

*de* REVISTA  
ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

NUMERO

**39**

ENERO-JUNIO  
1980

INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA  
SECCIÓN DE DERECHO MILITAR

CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

## ESCUELA DE ESTUDIOS JURIDICOS DEL EJERCITO

### Consejo Asesor de la Revista:

Eduardo de No Louis, José M.<sup>a</sup> Rodríguez Devesa  
y Francisco Morales Souviron

### Director de la Revista:

Francisco Jiménez y Jiménez - *General Auditor*

### Secretario - Administrador:

Benito Egido Trillo-Figueroa - *Capitán Auditor*

### Consejo de Redacción:

Juan Miranda González - *Coronel Auditor*  
Javier Sánchez del Río y Sierra - *Tte. Coronel Auditor del Aire*  
Jesús Valenciano Almoyna - *Tte. Coronel Auditor*  
Pablo Casado Burbano - *Comandante Auditor*  
Juan Gonzalo Martínez Micó - *Comandante Auditor*  
Antonio Mozo Seoane - *Capitán Auditor de la Armada*  
Arturo Beltrán Núñez - *Capitán Auditor*  
Antonio Millán Garrido - *Capitán Auditor*

### Corresponsales regionales:

- 1.<sup>a</sup> Región Militar - Jesus Valenciano Almoyna
- 2.<sup>a</sup> » » - Antonio Millán Garrido
- 3.<sup>a</sup> » » - José Paláu Gimeno
- 4.<sup>a</sup> » » - Antonio Martí Coll
- 5.<sup>a</sup> » » - Eduardo Fuembuena Ferrández
- 6.<sup>a</sup> » » - Gonzalo Gutiérrez Lanza
- 7.<sup>a</sup> » » - Virgilio Peña Peña
- 8.<sup>a</sup> » » - Adolfo Seirul-lo García-Alvarez
- 9.<sup>a</sup> » » - Juan Aliaga Morell
- Canarias - Pablo Matos Martín
- Baleares - Antonio Martínez y Eduardo Calderón

---

Se ruega dirigir la correspondencia a la Escuela de Estudios  
Jurídicos del Ejército, calle Tambre, 35 - Madrid-2.

### Suscripciones:

Precio del ejemplar para el suscriptor: 400 pesetas.

Para números atrasados y colecciones completas, dirigirse  
a la Administración o corresponsales de la Revista.

CAS 2010 1/1 - de centro  
Tribunal  
DUBIADO

**REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR**

INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA  

---

SECCION DE DERECHO MILITAR



*La Dirección de la Revista no se identifica con las opiniones o juicios que los autores expongan en uso de la libertad intelectual que cordialmente se les brinda.*

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

NUMERO

**39**



MADRID

Enero-Junio

1980

---

**ES PROPIEDAD**

Queda hecho el depósito  
y la inscripción en el  
Registro que marca la  
Ley.

---

Reservados todos los  
Derechos.

---

Depósito Legal: M. 523 - 1958  
ISSN 0034 - 9399

---

Imprime: OFICE - Germán Pérez Carrasco, 63 - Madrid-27

# **SUMARIO**

**ESTUDIOS**

Los delitos de imprudencia en el Código de Justicia Militar, por CARLOS REY GONZÁLEZ .....	9
Consideraciones en torno a las toxicomanías como factores de criminalidad, por ANTONIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ .....	81
Sobre las situaciones militares, por LUCIANO FARIÑA BUSTO .....	107
El comercio de material de guerra aeronáutico y el derecho de la neutralidad, por JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ .....	155

**NOTAS**

Los capítulos X, XI y XII del Código Penal de Checoslovaquia, por ANTONIO MILLÁN GARRIDO .....	187
La no lectura de las leyes penales militares (artículo 186-5.º C. J. M.), por EDUARDO CALDERÓN SUÍN .....	179
Consideraciones en torno a la Ley Orgánica 2/1981, de 9 de marzo materia de rebelión y rebelión militar, por FEDERICO CANTERO NÚÑEZ .....	187

**RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS**

Millán Garrido, Antonio: "El delito de falso testimonio", por FRANCISCO JIMÉNEZ JIMÉNEZ .....	199
Laso Martínez, José Luis: "Derecho urbanístico". Tomo I. (Orígenes, principios generales y organización administrativa), por JOSÉ GIRGADO DOCE .....	201
Bolongo, Likulia: "La protección penale des personnes en peril", por ANTONIO MILLÁN GARRIDO .....	203
"Convenios de extradición", Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, por ANTONIO MILLÁN GARRIDO .....	205

**LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA**

**LEGISLACION**

● Ley 6 de julio 1981 núm. 20/81. Situaciones militares .....	207
● Real Decreto 24 julio 1981, núm. 1611/81. Situaciones militares ..	211
● Ley 48/1981 de 24 de diciembre, de clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra .....	213

<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>221</b>
-----------------------------	------------



**LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA EN EL CODIGO DE  
JUSTICIA MILITAR  
(Apuntes para su reforma)**

**Carlos REY GONZALEZ  
Doctor en Derecho  
Comandante Auditor**

**Bajo la dirección del Doctor don Juan CORDOBA RODA  
Catedrático de Derecho Penal**

**1.ª PARTE**

**INTRODUCCION**

Al iniciar el estudio de los delitos de imprudencia en el Código de Justicia Militar, lo primero que encontramos es un evidente desfase en cuanto al tratamiento de la culpabilidad en general, y de la imprudencia en particular, lo que nos lleva a plantear la necesidad de su actualización. Para ello nos ocuparemos a continuación del principio de culpabilidad en general, de su vigencia en el actual Código Castrense y de las modificaciones del mismo que estimamos necesarias para una mayor adecuación de sus preceptos al citado principio, con especial referencia a la culpa, objeto del presente trabajo.

**I. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN GENERAL (1)**

Podemos decir que en la actualidad el principio de "culpabilidad" es

---

(1) Al hablar del principio de "culpabilidad" no todos los autores entienden lo mismo: a) para unos este principio significa que "sin dolo o culpa no puede haber delito"; b) para otros que "si no consta que el sujeto podía actuar de modo distinto, no hay delito". En el presente trabajo hacemos referencia exclusivamente a la primera de estas acepciones.

tan importante como el de "legalidad", y así, del mismo modo que no hay delito sin ley previa que lo establezca, tampoco hay responsabilidad penal si el hecho tipificado por la ley como constitutivo de delito no puede ser reprochado a su autor a título de dolo —voluntariedad— o a título de culpa —negligencia, imprudencia o impericia— (2).

Y esto es así, no sólo en la doctrina, sino también en el Derecho Penal vigente en los países pertenecientes a nuestro mundo de cultura. Y si bien en nuestro Código Penal aún se conservan algunas modalidades delictivas que chocan, en mayor o menor medida, con el principio de culpabilidad —así los delitos formales y los cualificados por el resultado— no es menos cierto que no puede considerarse como norma general.

No obstante, y como adecuado reflejo de lo que estamos diciendo, el proyecto de Código Penal de 1980 pretende que el nuevo Código respete plenamente el principio de culpabilidad, y para ello, en su artículo 3.º, se dice de forma expresa que "no hay pena sin culpabilidad".

Paralelamente a esta declaración de principios, se suprimen en el proyecto aquellos artículos del Código vigente que de algún modo conservaban vestigios del "versari in re illicita": el párrafo 3.º del artículo 1.º, el apartado 8.º del artículo 8, la circunstancia 4.ª del artículo 9 y el artículo 50.

Por otra parte el mencionado proyecto del 80 elimina los delitos cualificados por el resultado que aún quedaban en el Código, regulándose de forma expresa el error (Art. 20), y las consecuencias que se derivan de sus diversas modalidades para la culpabilidad, o inculpabilidad en su caso, del sujeto que lo padece.

## II. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL C.J.M. VIGENTE

Como decíamos al principio, lo primero que encontramos al estudiar nuestro Código de J. M. es precisamente una oscura formulación de los principios rectores en cuanto a la culpabilidad, pudiendo afirmarse que en este punto está mucho más necesitado de reforma que el Código Penal vigente.

En efecto, concordante con el artículo 1.º del Código Penal, cuyo párrafo 3.º suprime el proyecto, tenemos en el C. J. M. el artículo 181, que no necesitaba de un párrafo 3.º análogo al del Código Penal, porque ya al definir el delito había prescindido de la voluntariedad como elemento del mismo; concordante con el número 8.º del artículo 8 del Código Penal, tenemos en el Código Castrense el número 8 del artículo 185, con idéntica redacción que el suprimido por el proyecto. Por otro lado resulta significativa la ausencia de una atenuante de preterintencionalidad en el Código de Justicia Militar, donde parece más necesaria, siquiera como elemento corrector en los casos en que el delito se realiza sin voluntariedad, lo que no significa que creamos debiera recogerse dicha atenuante, antes al contrario,

(2) Para una completa exposición de la culpabilidad y su evolución doctrinal ver CORDOBA RODA, J.: "Culpabilidad y Pena", Barcelona, 1977.

lo que debe hacerse es imponer la pena en base a la culpabilidad del sujeto.

Sólo parecería respetar el principio de culpabilidad el confuso párrafo 2.º del artículo 238, de no ser porque la gran cantidad de delitos cualificados por el resultado que contiene el Código Castrense, hace imposible su aplicación en aquellos casos en que podría venir a paliar el extremado rigor de la pena impuesta en base a un resultado no querido por su autor.

Por último, el Código de Justicia Militar, al igual que el vigente Código Penal, carece de regulación del error, regulación más necesaria en el ordenamiento castrense en el que resulta mucho más difícil su apreciación por el juzgador, ya que se ha prescindido de la voluntariedad al definir el delito (Art. 181).

### III. CAMBIOS QUE SE PROPONEN

#### A) El artículo 181

Creemos que no puede mantenerse la actual redacción de este artículo, que ha sido objeto de vivas polémicas, en las que no vamos a entrar ahora. Bástenos decir aquí que, cuando menos, ha permitido poner en duda la necesidad de que los delitos militares tengan que ser cometidos voluntariamente, y si queremos dejar claro que el Código de Justicia Militar respeta el principio de culpabilidad, no podemos mantener una definición de delito como la que nos ofrece este artículo.

Por ello proponemos para el artículo 181 una redacción semejante —no igual— a la del artículo 17 del proyecto del Código Penal de 1980. Y decimos que no proponemos una redacción igual a la del proyecto porque esta incluye una novedad que no nos parece acertada, cual es el sustituir los tradicionales términos de “voluntariedad”, “intención” o “malicia” por el de “dolo”, y asimismo los términos “imprudencia”, “negligencia” o “impericia” por el de culpa. En nuestra opinión este cambio (por más que siga también esta terminología la Ley Penal Alemana) supone un retroceso en la técnica legislativa.

En efecto, si la ley penal va dirigida al ciudadano en general, y además se presume que toda persona conoce dicha ley, no cabe duda de que el lenguaje que utilice el legislador debe ser sencillo y llano, eludiendo el empleo de tecnicismos que no permiten al ciudadano medio entender el alcance del precepto penal. Por ello creemos que nada se gana, desde el punto de vista de técnica legislativa, sustituyendo el término inequívoco de “voluntariedad” por el de “dolo”, cuyo significado es desconocido para la mayoría de los destinatarios de la ley penal.

Otro tanto cabe decir de la sustitución del término “imprudencia” —de clara significación para el ciudadano medio— por el de “culpa”, expresión que en el lenguaje vulgar es utilizada indistintamente para reprochar una conducta a su autor, lo mismo si llevó a cabo esta voluntariamente, que si fue consecuencia de su imprudente actuación.

Así, la redacción que proponemos del artículo 181 es la siguiente:

*Art. 181. “Son delitos militares las acciones u omisiones voluntarias o imprudentes, penadas en este Código”.*

**B) El número 8 del artículo 185**

Al igual que hace el Proyecto de Código Penal, creemos que debe suprimirse este apartado, que por exigir para el caso fortuito el requisito de que sea lícito el inicio de la conducta, puede permitir —a sensu contrario— mantener la imputación a título de dolo de resultados no queridos por el sujeto, simplemente por ser ilícita la conducta que motivó dicho resultado. Claramente estamos ante un resto del “*versari in re ilícita*”, que debe desaparecer, por ser totalmente incompatible con el principio de culpabilidad, cuya plena aceptación propugnamos.

**C) La estructura de los tipos legales desde el punto de vista de la culpabilidad**

*a) Delitos dolosos*

Debe ser la norma general que el dolo del autor abarque la conducta descrita por la ley como delito, con independencia de que el tipo incluya, o no, una referencia expresa a la intención del sujeto, salvo en aquellos casos en que el propio tipo penal prevea como delito la causación del resultado por imprudencia.

*b) Delitos cualificados por el resultado*

Al enfrentarnos con las concretas figuras delictivas del actual Código de Justicia Militar, nos encontramos con que gran número de sus preceptos gradúan la pena correspondiente a los delitos de forma distinta según la gravedad del resultado, que no ha de ser abarcado por el dolo del autor, ya que la acción voluntaria se refiere sólo a una parte del tipo, su iniciación, dependiendo la pena, e incluso la clase de delito, del distinto resultado que produzca la acción voluntaria del sujeto; se trata evidentemente de delitos cualificados por el resultado, y que, por tanto, conculcan gravemente el principio de culpabilidad: (Arts. 279, 282, 306, 2.º, 308, 314, 320, 321, 331, 334, 336, 345, 361, 362, 404, 405).

En muchas de estas figuras podría argumentarse que el resultado tenido en cuenta por el legislador para graduar la pena es, cuando menos, previsible para el autor, si consideramos la especial estructura y reglamentación de la vida castrense y la importancia de la función que el militar desempeña para la seguridad de la Nación. Pero entonces es evidente que no puede tener la misma sanción el que realice el delito con la finalidad concreta de obtener el resultado que el legislador toma como base para graduar la pena, que aquel que involuntariamente es causa del mismo resultado aunque debiera haberlo previsto —culpa inconsciente—, o incluso cuando lo ha previsto, pero ha confiado en que no se produciría —culpa consciente—.

