muchos casos podrían señalarse. De *lege lata*, sin embargo, comparto la opinión de Montull de que en aquellos preceptos como los artículos 121, núm. 3 y 122, núm. 1.º del CP, en que se habla de banderas enemigas, sediciosas o separatistas, los dos últimos casos en que las banderas sean sediciosas o separatistas no están previstos en el CJM. El delito sería común y la jurisdicción competente debería ser la ordinaria, salvo, por supuesto, el caso del agente aforado (205).

Si se toman otros delitos, los de espionaje, v. g., encontramos formulaciones comunes en ambos Códigos en el suministro al enemigo, con los fines señalados, de armas, planos de fortalezas, terrenos, etcétera, del núm. 4 del artículo 122 CP y núm. 2 del artículo 259 CJM, con algunos añadidos típicos, como los de «santo, seña, contraseña», órdenes recibidas, etc.; y en el mantenimiento de relaciones de cualquier tipo con gobiernos extranjeros a fin de comprometer la dignidad o los intereses del Estado español, del artículo 129 CP, análogo al del artículo 274 CJM.

Entre los delitos que comprometen la paz y la independencia del Estado formulados en ambos Códigos están: el violar tregua o armisticio (art. 130 del CP y 279 del CJM), si bien éste se refiere al militar que ejecute actos de manifiesta hostilidad y los condiciona arcaicamente a la declaración de guerra. El comprometer la neutralidad de España, del artículo 128 del CP, tiene su correlativo en el artículo 12 de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante.

Los delitos contra el derecho de gentes tienen una triple e impropia rubricación en el CP, en el CJM y en la LPMM, con el correspondiente confusionismo. Los tipos del artículo 136 CP, relativos a la protección de los Jefes de Estado extranjero, no se corresponden con los del CJM que, sin embargo, contiene el rompimiento de tregua (art. 279) y que el CP encuadra entre los de traición.

Respecto de la piratería, el CP no define el delito, limitándose a establecer la pena para los casos que señala, por lo que hay que acudir a la LPMM de 1955 (art. 9) y a la LPPrNA de 1964 (art. 11). La primera repite los casos de agravación específica estructurados en el CP.

Por lo que a los llamados delitos contra la seguridad interior del Estado se refiere, me limitaré a señalar que la rebelión, v. g., está prevista como delito en los artículos 214 del CP y 286 del CJM. Prescindiendo ahora de la casuística enunciada en uno y otro artículo, parece existir, en principio, cierta diferenciación en cuanto que el Có-

digo penal refiere la rebelión al alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno (206) y el CJM —que lo denomina rebelión militar— a que tal alzamiento sea con armas, formulando sus fines con mayor amplitud que el artículo 214 del Código penal. Pro la verdad es, sin embargo, que resulta difícil concebir una rebelión sin que encaje en alguno de los supuestos del artículo 286 CJM. No parece concebible que se alzen en armas, v. g., menos de diez hombres y sin estar organizados militarmente para destituir al Jefe del Estado o derribar al Gobierno. Menos aún imaginar la existencia de la rebelión sin hostilizar a las fuerzas defensoras del régimen que se trata de derribar (207). Es, en consecuencia, sumamente difícil, yo diría imposible, que una rebelión se realice de otro modo que no quede encuadrada en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 286 del CJM (208).

En el CP, aparte del que puede considerarse como delito tipo, el de rebelión, coexisten las dos formas de delito de sedición y desórdenes públicos, considerados por la doctrina dominante como una rebelión y una sedición en pequeño, respectivamente, tanto por las finalidades perseguidas como por las obtenidas (arts. 218 CP y 295 CJM) (209). Teruel Carralero hace radicar, sin embargo, quizá con

(206) Vd. JASO, en RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., pág. 75.

(207) Vd. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., II, 3.^a ed., pág. 1363.

(208) «El Código penal del Ejército de 1884 —dice BARBERO SANTOS: *Los delitos de bandolerismo...*, cit., pág. 153— crea, por primera vez en nuestra legislación, el delito de rebelión militar como especialidad puramente militar siempre que lo cometan individuos del Ejército. La evolución posterior se caracteriza por la paulatina absorción de la rebelión común por la rebelión militar, bien por la vía de la doble incriminación, bien por la ficción de equipatar a la rebelión militar conductas que nada tienen que ver con ella». Sobre el problema, vd. RODRÍGUEZ DEVESA: *La Ley de 2 de marzo de 1943 y el delito de rebelión en el Código de Justicia militar*, «Rev. de Estudios penales», Valladolid, 1943; ídem., RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., págs. 680 y ss., y espec. las 691 y 692, quien trata de delimitar unas y otras conductas. Aun cuando QUINTANO: *Curso*, cit., II, pág. 498, pretende realizar una discriminación entre las conductas constitutivas de rebelión militar y las de rebelión común en el plano sustantivo, advierte, sin embargo, cómo es imposible prácticamente que la rebelión pueda llegar a incriminarse por el Derecho común, por lo que afecta a lo jurisdiccional, dada la indubitada preferencia de la jurisdicción castrense, reconociendo, además, cómo en la práctica es difícilmente imaginable una rebelión que carezca de un mínimo sentido de organización militar, en lo que coincide con lo expuesto por nuestra parte, *ut supra*.

(209) PACHECO: *El Código penal comentado y concordado*, Madrid, 1848, II, páginas 196-97, estimaba la rebelión y sedición como delitos de clara analogía, estando tan sólo la diferencia «en los grados y en las circunstancias que ennegrecen o disminuyen la criminalidad». «La sedición es menos que la rebelión». Y VIADA Y VILASECA: *El Código penal reformado de 1870*, II, Madrid, 1890, página 188, considera la sedición como «una rebelión en pequeño». Tales consideraciones han sido generalmente aceptadas por la doctrina dominante. Estima, sin embargo, QUINTANO: *Comentarios*, cit., pág. 556, abogando por la sustantividad

razón, la naturaleza del delito de sedición en el rompimiento violento de un deber de obediencia y, en definitiva, de una relación de jerarquía, por lo que, siguiendo este criterio no parece fácil se pueda dar en la vida civil, al menos en el sentido tipificado en el CJM, como puede deducirse de la escasísima jurisprudencia existente sobre el mismo, a pesar de los avatares políticos (210). Los tipos relacionados con el artículo 222, relativos a las huelgas de obreros, no parecen poder coincidir con los del CJM, que, además, se refiere, en general, al militar, si bien con las excepciones de los artículos 301 y 302.

Por lo que se refiere al delito de desórdenes públicos, parece existir una cierta correlación, aunque muy relativa, entre los preceptos del Código penal y del CJM en cuanto que en el primero se encuadra dentro de este delito el dar gritos provocativos de rebelión y sedición en cualquier reunión o asociación o en lugar público (art. 248) y en el segundo, aunque dentro del delito de sedición, el levantar la voz en sentido subversivo o excitar de otro modo a la comisión de aquel delito (párrafo 1.º del art. 296), con la absurda sanción, a que ya hicimos referencia, para el caso de que no pueda determinarse quien dio la voz (211). Pero debe tenerse en cuenta que el CJM se refiere aquí al militar en el supuesto de que la tropa o marinería esté sobre las armas o reunida para tomarlas.

La cuestión del concurso de leyes entre los tipos relativos a los delitos comunes y militares, que sin duda debe plantearse en relación a aquellas zonas donde coinciden los tipos, se resuelve, sin embargo, al margen de la normativa ordinaria en la teoría del concurso, puesto que las normas de competencia atribuyen siempre a los tribunales