Ello nos lleva a la conclusión de que deben suprimirse todos los delitos

cualificados por el resultado contenidos en el vigente C.J.M., por resultar dogmáticamente inadmisibles.

Sin embargo, del mismo modo que el legislador en el año 1945, teniendo en cuenta las especialidades de la vida militar, creo figuras de delito cualificadas por el resultado con el fin de dar adecuada protección jurídica a los intereses militares, aceptamos nosotros que hoy sigue siendo necesario una regulación penal más severa en el ámbito militar que en la vida civil.

En efecto, la importancia de los bienes jurídicos tutelados por el Código de Justicia Militar, y las graves consecuencias que puede acarrear su lesión, exigen un tratamiento jurídico-penal apropiado, y en algunos puntos no coincidente con el Código Penal.

Por esta razón al suprimir los delitos cualificados por el resultado, podrían sustituirse por delitos mixtos, compuestos de dolo y culpa; para ello bastaría añadir a los delitos cualificados por el resultado el requisito de que el resultado no querido por el autor, y que agrava la pena, sea al menos previsible para él.

Si se quiere respetar el principio de culpabilidad la clasificación de los delitos desde este punto de vista podría ser:

1. *Dolosos*: Cuando la voluntad del agente se dirige a obtener el resultado previsto por la ley como delito, y en base al que ha sido graduada la pena.

2. *Mixtos*: En estos delitos el agente quiere realizar una conducta prohibida por la ley penal, y a consecuencia de haberla realizado se produce otro resultado que no quiere, pero que era previsible para él que se produjera, y que el legislador ha descrito en el tipo penal para agravar la pena.

3. *Culposos*: Cuando se produce el resultado delictivo sin intención alguna, pero era previsible para su autor que el mismo se produjera como consecuencia de su voluntaria acción (u omisión).

De hecho esta modalidad de delitos mixtos no es ignorada por el Proyecto de Código Penal de 1980 que hemos tomado como exponente de la actual orientación legislativa en materia penal. En efecto, esta es la técnica seguida por el proyecto al regular "ex novo" la figura del homicidio preterintencional, ya que el dolo del autor sólo abarca la producción de las lesiones, pero si se causa como consecuencia de éstas un resultado de muerte, se impone una pena mayor que la que correspondería al homicidio imprudente, pero menor que la prevista para el homicidio doloso. Es la gravedad del resultado lo que lleva al legislador a castigar al autor con una pena más grave de la que correspondería por su intención —lesiones— porque el dolo de éstas viene acompañado por una imprudencia —previsibilidad de la muerte—. De este modo el homicidio preterintencional resulta un delito mixto, compuesto de dolo y culpa.

c) *Delitos de imprudencia: concepto que adoptamos*

Para nosotros el delito de imprudencia es "la causación involuntaria de

un resultado previsto por la ley como delito, como consecuencia previsible de la voluntaria actuación del sujeto”.

Son elementos, pues, de la imprudencia, los siguientes:

a) Conocimiento, o cognoscibilidad (previsibilidad) del peligro de que se produzca un resultado típico como consecuencia del voluntario obrar del sujeto.

b) Ausencia de voluntad —directa o indirecta— de que se produzca el resultado típico.

c) Que la actuación voluntaria —acción u omisión— implique una falta de cuidado, de diligencia o de pericia, y por ello sea causa del resultado típico no querido, y previsible.

d) Producción efectiva del resultado típico, sin la cual no habrá delito de imprudencia.

Este cuarto elemento, la efectiva producción del resultado típico, tiene tres consecuencias importantes:

— La primera, que si quiere anticiparse la protección del bien jurídico, defendiéndolo de aquellas conductas extremadamente peligrosas, sin esperar a que se produzca la lesión, entonces habrá que acudir a los delitos de peligro, en los que la ley castiga “la realización voluntaria de la conducta peligrosa” sin que sea necesaria la efectiva lesión del bien jurídico puesto en peligro para que se consume el delito. Pero esto delitos serán dolosos, no culposos.

— La segunda, que no caben las formas imperfectas en los delitos de imprudencia —tentativa y frustración—.

— La tercera, que entendiendo la causación de un peligro como el “resultado” de los delitos de peligro, y dado que estos delitos son dolosos, hay que admitir la posibilidad de cometer por imprudencia un delito de peligro, debiendo ser la pena del delito de peligro realizado por imprudencia menor que la establecida para el mismo cuando es cometido dolosamente. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 401 del Código de Justicia Militar, que castiga “introducir luces o materias inflamables en pañoles o polvorines...”. Si el hecho se realiza de forma voluntaria, se ha cometido el delito, pues se ha realizado la conducta prohibida por el legislador por considerarla peligrosa; pero si las luces o materias inflamables se introducen sin la voluntad de su autor, pero como consecuencia de su falta de diligencia, entonces estaremos en presencia de un delito culposo de peligro.

Cuestión diferente a la posibilidad de que existan delitos culposos de peligro, es que el legislador quiera, o no, recogerlos. No obstante si adoptamos el sistema de “crimina culposa”, como, luego veremos, o prevé el legislador de forma expresa la realización imprudente del delito de peligro, o esta conducta quedará impune, porque al ser el delito de peligro un delito doloso, seguirá el mismo tratamiento que los demás delitos de esta naturaleza, y por tanto su realización imprudente sólo será delito cuando el legislador lo haya previsto así de forma expresa. En este sentido podemos citar como ejemplo el *Código Penal Uruguayo*, que en su artículo 20 dice:

*“(Régimen del dolo y de la culpa en los delitos de peligro). Cuando la ley manda o prohíbe ciertos actos en defensa de un determinado bien jurídico, el dolo o la culpa se aprecian en relación con los actos mandados o*

*prohibidos, y no con relación al bien jurídico que se pretende salvaguardar”.*

El artículo 21, por su parte puntualiza:

*“Si para responder por los actos ordenados o prohibidos en los delitos a que se refiere el artículo anterior basta la culpa, se castiga también el dolo; pero si se requiere el dolo, no se imputa la culpa”.*

Y téngase en cuenta que este artículo es aplicable, según el artículo 17, al Código de Justicia Militar de Uruguay.

*d) Las clases de imprudencia y los principios de legalidad y culpabilidad*

Si, como hemos visto, el delito imprudente consiste en una conducta voluntaria que produce un resultado típico no querido, pero cuya producción era previsible para el sujeto, podemos decir que el delito de imprudencia se compone de dos partes, una parcialmente abarcada por la voluntad del sujeto activo —la conducta imprudente— y otra que cae totalmente fuera de dicha voluntad— el resultado típico previsible para el mismo—.

De esta dicotomía resulta que el legislador a la hora de castigar el delito imprudente, tiene que tener en cuenta los dos aspectos del mismo, es decir, por un lado la conducta imprudente y por otro el resultado típico efectivamente producido y previsible.

Pero es claro que el concepto de “conducta imprudente” se resiste a una definición legal, pues el que una determinada conducta sea una leve imprudencia, o una imprudencia grave, dependerá en cada caso de las circunstancias personales y del hecho, así como de la importancia de la norma de cuidado vulnerada. En efecto, aún conscientes de la dificultad que entraña graduar la mayor o menor importancia de la norma de cuidado, entendemos que el criterio general a que debe acudirse para tal estimación es el de la importancia de los resultados que previsiblemente se producirían si se conculcara la respectiva norma de cuidado. Así, las precauciones que se toman para montar una planta de energía eléctrica no sirven para una planta de energía nuclear; en el segundo caso han de ser mayores, por ser mayores las consecuencias que un fallo puede producir.

De aquí podemos deducir que la conducta será más o menos imprudente según que el resultado sea más o menos grave, por un lado, o más o menos previsible, por otro; dicho de otra forma, la gravedad de la conducta imprudente depende, de una parte de la gravedad del resultado que pueda derivarse de ella, y de otra de su previsibilidad.

Sin embargo, como el delito de imprudencia necesita —para que exista— que se produzca el resultado típico (1), podemos encontrarnos con que siendo muy grave la imprudencia, no habrá delito si no llega a causar daño alguno. Por el contrario, puede suceder que la imprudencia leve —se han tomado casi todas las precauciones adecuadas al caso, por ejemplo—, causa no obstante un resultado grave.

Si el legislador pone el acento para castigar el hecho en la conducta

---

(1) Dejando aparte la difícil cuestión de la posibilidad, o no, de que existan delitos de simple actividad cometidos por imprudencia que excedería el ámbito del presente trabajo.

imprudente, imponiendo mayor o menor pena según la gravedad de dicha conducta —parte voluntaria del delito culposo— está respetando el principio de culpabilidad, pero entonces sufre el principio de legalidad, ya que un mismo hecho será más o menos grave, según que el juzgador estime más o menos grave la conducta imprudente que causó el resultado típico.

Por el contrario, si el legislador atiende fundamentalmente al resultado para graduar la pena, aparentemente se respeta el principio de legalidad, porque el resultado es algo objetivo, pero entonces quiebra el principio de culpabilidad, ya que estamos calificando el hecho en base a un resultado no querido por el autor.

En el primer caso damos un amplio arbitrio al juzgador para castigar el hecho, mientras que en el segundo reducimos ese arbitrio.

Veamos como se resuelve esta cuestión en el Código Penal vigente, en el Proyecto de 1980 y en el Código de Justicia Militar.

1. *El Código Penal Vigente.* El vigente Código Penal distingue tres clases de imprudencia, la temeraria, la simple con infracción de reglamentos y la simple sin infracción de reglamentos. Las dos primeras, si causan un resultado tipificado en el Libro II del Código Penal, serán delito, mientras que si el resultado es del Libro III, el hecho será una falta.

La imprudencia simple sin infracción de reglamentos será siempre falta, cualquiera que sea la gravedad del resultado producido.

Por otra parte, la pena correspondiente a la imprudencia temeraria es más grave —prisión menor— que la de la imprudencia simple con infracción de reglamentos —arresto mayor— y ello con independencia de que el resultado que se cause con la segunda sea más grave que el causado por la primera, de tal forma, que un homicidio realizado por imprudencia simple con infracción de reglamentos será menos castigado que unas lesiones graves del 420, 1.º causadas por imprudencia temeraria.

Esto nos lleva a deducir que el sistema seguido por el Código Penal toma como base al castigar la imprudencia la gravedad de las conductas imprudentes —parte voluntaria del delito culposo—, con casi independencia de la gravedad del resultado, que sólo se tiene en cuenta para evitar la imposición de una pena igual o mayor que la que correspondería a ese resultado causado dolosamente.

Podemos concluir pues, que en este Código se respeta el principio de culpabilidad en tanto es la parte del delito imprudente abarcada por la voluntad del sujeto la que se tiene en cuenta al imponer la pena.

Naturalmente, como decíamos antes, con este proceder se sacrifica el principio de legalidad, por cuanto las distintas clases de imprudencia no se definen, siendo el juzgador el que dirá en cada caso, la modalidad de imprudencia que concurre en la causación del hecho típico, pudiendo afirmarse que en este punto goza de un amplio arbitrio, ya que un mismo resultado —homicidio, por ejemplo— será delito o falta según que el juez aprecie la existencia de imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos, o bien sólo imprudencia simple.

2. *El Proyecto de 1980.* Supone un cambio radical en la regulación



de la imprudencia, ya que sólo distingue dos clases: "grave" y "leve". En principio es una simplificación que nos parece acertada, sobre todo teniendo en cuenta que la infracción reglamentaria unida a la imprudencia, determinante de la condición de delito o falta en el vigente Código, plantea serios problemas, pues también dicha infracción reglamentaria puede ser a su vez dolosa y culposa.

Pero lo que ya no nos parece acertado es que el Proyecto de mayor importancia al resultado para imponer la pena, pasando a un segundo plano la modalidad de la imprudencia, reduciéndose considerablemente el arbitrio de que goza en la actualidad el juzgador.

En efecto, ya no hay un paralelismo entre culpa leve y falta, pues si el resultado es de extrema gravedad, el hecho se califica de delito, aunque haya sido causado por culpa leve. Así, por ejemplo, el artículo 175 del Proyecto en su primer párrafo dice: "El que *por imprudencia causare la muerte* de otro será castigado, como reo de homicidio, a la pena de prisión de dos o cuatro años si la imprudencia fuere *grave* y de seis meses a dos años o arresto de seis a veinticuatro fines de semana si fuere *leve*".

No hay que temer al juzgador —como parece temerle el autor del Proyecto— pensando que va a castigar como faltas resultados tan graves como la muerte, ya que de no existir esa posibilidad, en los casos en que así lo estime justo, no le obligamos legalmente a castigar como delito —no se olvide que la culpa no se define— sino que más bien le obligamos a absolver al inculpado.

Y es que no debe ignorarse la enorme dificultad que supone para el juzgador castigar los delitos de imprudencia, cuando la ley establece la pena en base principalmente a la gravedad del resultado producido.

En efecto, según el Proyecto, un sujeto que encontrándose en una gasolinera repleta de gente, encendiera un cigarrillo, y arrojara la cerilla encendida al suelo, sería castigado según el siguiente esquema:

1. Si la cerilla cae en un charco de agua, y se apaga: impune.
2. Cae en gasolina, que prende y es apagada rápidamente por un empleado, con ligeros desperfectos: falta.
3. Igual con desperfectos mayores: delito o falta.
4. Igual con muerte: delito.

Por el contrario, otro sujeto puede arrojar una colilla al suelo de una carpintería donde hay serrín, y una sola persona en su interior, pisándola hasta que la cree apagada. Si ésta prende no obstante en el serrín, se verá sometido al mismo esquema de penalidad que el anterior, lo que resulta evidentemente injusto.

Y nótese que hemos puesto un ejemplo en el que la conducta más grave corresponde a un caso de culpa sin previsión, y la más leve a otro de culpa con previsión, saliendo al paso de la afirmación de algunos autores que consideran a esta más grave que aquella.

Creemos, pues, que la *previsibilidad del resultado típico, junto con las medidas tomadas en su caso para evitar que se produzca, es lo que debe determinar la pena a imponer en cada caso*, operando la modalidad del resultado como un elemento más de la infracción imprudente. La gravedad de dicha infracción es el juzgador quien debe determinarla al enfrentarse al

caso concreto. Veamos otro ejemplo; el colocar una maceta en la parte exterior de una ventana será imprudencia temeraria o simple según dos factores:

1) La previsibilidad de que pueda caerse.

2) Según la gravedad del daño que dicha caída pueda producir.

Si sólo puede causar daños a las cosas, nunca calificaríamos de temeraria la imprudencia, por muy probable que fuera su caída. Si debajo de la ventana es muy frecuente la permanencia de personas, la imprudencia será temeraria, aunque la probabilidad de caer la maceta fuera menor, ya que al existir riesgo para bienes jurídicos de mayor importancia, el sujeto viene obligado a una mayor diligencia en su actuar. Si no había previsto el resultado, su obligación de preverlo era mayor en el segundo caso; si lo había previsto, las medidas de precaución que debió adoptar son también mayores en el segundo supuesto.

Pero esto sólo es evaluable por el juzgador, que debe disponer de la suficiente amplitud —arbitrio— de pena para adecuarla a la culpabilidad del sujeto, sin que el resultado producido nos lleve necesariamente a la calificación del hecho como delito.

Esto se puede ver claramente si en el mismo ejemplo anterior, donde sólo había riesgo para las cosas porque bajo la ventana había un tejado, ocasionalmente alguien repara dicho tejado cuando la maceta cae, produciéndole la muerte. Con el Proyecto en la mano, o castigamos por delito, o absolvemos por imprevisibilidad del resultado. Por el contrario, si en el segundo supuesto, cuando es muy frecuente la permanencia de personas bajo la ventana, la maceta cae y pasa rozando a una de ellas causándole sólo ligeras lesiones, el hecho —también según el Proyecto— sería una falta.

Como consecuencia de este nuevo enfoque dado por el Proyecto a la imprudencia, vemos que resulta por un lado agravada, en general, la pena para los delitos de imprudencia, y por otro sacrificado el principio de culpabilidad, ya que el resultado puede ser determinante de la naturaleza de la infracción —delito o falta— con independencia de que la imprudencia sea grave o leve. Se ha sacrificado el principio de culpabilidad en beneficio del principio de legalidad, y con ello se limita de forma considerable el arbitrio que el juzgador tiene, como vimos, en el vigente Código.

Este proceder resulta inadmisibles, no sólo por incongruente con la exposición de motivos del mismo proyecto, donde se dice que se tiende a suavizar las penas, por un lado, y por otro a que se respete el principio de culpabilidad, sino también porque en el castigo de la imprudencia es necesario hacer prevalecer, la gravedad de la conducta imprudente sobre el resultado, o dicho de otra forma, la parte abarcada por la voluntad del agente, sobre la que se causa sin intención alguna. En efecto, la conducta imprudente depende de la voluntad del sujeto que la realiza, mientras que el resultado típico, no querido, consecuencia de aquella, escapa totalmente a la voluntad del sujeto activo, dependiendo de factores extraños a él, e incluso, muchas veces, simplemente del azar.

Naturalmente esto conlleva un sacrificio del principio de legalidad, que precisamente en la imprudencia no tiene relevancia alguna, y por ello debe hacerse. En efecto, el principio de legalidad supone una garantía para el

individuo que sabrá de antemano que conductas son constitutivas de delito, y la pena que la corresponderá en caso de realizarlas; pero como el sujeto imprudente actúa, o ignorando que podría producirse el resultado típico —culpa sin previsión—, o confiando que éste no va a producirse —culpa con previsión— tanto en uno como en otro caso es inútil para él saber por anticipado la pena que le va a ser impuesta caso de producirse el evento que, o se ignora que puede producirse, o se cree va a ser evitado. Si el sujeto actuara sabiendo que podía serle impuesta una pena a consecuencia de su conducta, la producción del resultado ya no sería imprudente, sino debida, cuando menos, a dolo eventual.

3. *El Código de Justicia Militar.* El ordenamiento castrense actualmente en vigor carece de distinción en este punto, castigándose la imprudencia sin apelativo alguno.

Este proceder resulta poco apropiado, ya que la gama de posibilidades en cuanto a la mayor o menor previsibilidad de que se produzca un hecho típico como consecuencia de la conducta del sujeto, debe obtener un adecuado reflejo en la pena, y para ello es necesario un amplio arbitrio judicial, como decíamos antes, que permita al juzgador adecuar la gravedad de la pena a imponer, a la gravedad de la conducta imprudente. Pero si, como hace el C.J.M., no se establece diferenciación cuantitativa alguna, en aquellos casos en que la imprudencia no tenga suficiente gravedad para ser considerada como delito, al juzgador no le quedará más remedio que, o no apreciar la imprudencia, y absolver al inculpado, o condenar como delito un hecho que ni él, ni tampoco la sociedad estiman merecedor de tal sanción.

Preferible es, por ello, la distinción entre culpa grave y culpa leve, de tal modo que no sea el resultado el que determine la clase de infracción —delito o falta— sino el juzgador al enfrentarse al caso concreto, y así un resultado previsto por la ley como delito, podrá castigarlo como falta cuando es causado por imprudencia leve.

4. *Sistema que proponemos.* De lo dicho hasta ahora se deduce que para nosotros el sistema adecuado es distinguir tan sólo dos clases de culpa, grave y leve, y en esto coincidimos con el Proyecto de 1980, pero discrepamos de él en cuanto que la cualidad de delito o de falta de la infracción no debe venir determinada por la gravedad del resultado típico, sino por la gravedad de la imprudencia, de forma semejante a lo que sucede en el vigente Código Penal.

Así, cuando el resultado típico es constitutivo de delito, sólo será delito la causación por imprudencia cuando ésta sea grave; si es leve, el hecho quedará impune, o será castigado como falta, según que el legislador recoja o no, la correspondiente falta en su lugar oportuno.

De este modo el juzgador podrá siempre acomodar la pena al caso concreto, castigándolo como delito o como falta, según el grado de imprudencia que aprecie en la conducta del sujeto enjuiciado, aunque el resultado sea un hecho calificado de delito en abstracto.

Cuando el resultado producido por la conducta imprudente sea una

falta, obviamente el hecho será siempre falta, ya sea grave o leve la imprudencia (o impune, en aquellos casos en que el legislador no ha tipificado la causación imprudente de la falta).

Podemos, pues, hacer el siguiente esquema en lo que respecta a las infracciones realizadas por imprudencia:

- Culpa grave + Resultado de Delito = Delito de Imprudencia.
- Culpa grave + Resultado de Falta = Falta de Imprudencia.
- Culpa leve + Resultado de Delito = Falta de Imprudencia.
- Culpa leve + Resultado de Falta = Impune.

De esta forma creemos que se respeta debidamente el principio de culpabilidad, quedando en manos del juzgador el apreciar la modalidad imprudente con la debida amplitud, pues no olvidemos que mientras la ley no define la imprudencia —cosa que no creemos posible— será siempre el juzgador quien determinará si hay o no imprudencia; y si se deja al buen criterio del juez el determinar su existencia, no vemos inconveniente alguno en que se le deje también apreciar cuando ésta es tan grave como para considerarla delito, o cuando es suficiente su sanción como falta.

Esto no quiere decir que se prescinda en absoluto de la gravedad del resultado, antes bien, será un elemento más que el juez tendrá en cuenta para considerar la culpa como grave o leve, pues siempre exigirá un mayor cuidado o diligencia cuando el resultado que se pueda producir sea mayor, pero esto sólo es apreciable por el juez, frente al caso concreto, y nunca por la ley, que es imposible prevea, a priori, cada una de las múltiples combinaciones que pueden darse en la vida real, a no ser que tome como base de la imputación a título de delito o falta el resultado, lo que ya dijimos que no puede admitirse.

Como si puede el legislador atender al principio de legalidad, es estableciendo de forma concreta qué delitos deben ser castigados cuando son cometidos por imprudencia, y cuales no, y en este punto estimamos acertado el sistema del proyecto de 1980 —seguido ya desde antiguo por el C.J.M. —al abandonar la genérica forma de incriminar la imprudencia del artículo 565 hoy en vigor, y señalar en cada delito en concreto la pena que corresponde a la modalidad culposa, de tal modo que donde el legislador no ha previsto la comisión culposa, la causación del tipo por imprudencia no será punible. Se termina así con las dudas que plantea el artículo 565 a la hora de su aplicación, adoptándose el sistema de "crimina culposa".

#### D) El Error

Nuestro C.J.M., al igual que el Código Penal vigente carece de precepto alguno que regule el error. El proyecto de Código Penal dedica el artículo 20 a llenar esta laguna, tal como unánimemente pedía la doctrina, y en cierto modo también la jurisprudencia. Su texto es el siguiente:

*Art. 20: "El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. Si el error fuere vencible, atendidas las*

*circunstancias del hecho y la personalidad del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa. La creencia errónea, probada e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 81". (Eximentes incompletas).*

En principio creemos que puede incluirse íntegramente en el C.J.M., el texto del citado artículo 20, si bien con tres salvedades:

— La primera que distinguiéndose dos clases de culpa —grave y leve— debe permitirse también esa distinción respecto a la posibilidad del sujeto de vencer el error, y por tanto debe poder castigarse el resultado como debido a culpa grave o a culpa leve, según los casos.

— La segunda que habiéndose adoptado el sistema de "crimina culposa" en la imprudencia, puede suceder que el hecho doloso en el que se padece el error no tenga prevista su correspondiente infracción culposa, y entonces debe quedar impune.

— La tercera, que la referencia al artículo 81, en el Código Castrense deberá hacerse al 189, 2.º.

Teniendo en cuenta estos tres puntos, el texto del artículo quedaría así:

*"El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.*

*Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y la personalidad del autor, la infracción será castigada como debida a imprudencia, grave o leve, sólo cuando la ley castigue la modalidad imprudente en dicha infracción.*

*La creencia errónea, probada e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal.*

*Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 189, 2.º.*

## 2.ª PARTE

### LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA EN EL C.J.M.

#### I. SISTEMÁTICA

De los sistemas de incriminación de la imprudencia, a saber, el "crimen culpae", fórmula solo aparentemente seguida por el vigente Código Penal (a causa de la genérica imputación contenida en el artículo 565), y el de "crimina culposa", fórmula adoptada por el proyecto de 1980, se ha discutido cual es el sistema que sigue nuestro vigente Código de Justicia Militar.

En efecto, si bien la mayoría de los autores entienden que nuestro C.J.M. adopta el segundo —"crimina culposa"—, Quintano Ripollés afirma que "el precepto genérico del 565 del Código Penal Común Vigente, sigue ostentando también validez en el ámbito militar" (la Culpa en el Derecho Penal Militar, R.E.D.M. n.º 4).

Para nosotros no ofrece duda alguna que el sistema seguido por el vigente C.J.M. es el de "crimina culposa", con una descripción de cada uno de los delitos imprudentes en particular, sin que pueda admitirse la extensión a la ley penal castrense de lo dispuesto en el artículo 565 del Código Penal.

Y en nuestra opinión debe seguir manteniéndose este sistema en el Código de Justicia Militar, no sólo porque el proyecto de Código Penal de 1980 haya abandonado la genérica fórmula del 565, adoptando también el sistema de incriminación específica, tipificando individualmente los delitos de imprudencia, sino también porque al formar parte de los Tribunales Militares personas no técnicas en Derecho —militares de armas— se hace mucho más necesario, en el ámbito castrense, el que exista una enumeración exhaustiva de los delitos imprudentes, evitándose así serias dudas en la práctica, e innecesarias discusiones teóricas, que, en todo caso, sólo contribuyen a producir inseguridad jurídica, y un mayor detrimento del principio de legalidad.

#### II. UBICACION

Es corriente encontrar en la doctrina la afirmación de que los delitos de imprudencia contenidos en el C.J.M. están agrupados bajo la rúbrica de la "Negligencia", en el Capítulo VIII, título XII de su Tratado II (en este sentido Quintano Ripollés y Querol y Durán). Incluso la propia exposición de motivos del Código de Justicia Militar de 1945 dice que "en el texto dado a los delitos de negligencia... en orden a la delincuencia culposa se mejoran considerablemente las normas vigentes".

Sin embargo, basta una lectura del mencionado capítulo VIII dedicado

a la "negligencia" para darse cuenta de que no todas las figuras contenidas en él son realmente delitos de imprudencia, pues junto a los que pueden considerarse como tales, hay tipos dolosos y cualificados por el resultado. (En este sentido Gómez Calero "La culpabilidad en los Delitos de Negligencia en el C.J.M." en R.E.D.M. n.º 25-26, pag. 55 y sgts.).

Por otro lado, fuera del capítulo de la "negligencia", encontramos también delitos imprudentes; así los tipificados en los artículos 275 y 405 si bien, en este último desaparece la modalidad imprudente, a causa de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/ 1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar.

### **A) Delitos de imprudencia dentro del Capítulo VIII del Título XII (Negligencia)**

Vamos a tratar únicamente de los delitos que son realmente imprudentes, pues éste es el objeto del presente trabajo, si bien haremos alguna referencia en ciertos casos a tipos que no siendo culposos en nuestra opinión, tienen apariencia de tales, con objeto de obtener una visión lo más completa posible de estas modalidades delictivas.

#### **a) El Artículo 388**

*"El militar que pierda la plaza, buque, aeronave o puesto militar, que tenga a su cargo, por no tomar las medidas preventivas o no pedir con tiempo los recursos para la defensa cuando le constare el peligro de ser atacado, incurrirá en la pena de seis años de prisión militar a muerte".*

Este precepto es, sin duda alguna, un delito culposo, pero con la modalidad de la conducta imprudente especificada, puesto que el resultado no querido —la pérdida de la plaza, buque, aeronave o puesto militar—, no puede ser causado por una conducta imprudente cualquiera, sino por una de las dos que preve el tipo, a saber, no tomar las medidas preventivas o no pedir con tiempo los recursos para la defensa, conductas sin duda imprudentes ya que el propio tipo exige que al autor del delito "le conste el peligro de ser atacado".