del delito de sedición, que «ni la sedición» es una rebelión «en pequeño», ni la rebelión una sedición «en grande», sino que «cada una tiene su objetivo propio, así como su tipicidad característica, que se basta para independizarlas». Si bien precisa que lo que emparenta a los delitos de rebelión y sedición no es en modo alguno el «quantum», ni menos la finalidad, que es lo que los diversifica, sino la condición formal de colectividad y hostilidad. Cabe señalar, no obstante, que el citado autor en el *Curso*, cit., pág. 494, no parece estar muy de acuerdo con la separación, aduciendo que las diferencias entre rebelión y sedición son de menor entidad, puramente cuantitativas, por lo cual aboga por la resolución del problema en un tipo único, atemperando la gravedad de las penas a las del acto perpetrado, de acuerdo, en este punto, con una gran parte de la legislación comparada. Por su parte JASO, en RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, cit., págs. 77-78, no renuncia a encontrar una diferencia sustancial entre ambas clases de delitos, aun reconociendo sus muchas analogías. Partiendo de su concepto de la rebelión como «acción de levantarse colectivamente faltando a la obediencia debida a los órganos que encarnan las funciones primarias de legislar y gobernar» (pág. 75), estima que estas funciones han de ser complementadas con las de administrar y juzgar, con lo cual queda patente cuál es el objeto de protección que la sedición supone. Si bien ésta debe representar la forma más grave de dichos ataques.

(210) Cf. TERUEL CARRALERO, ob .y rev., cits., pág. 28.

(211) *Supra*, págs. 42 y 43.

militares el conocimiento de los delitos comprendidos en el CJM, por lo cual la zona común pertenece siempre al Derecho militar (212).

3. He tratado de poner de manifiesto el confusionismo imperante en cuanto a la prevención y represión de determinados delitos estructurados en ambos Códigos penales, común y castrense, resaltando algunos de ellos, particularmente graves, entre los delitos contra el Estado. No creo pueda justificarse, en absoluto, ese absurdo *mare magnum* en la distribución de los delitos, en las tipologías e incluso en las rúbricas, que, a veces, siendo distintas, tienen, sin embargo, contenido análogo y viceversa. Siendo necesario, por ello, poner fin a tan anómala situación legislativa. Es de señalar cómo el profesor Rodríguez Devesa pone de relieve el absurdo de que dentro de un mismo ordenamiento la misma conducta tenga penas distintas con dos leyes diferentes. Máxime cuando la diversidad de penas depende de la jurisdicción que aplique la Ley penal, rebasando el absurdo toda medida cuando se dictan preceptos penales de índole decorativa —como sucede en muchos de los casos que acabamos de analizar—, por ser siempre competente, en caso de dualidad en la regulación, la jurisdicción militar, quedando las disposiciones del CP convertidas en letra muerta (213).

Esa diversidad legislativa tiene su explicación en el inmoderado afán de atraer al conocimiento de la jurisdicción militar, por razón de la materia, determinados delitos contra la seguridad del Estado cuando son cometidos por no militares. Operando el legislador por la vía indirecta, mediante leyes fundamentalmente procesales (Ley de Unificación de Fueros de 1868, Ley de Bases de 1882, artículo 7.º del CJM de 1890, Ley de Jurisdicciones de 1906 y, más recientemente, la Ley de seguridad del Estado de 1941) e incluso por la directa, si se comprueba cómo en el CJM de 1945 se extiende desmesuradamente el catálogo de los delitos contra el Estado, se viene a militarizar una serie de delitos sin más antecedente que la Ley penal común, de donde fueron extraídos, precisamente por razones excepcionales y transitorias, y, por tanto, sin un fundamento histórico ni técnico-jurídico, como ha puesto acertadamente de manifiesto Montull (214). Por consiguiente, tampoco desde este punto de vista puede justificarse jurídicamente la persistencia de una situación surgida en tales circunstancias, si se pretende la normalidad política.

Es evidente que tanto la confusión como el caos legislativo de la punición, con sus consecuencias de inseguridad jurídica y falta de intimidación, de que hablaba Teruel Carralero (215) dimana, sobre todo,

(212) CÍ. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 692.

(213) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P. E., cit., pág. 531. Vd., además, QUINTANO: *Curso*, cit., II, págs. 463 y 498.

(214) Cf. MONTULL, ob. y rev. cit., págs. 52-53.