No obstante, la pena nos parece excesiva, pues en su máximo llega a la muerte, que sería pena propia del mismo resultado causado dolosamente (Traición: entrega voluntaria de la plaza al enemigo, artículo 258, 6.º) lo que además de injusto, resulta técnicamente incorrecto.

Por otro lado estimamos que el no pedir con tiempo los recursos para la defensa es no tomar una medida preventiva ante el peligro de ataque conocido, con lo que el precepto podría simplificarse diciendo:

*"El militar que pierda la plaza, buque, aeronave o puesto militar que tenga a su cargo, por no tomar las medidas preventivas necesarias para la defensa cuando le constare el peligro de ser atacado..."*

No obstante creemos que sería preferible limitarse a incorporar al artículo 258, 6, modalidad dolosa, un segundo apartado que dijera:

*“Si el hecho fuere debido a imprudencia grave, será castigado con pena de...”.*

Podría decirse que el legislador ha querido castigar sólo las dos conductas imprudentes descritas en el 388, por considerarlas siempre graves. Sin embargo, a ello contestamos que:

1.º El autor puede haber tomado extraordinarias medidas preventivas, pero omitir un detalle necesario para la defensa que cause la pérdida de la plaza; entonces, o le imponemos la severísima pena prevista en este artículo, igual que si no hubiera tomado precaución alguna —lo que es evidentemente injusto— o le absolvemos por este delito.

2.º Quedarían fuera de este artículo otras posibles graves imprudencias, causantes del resultado —pérdida de la plaza, buque, aeronave o puesto militar—, que podrían castigarse con la fórmula propuesta por nosotros.

#### *b) El Artículo 389*

*“El militar que por negligencia u omisión en el cumplimiento de sus deberes sea causa de daños considerables en las operaciones de guerra, será castigado con la pena de pérdida de empleo o con la de seis años de prisión militar a veinte de reclusión militar.*

*Si el daño considerable que resulte fuese en materia importante del servicio, pero no en operaciones de guerra, la pena será de seis meses y un día a seis años de prisión militar o separación del servicio”.*

En contra de la opinión de Gómez Calero (Loc. cit.) entendemos que esta figura delictiva no es de imprudencia, sino un delito calificado por el resultado y ello en base a que no se exige un nexo de culpabilidad entre el cumplimiento negligente de los deberes militares, o la omisión de dicho cumplimiento, que por sí ya es delito —arts. 550 y 391—, y la producción del resultado de daños considerables en las operaciones de guerra, o en materia importante de servicio, de tal manera que no se requiere que este resultado sea previsible para el sujeto que desatiende sus deberes militares, bastando, para que se dé el delito, que el resultado dañoso sea consecuencia del negligente o incompleto cumplimiento de las obligaciones militares.

#### *c) El Artículo 393*

*“El militar con mando de unidad, comandante de buque o aeronave, que por falta de la debida diligencia se separase de la unidad superior de que forme parte sufrirá la pena:*



1.º *De seis a doce años de prisión militar, si el hecho hubiere tenido lugar a la vista del enemigo o de rebeldes o sediciosos.*

2.º *De seis meses y un día a seis años de prisión militar, si el hecho hubiere ocurrido en tiempo de guerra sin estar a la vista del enemigo o de rebeldes o sediciosos”.*

Aquí la voluntaria omisión de la debida diligencia —conducta culpable— es causa de un resultado típico —Art. 348—. La estructura de delito de imprudencia es clara, pues la previsibilidad del resultado para el sujeto viene determinada por el deber de realizar aquella conducta que es omitida, y que tiene como finalidad precisamente evitar que se produzca el resultado.

La distinta gravedad de la infracción según que se esté a la vista del enemigo o de rebeldes o sediciosos por un lado, o sólo en tiempo de guerra sin aquellas circunstancias, puede parecer admisible si tenemos en cuenta que la diligencia exigible al autor es mayor, cuanto mayor sea la gravedad del resultado que pueda derivarse de la “separación de la unidad superior”. Sin embargo, estamos ante un ejemplo claro de la necesidad de distinguir entre culpa grave y leve, pues la distancia entre una omisión absoluta de la debida diligencia, y la omisión de un pequeño detalle, conductas ambas subsumibles en este tipo penal, debería permitirle al juzgador un mayor arbitrio a la hora de imponer la pena, ya que puede ser más grave la omisión en el segundo supuesto del tipo —ausencia absoluta de diligencia, por ejemplo— que en el primero —simple omisión de un pequeño detalle—.

Ello se solucionaría si, como proponíamos en el artículo 388, se limitara el Código a castigar la imprudencia detrás de cada tipo doloso, de tal forma que para cada modalidad de imprudencia quepa la posibilidad de castigar el hecho como falta, pues la culpa debe tener un tope máximo de pena, que será no igualar a la que corresponda al mismo hecho realizado dolosamente, pero no se le debe poner tope mínimo, pues en caso contrario, como ya hemos dicho, el juzgador optará por no apreciar imprudencia —falta de la debida diligencia en este caso— cuando la pena resulte excesiva para castigar el caso sometido a su juicio.

#### *d) El Artículo 394*

*“El Comandante u Oficial de guardia que en un accidente de mar perdiera su buque por negligencia o produjera averías por igual causa abordando buque de guerra o mercante, sufrirá las penas de prisión militar o separación del servicio.*

*Incurrirá en la misma pena el que, mandando aeronave, cometiere en análogas circunstancias el delito definido en el párrafo anterior”.*

De nuevo estamos frente a dos delitos imprudentes, que tiene su correlativo tipo doloso en los artículos 342 y 343. Se trata simplemente de ser causa por imprudencia —negligencia— de la pérdida del buque o aeronave del artículo 342, o de averías del artículo 343, también causadas por imprudencia.

El no distinguir entre culpa grave y leve, por un lado, y el imponer la

misma pena en caso de pérdida del buque y de averías, por otro, hace inaceptable la redacción de este artículo.

De nuevo proponemos que a cada figura dolosa, se añada un párrafo incriminando su producción por imprudencia grave.

e) *El Artículo 397*

*“El que por negligencia deje de transmitir a buque o aeronave u otra unidad militar las marcaciones o señales a que esté obligado, será castigado con la pena de prisión militar.*

*Si por la misma causa las diere equivocadas, incurrirá en igual pena siempre que fuese en tiempo de guerra o se produjeran perjuicios de importancia para el servicio”.*

No coincidimos con la opinión de Gómez Calero (Loc. cit. pág. 90) en cuanto a la naturaleza de este delito. Es cierto, como él afirma, que en este artículo se incriminan tres conductas perfectamente diferenciadas, pero creemos que su verdadera naturaleza es la siguiente:

*1.ª Conducta.*— *El omitir por negligencia la transmisión de marcaciones o señales.* Es claro supuesto de delito culposo de peligro. En efecto, para que se consuma el delito no es necesario que se produzca daño a bien jurídico alguno. Lo que la ley trata de evitar aquí son las graves consecuencias que pueden derivarse de esa omisión, y por ello adelanta la protección de los bienes jurídicos. De hecho lo que falta es el correspondiente delito doloso de peligro, porque, si bien es cierto que normalmente la voluntaria omisión de las señales se hará con una ulterior intención delictiva, en la cual quedará subsumida, hay que pensar que puede no ser así, o puede ser una forma de participación en otro delito de menor gravedad que el peligro que encierra la omisión de las señales, y al ser dolosas, no podríamos incluirlas en este tipo penal, dándose entonces el absurdo de que se castiga la causación imprudente de un peligro, pero no la dolosa.

Naturalmente que este hecho realizado dolosamente podría ser delito de desobediencia en aquellos casos en que haya una orden concreta de transmitir señales o marcaciones, pero cuando no se haya producido dicha orden, porque, por ejemplo, es la misma persona encargada de darla quien voluntariamente la omite, no habrá desobediencia, sino incumplimiento de un deber militar, y entonces, si acudimos al último párrafo del artículo 391 resulta que la sanción es la misma para el hecho doloso que para el imprudente —prisión militar hasta 6 años— lo cual no es admisible.

Podemos pues concluir que la reforma del Código debe ir encaminada aquí a tipificar la modalidad dolosa de esta conducta como delito de peligro, con independencia de los delitos de desobediencia y de incumplimiento de deberes militares, distinguiendo según el hecho se realice frente al enemigo, en tiempo de guerra o en tiempo de paz, y añadiendo las correspondientes figuras imprudentes en cada caso.

De lo contrario, si el hecho cometido dolosamente no se estima lo suficientemente grave como para integrar un delito en sí mismo, no vemos

la necesidad de crear un delito de imprudencia específico para esta conducta, siendo suficiente el que quede subsumida en un genérico incumplimiento culposo de deberes militares.

2.<sup>a</sup> *Conducta.*—*Dar marcaciones o señales equivocadas en tiempo de guerra.* Es también un delito culposo de peligro, pero a diferencia del anterior, este tipo no puede realizarse dolosamente, puesto que no puede nadie equivocarse voluntariamente.

No obstante creemos que también debería existir una figura delictiva para el que voluntariamente transmite señales o marcaciones falsas, que podría estar incluida en la omisión de dichas señales, bajo la fórmula "*el que dejare de transmitir marcaciones o señales a que esté obligado, o las transmitiere falsas*", pues en definitiva el que transmite señales falsas está omitiendo las verdaderas.

Y creemos que debería crearse esta figura porque la más próxima, el dar a sabiendas informe falso de palabra o por escrito sobre asuntos del servicio del artículo 353, acoje con dificultad esta conducta, pues aparte de que las marcaciones y señales no son "informes" en sentido estricto, es indudable que no se hacen estas "de palabra" ni "por escrito".

A la figura dolosa que proponemos, se le añadirá un segundo párrafo castigando la producción de ese resultado por imprudencia grave.

3.<sup>a</sup> *Conducta.*—*Transmisión equivocada de las señales o marcaciones, por negligencia, con perjuicios de importancia para el servicio.*—En primer lugar debe suprimirse la alternativa de esta conducta con la anterior, pues planteará dudas cuando se produzca el hecho en tiempo de guerra y con perjuicio para el servicio de importancia. Es preferible decir "en tiempo de paz si se produjeren perjuicios...".

En segundo lugar, y por lo que respecta a la naturaleza de la infracción, es un delito cualificado por el resultado, ya que no se exige que el perjuicio sea previsible para el sujeto (en el mismo sentido Gómez Calero, Loc. cit. pág. 91), y por lo tanto debería desaparecer, o hacer depender el castigo del hecho de la previsibilidad del resultado para el autor de las señales, con lo que sería un delito culposo de lesión.

#### f) *El Artículo 398*

*"El militar que por negligencia diere lugar a que sea conocido el santo y seña o una orden reservada sobre el servicio de armas, será castigado, en estado de guerra u ocasionándose perjuicio, con la pena de prisión militar".*

Encontramos recogidas en este artículo dos figuras delictivas de distinta naturaleza:

1. *Dar lugar por negligencia a que se conozca el Santo y Señá o una orden reservada sobre el servicio de armas en estado de guerra.* Este es un claro delito de imprudencia, ya que como consecuencia de una conducta imprudente —el obrar negligente— se produce un resultado típico, revelar el Santo y Señá, o la orden reservada. La conducta sólo se calificará de

negligente cuando fuera previsible para el autor que a consecuencia de ella podía producirse el resultado.

Los correspondientes tipos dolosos los encontramos en los artículos 259, 2.º (Traición), 349 y 356, 3.º (Honor Militar).

Hay que señalar aquí el absurdo que supone castigar el hecho imprudente con la misma pena que el doloso, lo que sucede en las modalidades del art. 349 y 356, 3.º ya que para los supuestos contemplados en estos artículos la pena prevista es prisión militar, igual que la establecida en el artículo que nos ocupa.

Esta incorrección técnica, que nos conduce además a una evidente injusticia, no se daría con el sistema de castigar la culpa que venimos proponiendo, a saber, poner la modalidad imprudente a continuación de su correspondiente delito doloso, y sólo castigarla como delito cuando la imprudencia sea grave.

2. *Dar lugar a que se conozca el Santo y Señal u orden reservada por negligencia, causándose perjuicio.* De nuevo creemos que debe suprimirse la alternativa con el estado de guerra y hablar de "en tiempo de paz, causándose perjuicio..." con lo que se evitan dudas en su interpretación.

En segundo lugar, se trata de un delito cualificado por el resultado ya que el perjuicio no tiene que ser previsible para el autor. Creemos que debe suprimirse, o bien decir que será delito cuando "se ocasione perjuicio previsible para el autor" con lo que transformamos el delito en imprudente.

#### g) *El Artículo 402*

*"El militar que incumpla los deberes técnicos de su profesión especial dentro de la esfera de los Ejércitos, por negligencia o ignorancia inexcusable, será castigado con la pena de seis meses y un día a tres años y un día de prisión militar o separación del servicio".*

Es también de naturaleza culposa este delito, dándose por un lado la conducta imprudente —la omisión de la debida diligencia en el actuar, o en aprender aquello que se ignora y debía conocerse— y el resultado —el incumplimiento de deberes técnicos—, consecuencia previsible de la conducta imprudente.

Sin embargo, no creemos admisible esta genérica descripción del resultado, pues los incumplimientos que pueden producirse como consecuencia de la conducta imprudente son de tan varia índole y gravedad, que difícilmente admiten su inclusión en un solo tipo delictivo, y menos con un arbitrio judicial tan pequeño; pena de 6 meses y un día a tres años y un día.

Además se trata de una ley penal en blanco, poco deseables en Derecho Penal, que dejará al juzgador no sólo apreciar si hay o no negligencia —elemento normativo— o ignorancia inexcusable —también elemento normativo— sino también si el deber incumplido es, o no, de carácter técnico.

Es preferible que al número 2 del artículo 391 —incumplimiento de

deberes militares doloso— se le añade la tipificación a título de culpa, cuando el incumplimiento sea debido a negligencia, o ignorancia inexcusables, pues al fin, el militar que incumple un deber técnico de su profesión especial dentro del Ejército, está incumpliendo un deber militar, exigible a él precisamente por tener como ámbito de actuación profesional el Ejército.

De no ser así, nos encontraríamos de nuevo con un delito imprudente que no tenía su correspondiente delito doloso, lo que es inadmisibles, pues sería absurdo castigar un resultado cuando es consecuencia de una actuación negligente, si no es delito el causar ese mismo resultado de forma voluntaria.

Naturalmente ya se entiende que el delito de incumplimiento de deberes, tanto en la modalidad dolosa, como en la culposa que propugnamos, estará siempre en una relación de subsidiariedad frente a cualquier otro tipo penal más grave en el que pueda subsumirse el deber específico incumplido.

Sólo deberá ser delito cuando la negligencia sea grave. El adjetivo “inexcusable”, referido a la imprudencia puede mantenerse, pues lo estimamos equivalente a “grave”.

## **B) Delitos de Imprudencia fuera del Capítulo de la “Negligencia”**

### **a) El artículo 275 (Espionaje)**

*“El que tuviere en su poder o conociera oficialmente, por razón de su cargo, comisión, o servicio datos u objetos reservados relativos a la defensa nacional y por descuido o negligencia diere lugar a que lleguen a manos de otra persona no autorizada o fueren reproducidos, divulgados, conocidos, publicados, o destruidos, será castigado con la pena de prisión”.*

Este delito es indudablemente de naturaleza culposa. Por un lado tenemos la conducta imprudente —custodia descuidada o negligente— a consecuencia de la cual se produce el resultado típico, que en este caso lo mismo podría ser la conducta descrita en el artículo 272, 2.º o la del 273.

La previsibilidad del resultado para el autor deriva de la calificación de su conducta como descuidada o negligente, pues sólo diremos que actúa así cuando omite el cuidado o diligencia que normalmente debería emplear precisamente para evitar la producción del resultado que era previsible para él.

No obstante, en este delito indicamos las siguientes reformas:

- 1.º) Distinguir el delito imprudente realizado en tiempo de paz y en tiempo de guerra, paralelamente a como lo hacen las figuras dolosas.
- 2.º) Incriminar como delito sólo la culpa grave.
- 3.º) Podría añadirse la pérdida de los documentos, datos u objetos a que se refiere el artículo, ya que este resultado es realmente peligroso (más que su destrucción, conducta si recogida en el tipo) y además no es susceptible de comisión dolosa.

Dado que las penas de los dos delitos dolosos son iguales, no hay

inconveniente en conservar un único artículo para castigar su comisión imprudente, que además viene ya colocado a continuación de las figuras dolosas.

b) *El Artículo 405 (Fraudes)*

*“El que estando encargado de suministrar a los Ejércitos víveres, municiones u otros efectos o elementos dejare de hacerlo maliciosamente o los entregare adulterados o nocivos, será castigado con la pena de prisión, si fuere en tiempo de guerra, y con la de prisión hasta seis años, si fuere en tiempo de paz, con perjuicios de importancia para el servicio.*

*Si los daños mencionados fueren cometidos por descuido o negligencia, serán castigados con la pena de prisión hasta seis años cuando fueren en tiempo de guerra y ocasionaren perjuicios a los Ejércitos”.*

También este artículo contiene en su último párrafo un delito de naturaleza culposa. La conducta imprudente viene determinada por el descuido o negligencia, que es causa de daños, previsible consecuencia de la omisión del cuidado o diligencia debida.

Sin embargo, la interpretación de este delito no resulta fácil, ya que al hablar de “los daños mencionados...” no se sabe, en principio a que daños se hace referencia, pues el tipo doloso a que nos remite —primer párrafo del mismo artículo 405— no habla de “daños”. Podía parecer, en principio que se refiere a “perjuicios de importancia para el servicio” pero no es así, ya que en el tipo doloso se habla de ellos sólo en tiempo de paz, y el delito imprudente sólo abarca a los “daños” causados en tiempo de guerra.

Creemos que el término “daños” hace referencia a los diversos resultados que se tipifican en el delito doloso, a saber: respecto a víveres, municiones u otros efectos o elementos, realizar por descuido o negligencia:

1. Dejar de suministrarlos.
2. Entregarlos adulterados.
3. Entregarlos nocivos.

Aparte de distinguir aquí, como venimos diciendo entre culpa grave y leve, creemos que respecto de “otros efectos o elementos” debería añadirse “de importancia” en la modalidad dolosa y culposa, que aún siendo un elemento normativo, evitará la incriminación de conductas de escasa relevancia penal.

La Ley Orgánica 9/1980 de Reforma del Código de Justicia Militar, de 6 de noviembre de 1980, reforma este artículo, suprimiendo el segundo párrafo, comisión culposa, y limitando las supuestas del primero a “tiempos de guerra o estados de sitio”.

c) *El Artículo 329. (Desobediencia)*

*“El que dejare de observar las órdenes que se le den en los supuestos y*

*circunstancias previstos en los dos artículos anteriores, sufrirá la pena inferior a la señalada en dichos artículos, según los casos”.*

Este artículo, en principio, parece de naturaleza dolosa, puede ser de omisión pura: dejar de observar lo mandado, o de acción, realizar lo que se le ha prohibido. Sin embargo, puesto en relación con los dos anteriores, el 327 y 328, ya no resulta tan claro que se trate de una conducta voluntariamente realizada u omitida.

En efecto, *el artículo 327* castiga la desobediencia a órdenes de los superiores en situación de extrema gravedad —campana, al frente del enemigo—, el 328 por su parte castiga en su primer párrafo la desobediencia a órdenes de los superiores relativas al servicio de armas, marino o aeronáutico, no siendo en las circunstancias previstas en el artículo anterior; en su segundo párrafo se recoge la desobediencia simple, es decir, a órdenes no relativas a los servicios antes aludidos.

Entonces cabe preguntarse que es la “no observancia de las órdenes” recogidas en el artículo que nos ocupa, ya que no se trata de desobediencia.

Entendemos que la desobediencia abarca lo mismo una postura de abierta oposición al cumplimiento de la orden, como un no cumplimiento voluntario, sin haberse negado de palabra a hacerlo. En ambos casos la desobediencia es una conducta omisiva —dejar de hacer aquello que se ha ordenado—, o activa —hacer lo prohibido.

Cierto es que la orden puede incumplirse parcialmente, pero entonces lo que hay que mirar es la intención del sujeto. Si se deja de cumplir la orden parcialmente de forma voluntaria, se está desobedeciendo, y se cometerá el delito del 327, o del 328 en su caso; de lo contrario bastaría iniciar el cumplimiento de la orden, incumpliendo el resto, para escapar al delito de desobediencia, lo que sería absurdo.

Para nosotros lo que quiere significarse aquí es una falta de enfrentamiento con la orden del superior. No hay negativa a obedecer, sino una falta de obediencia de hecho, no voluntaria, pero debida a la negligente conducta del subordinado, y por ello punible.

En este sentido podemos citar la Sentencia del C.J.S.M. de 9 de octubre de 1971, que dice: “esta infracción se caracteriza por una actuación más bien pasiva o *descuidada*”. No es realmente la pasividad lo que caracteriza esta infracción, pues ya vimos que también los delitos de los artículos 327 y 328 podían infringirse lo mismo por un actuar positivo, como negativo, según que la orden desobedecida entrañara un mandato o una prohibición. Lo que caracteriza esta infracción es la *conducta descuidada*, la falta de cuidado al cumplir la orden, que desemboca en una obediencia incompleta, no querida, pero causada por el negligente actuar del inferior, es decir, debida a culpa, no a dolo.

De este modo, si el sujeto quería cumplir la orden y no lo hizo, o lo hizo mal, encajará en el 329 si la causa fue su negligencia o descuido. Si el sujeto no quería cumplir la orden, y por ello no la observa, su encaje típico estará en el artículo 327, o en el 328, según las circunstancias.

En efecto, según el diccionario de la Real Academia, “observar” significa “guardar y cumplir exactamente lo que se manda”. Si sustituimos

los términos, el artículo nos quedaría redactado: "El que no guarde y cumpla exactamente las órdenes que se le den..." por lo que, para poder considerar aquí incluida una conducta, sería necesario:

- Que se haya dado una orden (mandato o prohibición).
- Que el sujeto quiera cumplirla, pues en otro caso habría desobediencia.
- Que el destinatario de la orden no cumpla *exactamente* lo que se le ordenó.

No puede haber delito de desobediencia, pues se quería cumplir la orden: faltaría el dolo. Sin embargo, no se ha cumplido esta *exactamente*. Es pues la *inexactitud en el cumplimiento de la orden* —mandato o prohibición— lo que se castiga aquí, pero esta inexactitud, ¿ha de ser dolosa?; creemos que no, porque ello entrañaría desobediencia. De no entenderlo así, las mismas consecuencias que podía causar la desobediencia, puede causarlas un cumplimiento inexacto, que escaparía a la mayor severidad de la pena prevista para la desobediencia.

¿Se trata entonces de un delito formal? La respuesta debe ser negativa, pues no podemos imponer una pena si el cumplimiento inexacto no es imputable a su autor como consecuencia de su negligencia.

No afirmamos, pues, que el delito de desobediencia pueda cometerse por imprudencia, sino que el inexacto cumplimiento de lo ordenado sólo estará recogido en este artículo cuando es debido a negligencia, siendo delito de desobediencia si es voluntario, e impune si no puede serle imputado, siquiera a título de culpa a su autor.

"De lege forenda", este artículo podía redactarse así:

"El que por descuido o negligencia graves no cumpliera exactamente las órdenes que se den en los supuestos y circunstancias previstos en los dos artículos anteriores..."

### III. LA PENA EN LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA

Como ya hemos visto, en el C.J.M. se da el caso de que la pena señalada a la infracción culposa, sea la misma que la prevista para la dolosa, lo cual es inadmisibile, como dijimos en su momento, ya que resulta evidentemente injusto castigar igual al que realiza la conducta típica voluntariamente, que al que es mera causa de ella como consecuencia de su actuación imprudente.

Sin duda es un error de técnica legislativa motivado, en parte, por pretender agrupar todas las figuras imprudentes en un capítulo único —"negligencia"— como hace nuestro Código, ya que el quedar separados de su correspondiente delito doloso, es más fácil no advertir la desproporción de las penas.

El problema queda parcialmente resuelto una vez que se coloque cada delito imprudente a continuación de su concordante doloso, ya que así resulta evidente que el máximo de la pena imponible por imprudencia nunca podrá llegar al mínimo señalado para el mismo hecho realizado dolosamente; pero nos queda por determinar los topes máximo y mínimo de la pena correspondiente a cada delito culposo en particular.



## A) El límite máximo

Hemos visto que el sistema seguido por el vigente C. J. M. para señalar los límites de la pena a los delitos cometidos por imprudencia no puede admitirse.

Sin embargo, no creemos que pueda adoptarse un sistema como el de nuestro Código Penal, ya que impone a todos los delitos cometidos por imprudencia, cualquiera que sea su resultado, el mismo tope máximo, con tal que no sea igual o mayor la pena correspondiente al mismo delito realizado dolosamente, lo que entraña un absurdo.

En efecto, con el vigente Código Penal, la atenuación que supone la comisión del delito por imprudencia es mayor, cuanto más grave sea el resultado causado por la imprudencia, y menor cuanto menos grave sea éste. Así, un homicidio, cuando se comete por imprudencia simple con infracción de reglamentos tiene una rebaja de su pena, respecto del doloso, de 3 grados —de reclusión menor, pasamos a arresto mayor. Sin embargo, si el resultado de la imprudencia no es de homicidio, sino de lesiones graves, del 420, 3.º, se rebajará sólo un grado la pena —de prisión menor, a arresto mayor—. Más absurdo aún si las lesiones son del n.º 4 del artículo 420, que por tener pena de Arresto mayor y multa, se viene castigando con Arresto mayor, por considerarse que esta pena es menor que la correspondiente al delito doloso.

Si la imprudencia es temeraria sigue dándose igualmente el absurdo de obtenerse mayor rebaja de la pena cuanto más grave sea el delito; así pues, en el ejemplo anterior, el homicidio tendrá dos grados menos de pena causado por imprudencia temeraria, que realizado dolosamente, mientras que las lesiones del 420, 3.º sólo se rebajarían en un grado.

Tampoco nos parece admisible la solución del proyecto de Código Penal de 1980, por utilizar un sistema igualmente arbitrario para imponer el tope máximo a las penas de los delitos cometidos por imprudencia.

En efecto, el artículo 155 castiga el homicidio doloso con pena de prisión de 8 a 15 años; el artículo 175 castiga el homicidio por imprudencia grave con pena de 2 a 4 años, es decir, que entre una y otra modalidad de la infracción hay una diferencia de cuatro años, equivalente a la mitad del tope mínimo de la pena señalada a la infracción dolosa. Sin embargo, en las lesiones graves del artículo 167 la pena correspondiente a la modalidad dolosa es de prisión de 2 a 6 años, mientras que estas mismas lesiones, causadas por imprudencia grave, se castigan con pena de 6 meses a 2 años de prisión, es decir, la modalidad imprudente tiene el tope máximo de su pena igual que el tope mínimo de la correspondiente a la dolosa. De nuevo resulta que una misma conducta imprudente obtendrá mayor rebaja de la pena cuanto más grave sea el resultado que cause.