(215) TERUEL CARRALERO, ob. y rev. cits., pág. 33.

de la inserción y apurada distribución que en los Códigos común y militar se hizo de los preceptos contra la seguridad del Estado de la Ley de 1941, convirtiéndose así en permanente una ley nacida de circunstancias excepcionales y transitorias, con un carácter, además, marcadamente procesal, más que sustantivo (216).

El resultado del examen comparativo de ambos textos legales, militar y común, es, como hemos visto, concluyente. Hay, sin duda, en el CJM, tipos no previstos en la Ley penal común. De otro lado, preceptos del CJM no encuentran expresión correlativa en el Código penal. Pensemos, v. g., en la no aplicación de la circunstancia eximente del número 10 del artículo 185 CJM (miedo insuperable) a los delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición, aun cuando no sean militares los culpables, mientras que en el CP se beneficiarían de la correspondiente eximente. Pero estas observaciones nos demuestran, sin embargo, el eventual trato desigual, según se aplique uno u otro texto punitivo.

Desde el punto de vista del Derecho comparado puede apreciarse, sin duda, cómo, en los delitos contra la defensa nacional, una gran parte de las más modernas legislaciones suelen remitirse a los tipos exclusivos de Derecho común (v. g., *Wehrstrafgesetz* de 1957), atribuyendo la competencia a la jurisdicción castrense tan sólo en el caso de que sean cometidos por miembros de las fuerzas armadas (217). Siendo, además, la tendencia general la de que estos delitos tengan su lugar propio en el Derecho común (218), sin perjuicio de una mayor

(216) Cf. MONTULL, ob. y rev., cit., pág. 50. Vd., además, BARBERO SANTOS: *El bandolerismo en la legislación vigente*, ADPCP, 1970, págs. 255.

(217) La *Wehrstrafgesetz* alemana de 1957 no incluye estos delitos dentro de los configurados en la misma, remitiéndose, en consecuencia, al Derecho común (parágr. 3.º, 1). La ley se aplica, en general, tan sólo a los soldados del Ejército federal (parágr. 1.º, 1), salvo los casos de instigación o auxilio a actos penales militares (Vd. *Die Militärischen Straftaten...*, cit., págs. 149 y ss.; ídem. RODRÍGUEZ DEVESA: *La Ley penal militar alemana de 30 de marzo de 1957*, REDM, número 4, 1957, págs. 69 y ss.). En el Derecho francés, después de la creación de la *Cour de Sécurité de l'Etat*, parece evidente la distinción entre los intereses de la Nación y los intereses del Ejército. Una infracción que perjudica a la Nación es deferida a esta Corte, la cual, por otra parte, puede juzgar las infracciones militares conexas, excepto en tiempo de guerra, estado de sitio, o de urgencia; las jurisdicciones militares no conocen más que de las infracciones que afectan al orden militar interno (Cf. MILLIOT, ob. cit., pág. 298). Ya hemos visto con anterioridad *supra*, pág. 38), cómo los delitos contra la seguridad del Estado, incluidos, en general, en el *Code pénal*, son, en tiempo de paz, de la competencia de la *Cour de Sécurité de l'Etat*, y en tiempo de guerra de la competencia de las jurisdicciones armadas (Vd. LAMBERT: *Traité*, cit., pág. 823).

(218) Cf. PAUCOT, ob. cit., pág. 70. Parece lógico, siguiendo al citado autor, que la protección de la defensa nacional, de sus instalaciones, de sus secretos, permanezca en el campo del Derecho penal común. Y si se ha estimado que esto era cierto en el pasado, con mayor razón habrá de considerarse así en el momento actual, en que el militar no tiene ya el privilegio del secreto y en el que el técnico civil tiene tanto o más conocimiento que el soldado de los secretos de la defensa nacional.

agravación de las conductas y de la competencia de la jurisdicción militar, respecto de los miembros de las fuerzas armadas (219).