### *Nuestra opinión*

Siendo la imprudencia una forma de la culpabilidad menos grave que la dolosa, el problema se centra en plasmar en la pena esa menor gravedad

de la infracción, es decir, determinar en cuanto debe rebajarse la pena correspondiente a la infracción dolosa, cuando es realizada por imprudencia. Pero una vez determinada la diferencia de pena que debe existir entre ambas clases de infracciones, dicha diferencia debe ser la misma en todos los delitos, como sucede, por ejemplo, en el castigo de la tentativa, forma imperfecta de cometer el delito cuyo efecto, en cuanto a la disminución de la pena, es igual en todos los delitos. Podría decirse que la tentativa es una forma imperfecta de cometer el delito: la tentativa lo es en cuanto al resultado (no se hizo lo que se quería) y la imprudencia lo sería en cuanto a la voluntad (no se quería hacer lo que se causó por culpa).

Dicho de otra forma, se trata de señalar al juzgador el mínimo de rebaja de la pena correspondiente al delito doloso, cuando se cometa por culpa, de tal manera que, por grave que sea la imprudencia, aquel mínimo será la pena máxima imponible, como consecuencia de no haber dolo.

Así, si legalmente se determina que la rebaja de la pena en la infracción imprudente debe ser por lo menos de 1/2 respecto del límite inferior de la pena señalada a la infracción dolosa, en el homicidio, que tiene el tope mínimo de su pena en 12 años y un día, en su modalidad imprudente el límite máximo de la pena sería de 6 años (el tope mínimo de la pena correspondiente al delito doloso, rebajado en un medio); y si en las lesiones dolosas del 420, 3.º, el tope mínimo de su pena es de 6 meses y un día, cuando se causen por imprudencia, la pena máxima imponible deberá ser de 3 meses (al igual que antes, el tope mínimo de la pena correspondiente al delito doloso disminuido en un medio).

De esta manera, la ausencia de dolo en la realización del hecho típico, tendrá siempre un efecto atenuante proporcional a la gravedad del resultado, guardándose la misma proporción en todos los delitos, pues siempre se rebajará la pena en un medio por lo menos.

Podrá discutirse si el mínimo de atenuación para la infracción imprudente debe ser un tercio, un cuarto, o la mitad, pero creemos indudable que una vez aceptada una cantidad, ésta debe ser la misma para todos los delitos, evitándose así las incongruencias del vigente Código Penal, y del Proyecto, en este punto, ya que ahora, cuanto más grave sea el resultado que se derive de la conducta imprudente, más grave *podrá ser* la pena, y ello es lógico porque, como decíamos, si bien el resultado no debe prevalecer en el castigo de la imprudencia, sí es un elemento que debe tener en cuenta el juzgador, y para ello es necesario que la ley le deje el suficiente arbitrio.

El sistema que proponemos crea un problema —para nosotros sólo aparente— que es el castigo de la imprudencia cuando el delito doloso tiene una pena cuyo tope mínimo coincide con la pena mínima imponible por razón de delito, pues aparentemente no podremos bajar dicho tope en su mitad, porque nos vamos a una pena leve, propia de las faltas.

De hecho este problema ya se venía planteando en el Código Penal vigente, pero el Tribunal Supremo no permitió que se resolviera de forma adecuada. En efecto, en el Código Penal un hecho castigado con multa de 20.000 a 200.000 pesetas, mínima pena imponible por razón de delito, cuando se cometa por imprudencia debería ser castigado con pena inferior

en un grado, según el artículo 565, pero el Supremo, en lugar de permitir esa rebaja, y castigar el hecho como una falta, ha optado de forma ininterrumpida por castigar el hecho con 20.000 pesetas, aunque se haya realizado por imprudencia, pese a la expresa prohibición del artículo 565 por resultar la pena igual a la correspondiente al delito doloso.

Y aún se agrava la incongruencia anterior, si se trata de un sujeto menor de 18 años y mayor de 16, pues seguirá imponiéndole las 20.000 pesetas como pena a causa de la errónea interpretación que hace del artículo 6.º, en el que se basa para decir que “por razón de delito no puede imponerse pena menor de 20.000 pesetas” (entre otras muchas, SS. de 10 de febrero de 1969, 10 de octubre de 1969, 4 de junio de 1970, 6 de febrero de 1973).

En nuestra opinión, como decíamos antes, el problema es sólo aparente, porque cuando un hecho castigado con la mínima pena establecida para los delitos sea cometido por imprudencia grave, deberá ser castigado como falta. Y no sólo cuando se cometa por imprudencia, sino también cuando el autor sea un menor de 18 años y mayor de 16, o cuando quede en grado de tentativa. (De hecho, así lo hace nuestro vigente Código de Justicia Militar en el apartado 6.º del artículo 239).

Creemos que el razonamiento es claro: si la imprudencia disminuye la gravedad de la infracción, cuando la infracción dolosa sea de las más leves de las consideradas como delito, necesariamente tendrá que dejar de ser delito cuando se cometa por imprudencia, y por tanto castigarse como falta.

Ahora estamos en condiciones de especificar más el esquema de las infracciones cometidas por imprudencia que hicimos anteriormente que será:

1. Culpa grave + resultado de delito cuya pena no sea la mínima prevista para estas infracciones = Delito.
2. Culpa grave + resultado de delito cuya pena es la mínima prevista para estas infracciones = Falta.
3. Culpa grave + resultado de falta = Falta.
4. Culpa leve + resultado de delito = Falta.
5. Culpa leve + resultado de falta = Impune.

En el caso del número 2, la pena prevista para la falta no tendrá que ser inferior en su mitad a la prevista como mínima para el delito doloso, ya que se beneficia suficientemente el autor con el cambio de calificación del hecho —de delito a falta— (no tener antecedentes, menor plazo de prescripción, en su caso, ausencia de procesamiento...).

## **B) El límite mínimo**

En el Código de Justicia Militar, aparte de no distinguirse entre culpa grave y leve, como vimos, los topes mínimos de las penas en los delitos de imprudencia varían de unos a otros, lo cual supone valorar el resultado de tal manera que, por leve que sea la imprudencia que lo cause, la pena no podrá ser menor que la establecida para cada delito imprudente en concreto.

Este proceder, en general incorrecto a nuestro juicio, se hace inadmissi-

ble cuando —como sucede en el artículo 398 en relación con el 349 y 356, 3.º— el tope mínimo de la pena en la infracción imprudente es el mismo que el señalado para el delito doloso.

El Código Penal vigente, por su parte, señala para cada modalidad imprudente el mismo tope mínimo de pena, a no ser que la correspondiente al delito doloso sea igual o menor que la pena señalada a la imprudencia. Este proceder no es correcto tampoco, porque nos conduce muchas veces a castigar con idéntica pena el mismo resultado, ya se haya cometido por imprudencia temeraria, o simple con infracción de reglamentos (las lesiones del artículo 422, por ejemplo, ya que por ser su pena para la modalidad dolosa de arresto mayor, se le impondrá multa de 20.000 a 200.000 pesetas, tanto si se causaron por imprudencia temeraria, como si se causaron por imprudencia simple con infracción de reglamentos).

Por otra parte, distinguiendo el Código Penal vigente tres clases de imprudencia, y castigando la temeraria con pena de 6 meses y un día a 6 años, y la simple con infracción de reglamentos de 1 mes y un día a 6 meses, pena inferior en un grado a la anterior, parece lo lógico que la simple sin infracción de reglamentos se castigara con multa de 20.000 a 200.000 pesetas, pena inferior en grado a la anterior.

Y no es que mantengamos que debiera aumentarse el tope máximo en la imprudencia leve, sino que afirmamos debería ser más bajo el tope mínimo de la pena en la imprudencia simple con infracción de reglamentos.

En cuanto al Proyecto de 1980, ya vimos que en unos casos el tope mínimo de la pena en los delitos causados por imprudencia grave llegaba al límite inferior de las penas propias de los delitos, mientras que en otros prevalecía de tal manera la gravedad del resultado, que se castigaba como delito tanto su comisión por imprudencia grave, como leve, lo que, como dijimos, no es admisible. Y menos aún si nos fijamos en el artículo 309 del Proyecto, que castiga el incendio imprudente con pena de prisión, sin distinguir en absoluto entre culpa grave y leve.

### *Nuestra opinión*

Desde el momento en que admitimos la posibilidad de que un resultado previsto por la ley como delito cuando se realiza dolosamente, pueda ser castigado como falta, si la culpa que lo causa es leve (1), necesariamente el tope mínimo de la pena en los delitos de imprudencia debe ser igual en todas, ya que si la modalidad imprudente puede convertir en falta cualquier figura de delito, aplicándose por tanto una pena propia de las faltas, el delito cometido por imprudencia grave ha de tener la frontera de su pena en el límite mínimo de las penas propias de los delitos, es decir, en el tope mínimo de la pena menor imponible a los delitos.

En efecto, es una incongruencia el poner un tope mínimo a la imprudencia diferente al señalado, y permitir, no obstante, que la culpa leve pueda transformar el hecho en falta, como vemos hace el Código Penal en

(1) Así, el vigente Código Penal, y el Código Penal Militar Suizo.

vigor, que señala una pena única a todos los delitos cometidos por imprudencia simple con infracción de reglamentos —arresto mayor—, ya que entre esta modalidad imprudente y la simple sin infracción de reglamentos, queda una pena propia de delito, la multa de 20.000 a 200.000 pesetas.

Más claramente se ve la incongruencia en el Código Penal Militar suizo, donde determinados delitos imprudentes tienen un límite inferior en su pena muy superior al mínimo imponible por delito, y sin embargo, admite que el hecho se castigue disciplinariamente cuando la infracción sea "de poca gravedad" (el artículo 163, por ejemplo).

Es evidente que, si queremos respetar de forma plena el principio de culpabilidad, es necesario permitir que las figuras delictivas pueda ser faltas cuando se cometen por culpa leve, como decíamos anteriormente, y esto supone también que todos los delitos imprudentes partan del mismo tope mínimo en su pena, que será el límite mínimo de la pena más leve correspondiente a los delitos. Con ello se da al juzgador el necesario arbitrio para adecuar la pena, en cada caso, a la mayor o menor gravedad de la imprudencia.

De no hacerse así nos encontraríamos en la práctica con evidentes injusticias, ya que la culpa grave es susceptible a su vez de una subdivisión en cuanto a su intensidad en tantos grados como se quiera. Así, por ejemplo, la impericia, como imprudencia grave, puede ir desde la más absoluta ignorancia, hasta el desconocimiento sólo de una cuestión concreta, pero importante; la negligencia grave, puede consistir lo mismo en la omisión de la más elemental norma de cuidado, que en haber tomado casi todas las medidas apropiadas para evitar el daño, menos un detalle importante, que causa el resultado típico. Y naturalmente esta diferente gama de intensidades que pueden darse en la imprudencia grave, imposible de plasmar en preceptos penales, nos obliga a darle al juez una amplia gama de penas.

Es decir, la modalidad más leve de la imprudencia grave estará rozando el límite de la modalidad más grave de la imprudencia leve, luego la pena de la primera debe estar limitando con la correspondiente a la segunda.

En efecto, si al homicidio por imprudencia le ponemos un tope mínimo de pena de un año, por ejemplo, y a las lesiones de 4 meses, una misma conducta imprudente empezará a ser falta antes cuanto más grave sea el resultado producido, pues si el resultado es de homicidio, cuando la pena de un año resulte excesiva por la modalidad de la imprudencia, tendremos que saltar a la falta, mientras que si el resultado es de lesiones, el salto se producirá en los cuatro meses.

En resumen, si la menor gravedad de la imprudencia puede llevarnos a castigar cualquier resultado delictivo como falta, sería absurdo negarle la posibilidad de que nos lleve a imponer la mínima pena perteneciente a los delitos.

Por lo que se refiere a los delitos castigados con pena mínima en su modalidad dolosa, su realización por imprudencia grave tendrá señalada pena propia de las faltas, tanto en el tope máximo como en el mínimo; si se llevaran a cabo por imprudencia leve, sólo podrá castigarse cuando quede pena por debajo de la correspondiente a la imprudencia grave.

En cuanto a las faltas, cuando la pena de la modalidad dolosa parta del mínimo imponible, entendemos que su realización imprudente, aunque sea por culpa grave, debe quedar impune.

## CONCLUSIONES

1. Es urgente adecuar el Código de Justicia Militar al Principio de culpabilidad.
2. El artículo 181 debe redactarse de nuevo, diciendo: "Son delitos militares las acciones u omisiones voluntarias, o imprudentes, penadas en este Código".
3. Debe suprimirse el número 8 del artículo 185 (caso fortuito).
4. Los tipos penales sólo podrán infringirse por dolo, salvo que expresamente declaren punible la imprudencia.
5. Deben suprimirse todos los delitos cualificados por el resultado, pudiendo, en todo caso, sustituirse por delitos mixtos.
6. Debe regularse de forma expresa el error.
7. Sólo deben distinguirse dos clases de imprudencia: grave y leve.
8. La realización de un hecho previsto por la ley como delito, cuando sea debida a imprudencia, sólo deberá ser considerada como delito cuando aquella sea grave.
9. La imprudencia leve que cause un resultado previsto por la ley como delito, será siempre falta.
10. La realización imprudente de un hecho previsto por la ley como falta, sólo deberá castigarse si la pena de la falta dolosa no parte del mínimo de pena imponible.
11. La pena de la infracción imprudente, en su tope máximo deberá ser igual a la mitad del límite mínimo de la pena señalada a la misma infracción realizada dolosamente.
12. La infracción imprudente tendrá su tope mínimo en la menor de las penas previstas para los delitos, o las faltas en su caso.
13. Los delitos cometidos por imprudencia deben estar colocados a continuación de su correspondiente figura dolosa.
14. Dentro del Capítulo de la "negligencia", en el C.J.M., sólo son delitos culposos los descritos en los artículos 388, 393, 394 y parte de los descritos en los artículos 397 y 402.
15. Fuera del Capítulo de la "negligencia" son delitos culposos los descritos en los artículos 275, 405 y 329.
16. Pensando en una nueva redacción del Código de Justicia Militar, creemos que debe aumentarse el número de delitos que tengan prevista su comisión imprudente.

# Anexo

## II. LEYES PENALES MILITARES

### LA LEY PENAL MILITAR ALEMANA

#### *Parágrafo 15. Ausencia Voluntaria*

1. El que voluntariamente abandone su tropa o destino o permanezca alejado de ellos y, dolosa o culposamente, esté ausente más de tres días naturales, será castigado con las penas de prisión o encierro hasta dos años, o con arresto penal.

2. Con la misma pena será castigado el que se aleje dolosa o culposamente de su tropa o destino más allá del ámbito espacial de validez de esta ley y, dolosa o culposamente, omita presentarse a otra unidad u oficina del Ejército federal o ante una autoridad de la República federal de Alemania en el término de tres días naturales completos.

3. Si el autor está ausente, dolosa o culposamente, más de un mes, la pena será de prisión, encierro o arresto penal no inferior a tres semanas.

#### *Parágrafo 19. Desobediencia*

1. El que dolosamente no cumple un mandato, produciendo con ello una consecuencia grave (parág. 2, núm. 3.º), será castigado con las penas de prisión o encierro, o con arresto penal no inferior a dos semanas.

2. La tentativa es punible.

3. En casos especialmente graves, la pena será de reclusión hasta tres años.

4. El que en el caso previsto en el párrafo 1.º produzca la consecuencia grave culposamente, será castigado con las penas de prisión, encierro o arresto penal.

#### *Parágrafo 21. Incumplimiento de una orden por imprudencia temeraria*

El que por imprudencia temeraria no cumple una orden y produce con ello, al menos culposamente, una consecuencia grave (parág. 2, núm. 3.º), será castigado con las penas de prisión o de encierro hasta dos años, o con la de arresto penal.

*Parágrafo 41. Defectuosa vigilancia del servicio*

1. El que omita dolosamente vigilar o hacer vigilar debidamente a sus inferiores, produciéndose por ello una consecuencia grave (parág. 2, núm. 3.º), será castigado con la pena de prisión. La tentativa es punible.

2. El que en caso previsto en el párrafo anterior produzca la consecuencia grave culposamente, será castigado con las penas de prisión o encierro hasta dos años, o con la de arresto penal.

3. El que con imprudencia grave infrinja su deber de vigilancia y por ello se origine, al menos culposamente, una consecuencia grave, será castigado con las penas de prisión o encierro hasta seis meses, o con la de arresto penal.

4. Los párrafos 1 a 3 no se aplicarán cuando en otros preceptos se imponga una pena más grave.

*Parágrafo 42. Parte oficial contrario a la verdad*

1. El que dolosamente:

1.º Haga constar en un parte o informe oficial datos contrarios a la verdad sobre hechos de importancia para el servicio;

2.º Transmita un parte de esta clase sin rectificarlo con arreglo a su deber;

3.º Envíe un parte oficial incorrectamente; produciendo de este modo una consecuencia grave (parág. 2, núm. 3.º), será castigado con las penas de prisión o encierro. La tentativa es punible.

2. El que en el caso del párrafo anterior produzca la consecuencia grave culposamente, será castigado con las penas de prisión o encierro hasta tres años, o con la de arresto penal.

3. El que en el caso del párrafo anterior produzca la consecuencia grave al menos culposamente, será castigado con las penas de prisión o encierro hasta un año, o con la de arresto penal.

*Parágrafo 44. Abandono de la guardia*

1. Será castigado con las penas de prisión o encierro, o con la de arresto penal no inferior a dos semanas, el que estando de servicio de guardia, dolosamente y produciendo una consecuencia grave (parág. 2, núm. 3.º):

1.º Se coloque en estado de no poder prestar el servicio.

2.º Abandone su puesto.

3.º No cumpla las órdenes que rijan para el servicio de guardia. La tentativa es punible.

2. En casos especialmente graves la pena será la de reclusión hasta diez años.

3. El que en los casos del párrafo primero produzca culposamente y



produzca la consecuencia grave será castigado con las penas de prisión, encierro o arresto penal.

4. El que en los casos del párrafo primero actúe culposamente y produzca la consecuencia grave al menos culposamente, será castigado con las penas de prisión o encierro hasta dos años, o con la de arresto penal.

*Parágrafo 47. Homicidio o lesiones corporales culposas durante el servicio*

1. Si un soldado comete durante el servicio un homicidio culposo o unas lesiones corporales culposas, se aplicarán los preceptos vigentes para la comisión del hecho con las siguientes variaciones:

1.º Si el hecho se comete por el manejo culposo de armas, municiones u otros medios de lucha, en el caso de lesiones corporales culposas, se podrá imponer también la pena de encierro hasta tres años, en el caso de homicidio culposo la de encierro.

## CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR FRANCES

### TITULO II. De los delitos militares

#### *Capítulo II. Infracciones contra el Honor y el deber*

#### *Sección IV. De las Destrucciones*

*Artículo 409.* Será castigado de seis meses a tres años de prisión todo militar, todo piloto de un buque de la marina militar o de un navío de comercio convoyado, o todo individuo embarcado culpable de haber, por negligencia, ocasionado la destrucción, pérdida o la inutilización definitiva o temporal de un edificio, obra, barco de la marina, aeronave, aprovisionamientos, armamento, material de cualquier instalación al servicio de las fuerzas armadas o destinada a la defensa nacional. Si el culpable es oficial, será castigado con la máxima de estas penas.

Será castigado de uno a cinco años de prisión o, si es oficial, con destitución, todo comandante de un buque de marina, o de una aeronave militar, culpable de haber ocasionado por negligencia la destrucción, pérdida, inutilización definitiva o temporal del buque de la marina o aeronave militar (la causación dolosa de estos resultados se recogen en los artículos 410, 411 y 412).

#### *Capítulo IV. Infracciones de las consignas*

*Artículo 446.* En tiempo de guerra, será castigado con pena de muerte todo comandante de formación, buque de la marina o aeronave militar,

todo militar o todo individuo embarcado que, voluntariamente, no cumpla la misión que le haya sido encomendada, si dicha misión es relativa a operaciones de guerra.

*Artículo 447.* Si la misión no se cumplió por negligencia o si el culpable se ha dejado sorprender por el enemigo, o a consecuencia de su negligencia, se separase de su jefe en presencia del enemigo, o ha sido la causa del apoderamiento por el enemigo del buque de la marina o de la aeronave militar puesta bajo sus órdenes, o a bordo de la cual se encuentra, será castigado con pena de prisión de 6 meses a 3 años o, si es oficial, con la destitución.

## **CODIGO PENAL MILITAR DE PAZ DE ITALIA**

### **Libro I. Del Delito Militar en General**

#### *Título III. Del Delito Militar*

##### *Capítulo I. Del Delito consumado e intentado*

##### *Artículo 45. Exceso culposo*

Cuando al realizar alguno de los hechos previstos en los artículos 40, 41, 42 menos el último párrafo y 44, se excede culposamente el límite establecido en la ley, o en la orden del superior o de otra autoridad, o bien impuesto por la necesidad, se aplicarán las disposiciones concernientes al delito culposo, si el hecho es previsto por la ley como delito culposo.

### **Libro II. De los Delitos Militares en Particular**

#### *Título II. De los Delitos contra la Fidelidad y la Defensa Militar*

##### *Capítulo II. Del espionaje militar y de la revelación de secretos militares*

##### *Artículo 91. Revelación de noticias secretas no constitutivas de espionaje*

Fuera del caso indicado en el artículo 86, el militar que revele noticias concernientes a la fuerza, a la preparación o a la defensa militar del Estado y que deban mantenerse secretas, será castigado con reclusión militar no inferior a cinco años.

Si el hecho ha comprometido la preparación o la defensa militar del Estado, se aplica la reclusión militar no inferior a 20 años.

Si el hecho se comete por culpa, la pena será de reclusión militar de 6 meses a 2 años en el caso previsto en el primer párrafo, y de tres a quince años en el caso previsto en el segundo.

*Capítulo III. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes (Traición, espionaje y revelación de secretos)*

*Artículo 97. Auxilio culposo*

El militar que teniendo, por razón de su oficio o de servicio, la custodia o la posesión de la cosa, o bien, por el mismo motivo, estando en conocimiento de la noticia o ejecutando la vigilancia del lugar de interés militar, ha hecho posible, o sólo facilitado, por culpa, la ejecución de alguno de los delitos previstos en los artículos 85, 86, 88, 89, 90 párrafo primero (figuras de traición, espionaje y revelación de secretos), será castigado con reclusión militar hasta 5 años.

*Título II. De los Delitos contra el servicio militar*

*Capítulo I. De los delitos durante el servicio*

*Sección I. De la violación de los deberes generales inherentes al mando*

*Artículo 104. Exceso Culposo*

En el caso indicado en el artículo precedente (se refiere al comandante que sin autorización del Gobierno o fuera de caso de necesidad, consume actos hostiles contra un estado extranjero), si el comandante excede culposamente el límite de la autorización o de la necesidad, la pena de muerte será sustituida por reclusión militar no inferior a 5 años, y la otra pena será disminuida en uno a dos tercios.

*Artículo 106. Pérdida culposa o captura culposa de nave o aeronave*

Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior se cometa por culpa del comandante de una fuerza naval o de una nave aislada, o por culpa de otro militar embarcado en la nave perdida o capturada, se aplicará la pena de reclusión militar hasta diez años.

Si en el hecho concurren circunstancias particulares, que atenúen la responsabilidad del culpable, la pena será de reclusión militar hasta cinco años.

Dicha pena se aplicará al comandante de una fuerza aeronáutica, o de la aeronave aislada en maniobras, o a otro militar en ella embarcado, que por imprudencia o negligencia o por inobservancia de las leyes, reglamentos, orden o disciplina, cometa alguno de los hechos previstos en el artículo precedente.

*Artículo 108. Abordaje o varada culposa o avería culposa de nave o aeronave*

Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo precedente se cometa por culpa del comandante de la nave, o de otro militar embarcado en ella, se impondrá reclusión militar hasta dos años.

La misma pena se aplica al comandante de una aeronave, o a otro militar en ella embarcado que por negligencia o imprudencia, o por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplina, cometan alguno de los hechos previstos en el artículo precedente.

*Artículo 109. Auxilio Culposo*

Cuando la ejecución de alguno de los delitos de los artículos 105 (pérdida o captura de nave o aeronave) y 107 (abordaje, varada o avería de nave o aeronave) haya sido posible, o sólo facilitado, por culpa del militar que tenía la custodia o vigilancia de las cosas allí señaladas será castigado con reclusión militar de uno a cinco años.

*Sección II. Del abandono de puesto y del quebrantamiento de consigna*

*Artículo 121. Abandono de Convoy o culposa separación de él*

El comandante de la escolta de un convoy, que lo abandone, será castigado con reclusión militar de uno a cinco años.

Si por culpa del mismo quedare separado de todo o parte del convoy, la pena será de reclusión militar hasta dos años.

*Artículo 124. Separación de una parte de la fuerza militar del jefe, u omisión de reunirse con él*

En el caso de expedición u otra operación militar, el comandante de una parte de la fuerza militar que tanto si se separa de su jefe como si, obligado por fuerza mayor, o por cualquier otro motivo justificado, resulta separado, omite reunirse con su jefe lo antes posible, será castigado con reclusión militar hasta dos años.

La misma pena se impondrá a cualquier militar que realice alguno de estos hechos.

*Sección III. De la violación de deberes inherentes a servicios especiales*

*Artículo 125. Inobservancia de instrucciones recibidas*

El oficial encargado de una misión o de una expedición u operación militar, que no obedezca, sin motivo justificado, las instrucciones recibidas, será castigado con reclusión militar hasta tres años.

Si el hecho se comete por culpa, la pena será de reclusión militar hasta seis meses.

*Artículo 126. El militar encargado de la custodia de persona arrestada o detenida que ocasione la evasión por culpa*

El militar encargado de la custodia, aún temporal, de una persona arrestada o detenida por un delito sujeto a la jurisdicción militar, que ocasiona la evasión por culpa, será castigado con reclusión militar hasta tres años.

El culpable no será castigado si en el término de tres meses desde la evasión, procura la captura de la persona evadida o la presentación de ésta a la autoridad.

*Artículo 127. Divulgación de noticias secretas o reservadas*

Salvo que el hecho constituya otro delito más grave, el militar que revela noticias relativas al servicio o a la disciplina militar en general, de las cuales conoce por razón de su oficio o servicio, y que debe mantener secretas, será castigado con reclusión militar de seis meses a tres años.

Si las noticias no son secretas, pero son de carácter reservado, por estar vedada su divulgación por la autoridad competente, se aplicará reclusión militar hasta dos años.

Si el hecho se comete por culpa, la pena será de reclusión militar hasta un año.

*Artículo 128. Violación, ocultación, no entrega de despachos; revelación del contenido de las comunicaciones*

El militar que indebidamente abra, oculte, fabrique o no entregue una orden o escrito u otro despacho cualquiera, que estuviera encargado de llevar, o que revele el contenido de comunicaciones telegráficas, radiotelegráficas, telefónicas o similar, teniendo conocimiento de ella por razón de su oficio, será castigado con reclusión militar hasta cinco años.

El militar que omita por culpa al custodiar, consignar o transmitir al destinatario, al que iba dirigida la orden u otro despacho, o la comunicación, será castigado con reclusión militar hasta un año.

*Artículo 132. Falta en los suministros militares*

El militar que, estando obligado, por razón de oficio o servicio, a procurar el aprovisionamiento o el suministro de víveres o de otra cosa necesaria a alguno de los servicios militares, no lo hiciera, será castigado con reclusión militar de uno a cinco años.

Si el hecho se comete por culpa, la pena será de reclusión militar hasta un año.

*Sección V. De la embriaguez estando de servicio*

*Artículo 139. Definición del delito y circunstancia agravante*

El militar que, estando de servicio, o bien cuando va a ser nombrado para desempeñarlo, es sorprendido en estado de embriaguez, voluntaria o culposa, tal que excluya o aminore su capacidad de prestarlo, será castigado con reclusión hasta seis meses.

La misma disposición se aplica cuando la capacidad de prestar el servicio sea excluida o aminorada por la acción de sustancias estupefacientes.