De *lege ferenda*, y en relación a nuestro Derecho positivo, podría llegarse a la conclusión de que aquellas conductas relativas a los delitos contra el Estado, a que hemos hecho alusión, y que pueden ser realizadas, indistintamente, por militares y civiles, deberían ser encuadradas en su lugar propio, la Ley común, en cuanto que ésta protege, en general, los intereses del Estado en orden a su propia seguridad externa e interna; dejando reducido el catálogo de los delitos castrenses, en tiempo de paz, a aquellos que afecten directamente a la existencia y funcionamiento eficaz de las fuerzas armadas. Lo cual no obsta a que se pueda atribuir la competencia a la jurisdicción militar por razón de la persona, que es un problema distinto. Siendo la defensa del Estado uno de los fundamentales fines de las fuerzas armadas, las posibles conductas delictivas realizadas por sus miembros contra dichos fines implican una mayor gravedad, lo que, sin duda, habrá de traducirse en una más grave sanción de las mismas (220).

(219) La legislación italiana, por lo que a estos delitos se refiere, tanto en lo relativo al tiempo de paz como al tiempo de guerra, se remite, en general, al Derecho penal ordinario o común, con agravación para los militares. (Sobre el problema, vd. RICHIELO: *I Codici penali militari di paci e di guerra*, Piacenza, 1971, pág. 133; ídem., Lo CASCIO, ob. cit., pág. 86; ídem. RODI, ob. cit., páginas 345 y ss.) Vd., arts. 241, 242, 276, 277, 283, 284, 285, 288 y 289, entre otros, del CF y 77 del CP militar italiano para la paz.

(220) En este sentido, acertadamente, para los delitos de traición, MONTULL, ob. y rev. cit., pág. 51, si bien no me parece totalmente correcto singularizar el tiempo de guerra. En el sentido de MONTULL, aunque, al parecer, con un alcance más general, se manifiesta también BARBERO SANTOS: *El bandolerismo...*, cit., rev. cit., págs. 285-86, quien suscribe las palabras del primero.

TERUEL CARRALERO, ob. y rev. cit., pág. 33, aparte de abogar porqué la rubricación en ambos Códigos sea unánime, abandonando, además, el equívoco término de seguridad, procedente del *Code pénal* francés —el cual, por cierto, ha suprimido la distinción entre seguridad exterior e interior (Vd. LAMBERT: *Traité*, cit., pág. 778)—, estima que la descripción y punición de los delitos contra el Estado, que pueden ser cometidos lo mismo por militares que por civiles, debiera hacerse en un solo cuerpo legal, inclinándose —al parecer por razones de generalidad y no por otra causa— en favor del CP común, pero añadiendo, no obstante, que el CJM debería prevenir aquellos delitos que puedan ser cometidos por militares solamente o establecer penas distintas cuando los que puedan ser cometidos por otras personas, lo sean por aquéllos. Con ello se amplía y se hace un tanto complejo su criterio, aceptable tan sólo en un sentido más restringido y en las condiciones más arriba señaladas. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal militar y Derecho penal común*, cit., págs. 27 y 28, a los efectos de delimitar adecuadamente el contenido de las leyes militares, propugna la tesis de reservar a las comunes todas aquellas conductas delictivas cuya valoración no está supeditada a la realidad criminológica militar, debiendo radicarse las duales (traición, espionaje) en un solo cuerpo legal, dentro de nuestras leyes penales, y estimando que el lugar propio de las mismas debería ser la Ley común; pero aboga, después, por una solución subsidiaria para el caso del supuesto en que no se acepte el que la competencia de los Tribunales no deba estar influida por la topografía de la Ley, la de que desaparezcan del CP estas figuras para permanecer en el CJM. Solución esta última, a nuestro modo de ver, totalmente insatisfactoria.

El que, en ciertas circunstancias o incluso de manera permanente, se instituyan determinadas, reglas de competencia, otorgando el conocimiento de estas infracciones a las jurisdicciones militares, es concebible, pero, como ya hemos afirmado repetidas veces, es éste un problema distinto y que no concierne a la naturaleza de las infracciones en cuestión (Cf., además, PAUCOT, ob. cit., pág. 70).