*Capítulo VI. Destrucción o daños de obras, edificios o de cosas muebles militares*

*Artículo 167. Destrucción o sabotaje de obras militares*

El militar que fuera de los casos previstos en los artículos 105 a 108 destruya o deje inservible en todo o en parte, aunque sea temporalmente, nave, aeronave, convoy, carretera, establecimiento, depósito u otra obra militar o adscrita al servicio de las Fuerzas Armadas del Estado, será castigado con reclusión no inferior a ocho años.

Si el hecho ha comprometido la preparación o la eficacia bélica del Estado, se impondrá la pena de muerte con degradación.

Si el hecho es cometido por culpa se impondrá pena de reclusión militar hasta cinco años.

*Artículo 170. Hecho Culposo*

Si alguno de los hechos previstos en los artículos 168 y 169 (Daños a edificios militares y destrucción o deterioro de cosa mueble militar, respectivamente) se comete por culpa, se impondrá reclusión militar hasta seis meses.

*Título V. Disposiciones relativas al militar, a los civiles movilizados y a las personas ajenas a las Fuerzas Armadas del Estado*

*Capítulo III. Disposiciones para el piloto no militar de nave militar o aeronave militar, para el Capitán de buque mercante y para el Comandante de aeronave civil*

*Artículo 255. Piloto que induce a error al comandante*

El piloto de una nave militar o de una nave de convoy bajo escolta o dirección militar, que mediante indicación o sugerencia o de cualquier otro modo, induce a error al comandante con daño del servicio, será castigado con reclusión de dos a diez años.

Si el error del comandante deriva de culpa del piloto, éste será castigado con reclusión hasta un año.

*Artículo 257. Delitos del comandante de buque mercante o aeronave civil*

El comandante de un buque mercante o de una aeronave civil en convoy bajo escolta o dirección militar, que ocasione la pérdida de la nave o de la aeronave, será castigada con la muerte mediante fusilamiento de espaldas.

Si el comandante se separa del convoy, se aplicará la reclusión hasta tres años.

Si el hecho se ha cometido por culpa, la pena será de reclusión hasta diez años en el caso previsto en el párrafo primero, y de reclusión hasta un año en el caso previsto en el segundo párrafo.

## **CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE PORTUGAL**

### **Libro I. De los Delitos y las Penas**

#### *Título II. Disposiciones especiales*

#### *Capítulo Unico. Delitos esencialmente militares*

#### *Sección II. Espionaje, revelación de secretos y seducción*

*Artículo 64.* Aquél que por negligencia o inobservancia de algún precepto reglamentario, dejara sustraer, destruir o extraviar planos, escritos o documentos importantes que le estuvieren confiados en razón de sus funciones será condenado con prisión militar.

#### *Sección VII. Delitos contra el honor y el deber militares*

*Artículo 112.* El jefe que, declarada la guerra o decretada situación equivalente, no toma las medidas preventivas o no siguiera oportunamente las medidas indispensables para las operaciones, será condenado a prisión mayor de ocho a doce años si de su negligencia resulta la pérdida del puerto, cuartel, navío, aeronave, zona o territorio bajo su responsabilidad.

*Artículo 117.* El comandante de fuerza o navío suelto que por negligencia cause la pérdida o apresamiento de uno o más navíos bajo sus órdenes será condenado:

a) Con prisión mayor de ocho a doce años, en tiempo de guerra y en zona de operaciones.

b) Con presidio militar de 6 a 8 años en tiempo de guerra, pero fuera de la zona de operaciones.

c) Con presidio militar de cuatro a seis años en tiempo de paz.

*Artículo 118.* El oficial comandante de guardia que, por negligencia, cause la pérdida o el apresamiento de un navío, será condenado:

a) A presidio militar de 6 a 8 años, en tiempo de guerra y en zona de operaciones.

b) A presidio militar de 4 a 6 años, en tiempo de guerra pero fuera de la zona de operaciones.

c) A presidio militar de 2 a 4 años, en tiempo de paz.

*Artículo 127.* 1. El militar que facilitare la fuga a un preso...

2. Si la fuga se realizara sin que el militar encargado de la guarda o vigilancia del preso la facilite, será dicho militar condenado a prisión militar, salvo caso fortuito o de fuerza mayor que excluya toda imputación de negligencia.

3. Cesa el procedimiento judicial o la pena impuesta en el número anterior desde que el preso fugado se presente o sea capturado.

*Artículo 129.* El militar que, sin intención de traicionar, pero por negligencia, ponga en peligro, por cualquier acción u omisión, en todo o en parte, la seguridad de las fuerzas, cuartel, base, navío, aeronave, puente fortificado o cualquier establecimiento del Estado, o facilite al enemigo medios u ocasión de agresión o defensa, será condenado a presidio militar de dos a cuatro años.

*Artículo 134.* El jefe que, por negligencia, se deje sorprender por el enemigo o fuera causa de incendio, varada o de averías considerables en el navío, aeronave, arsenal o establecimiento del Estado, será condenado a presidio militar de dos a cuatro años.

### *Sección VIII. Deserción*

*Artículo 148, 2.* En los casos de mera culpa, la deserción será castigada con la pena de prisión militar. (Deserción de sargentos).

*Artículo 152, 2.* En los casos de mera culpa, la deserción será castigada con prisión militar. (Deserción de oficial).

### *Sección XI. Delitos contra los bienes militares y la seguridad de las Fuerzas Armadas*

*Artículo 168.* Aquél que, integrado en el servicio de las Fuerzas Armadas, cause o no evite incendio en navío, aeronave, vehículo automóvil, arsenal, almacén o establecimiento del Estado, será condenado:

a) A presidio militar de 6 meses a 2 años, en tiempo de guerra y zona de operaciones.

b) A prisión militar en los demás casos.



## CODIGO PENAL MILITAR DE SUIZA

### Libro I: Derecho Penal Militar

#### *Primera Parte. Disposiciones Generales*

#### *Capítulo II. Condiciones de la Represión*

#### *Artículo 15. Culpabilidad, intención y negligencia*

1. Salvo disposición contraria y expresa de la ley, sólo puede ser penado aquél que comete intencionadamente un crimen o delito.

2. Comete intencionadamente un crimen o delito aquél que lo realiza con conciencia y voluntad.

3. Comete crimen o delito por negligencia, quien por una imprudencia culpable lo ejecuta sin darse cuenta, o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La inadvertencia es culpable cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal.

#### *Artículo 16. Error de hecho*

1. Aquél que haya obrado bajo la influencia de una apreciación errónea de los hechos, será juzgado con arreglo a esta apreciación, si ello le favorece.

2. El delincuente que podía haber evitado el error tomando las precauciones debidas, es penable por negligencia, si la ley reprime su acto como delito de imprudencia.

#### *Décima Parte. De los diversos Crímenes y Delitos*

#### *Capítulo III. Incumplimiento de deberes del Servicio*

#### *Artículo 73. Abuso y dilapidación de material*

1. El que utilice abusivamente, enajene, ponga en pignoración, haga desaparecer o abandone, intencionalmente o por negligencia, dañe o deje deteriorar o echar a perder, las armas, las municiones o el material de suministros, las caballerías, los vehículos u otros vehículos, a él confiados o entregados con motivo del servicio, y aquél que utilice abusivamente estas cosas que le son asequibles, será penado con prisión, de no serle aplicable otra disposición penal.

2. La infracción será castigada disciplinariamente si es de escasa gravedad.

3. En caso de guerra el juez podrá imponer reclusión.

*Artículo 76. Crímenes o delitos de guardia*

1. Aquél que intencionalmente o por negligencia, se coloque en situación de no cumplir los deberes que le impone el servicio de guardia, aquél que sin autorización haya abandonado su puesto de guardia, o haya de otra manera contravenido las prescripciones del servicio de guardia, será castigado con prisión.

2. La infracción será castigada disciplinariamente si es de poca gravedad.

3. En tiempo de guerra el juez podrá imponer reclusión. Podrá imponer la pena de muerte, o la de reclusión perpetua si la infracción ha sido cometida intencionalmente ante el enemigo.

*Capítulo V. Infracciones contra la defensa Nacional y contra la potencia defensiva del país*

*Artículo 87. Traición militar*

1. Aquél que intencionadamente, y cuando las tropas estaban dispuestas para el servicio activo, haya entorpecido o comprometido las operaciones del ejército suizo por una acción directa, especialmente el que haya deteriorado o destruido los medios de comunicación o de información del ejército, o las instalaciones o los efectos que sirvan al ejército o el que haya obstaculizado o perturbado los establecimientos utilizados por el ejército, será castigado con reclusión no inferior a 3 años.

2. Aquél que intencionalmente, y cuando la tropa está dispuesta para el servicio activo, haya indirectamente entorpecido o comprometido las operaciones del ejército suizo, especialmente aquél que haya alterado el orden público, o impedido o perturbado los establecimientos necesarios a la población o a la administración militar, será castigado con reclusión, o prisión no inferior a seis meses.

3. En los casos graves el juez podrá imponer reclusión perpetua, o en tiempo de guerra pena de muerte.

4. La pena será de prisión si el delincuente ha obrado por negligencia.

*Artículo 89. Propagación de falsas informaciones*

1. El que intencionalmente, y cuando las tropas están dispuestas para el servicio activo, haya entorpecido o comprometido las operaciones del ejército suizo propagando falsas informaciones será castigado con reclusión, o prisión no inferior a diez meses.

2. La pena será de prisión si el delincuente ha obrado por negligencia.

*Artículo 97. Violación de obligaciones contractuales*

1. Aquél que, intencionalmente, y cuando las tropas están dispuestas

para un servicio activo, no haya realizado las prestaciones contractuales para el ejército o no las haya ejecutado conforme al contrato será castigado con pena de reclusión de 5 años o más, o con prisión.

La pena será de prisión si el incumplimiento fuera debido a negligencia.

2. Los subcontratistas, agentes de comercio o empleados incurrirán en las mismas penas si por su falta no se cumplió el contrato.

*Artículo 103. Falsificación de órdenes de movilización o instrucciones*

1. El que intencionalmente haya contrahecho, falsificado, destruido o hecho desaparecer una orden de presentarse al reclutamiento, una orden de movilización, de marcha o una instrucción dirigida a los ciudadanos sujetos al servicio militar.

El que haya hecho uso de una orden o de una instrucción contrahecha o falsificada.

Será castigado con reclusión o prisión.

2. La pena será de prisión o multa si el delincuente obró por negligencia.

*Artículo 106. Violación de secretos militares*

1. El que, intencionalmente, y sin tener derecho, haya obtenido objetos considerados secretos en interés de la defensa nacional, haya reproducido tales objetos, o los haya revelado, será castigado con reclusión hasta cinco años, o prisión.

2. En tiempo de guerra la pena será de reclusión.

3. Si el delincuente obró por negligencia la pena será de prisión o multa.

*Artículo 107. Desobediencia a las medidas tomadas por autoridades militares o civiles*

Aquél que intencionadamente o por negligencia haya contravenido las ordenanzas publicadas o las órdenes generales que el Consejo Federal, un Gobierno Cantonal u otra Autoridad Civil o Militar competente haya promulgado para la salvaguardia de los intereses militares o de la neutralidad, o en el ejercicio de sus poderes de policía.

Aquél que haya contravenido intencionalmente las órdenes especiales o los avisos dados para la salvaguardia de los intereses militares, por una autoridad militar, un militar o una autoridad civil.

Será castigado, si ninguna otra disposición penal es aplicable, con pena de prisión o multa, o en supuestos de poca gravedad disciplinariamente.

*Capítulo VII. Crímenes o delitos contra la vida y la integridad corporal*

*Artículo 120. Homicidio por negligencia*

El que por negligencia cause la muerte de una persona será castigado con pena de prisión o de multa.

*Artículo 124. Lesión corporal por negligencia*

1. Aquél que por negligencia haya causado un daño a la integridad corporal o a la salud de una persona, será castigado con prisión o multa. La infracción podrá castigarse disciplinariamente si el hecho es de poca gravedad.

2. La pena será de prisión si la lesión es grave. El juez podrá acumular la multa a la prisión.

*Capítulo XIII. Crímenes o delitos creadores de peligro colectivo*

*Artículo 160. Incendio intencionado*

...

*Artículo 160 bis. Incendio por negligencia*

1. El que por negligencia haya causado un incendio produciendo perjuicio para otros, o haya creado un peligro colectivo será castigado con prisión.

2. La infracción será castigada disciplinariamente si el hecho es de poca gravedad.

3. La pena será de prisión si, por negligencia, el delincuente ha puesto en peligro la vida o la integridad física de las personas.

*Artículo 161. Explosión*

1. El que, intencionalmente haya causado una explosión de gas, gasolina...

2. La pena será de prisión si la explosión ha sido causada por negligencia. La infracción será castigada disciplinariamente si es de poca gravedad.

*Artículo 162. Empleo con ánimo delictivo de explosivos o gases tóxicos*

...

*Artículo 163. Empleo sin ánimo delictivo o por negligencia*

1. Los que, ya sea voluntariamente, pero sin ánimo delictivo, ya sea por negligencia, hayan expuesto a un peligro la vida o la integridad física de

las personas o las propiedades ajenas, por medio de explosivos o de gases tóxicos, serán castigados con 5 años de prisión o más.

2. En los casos de poca gravedad el juez podrá sancionar el hecho con multa.

*Artículo 165. Inundación, hundimiento*

1. El que voluntariamente haya causado una inundación, hundimiento o derrumbamiento de una construcción...

2. La pena será de prisión si el delincuente obró por negligencia. La infracción será castigada disciplinariamente si el hecho es de poca gravedad.

*Artículo 166. Daños a instalaciones eléctricas, trabajos hidráulicos y obras de protección*

1. El que voluntariamente destruya o dañe instalaciones eléctricas...

2. La pena será de prisión si el delincuente obró por negligencia. La infracción se castigará disciplinariamente si es de poca gravedad.

*Artículo 167. Propagación de enfermedades del hombre*

1. El que voluntariamente haya propagado una enfermedad humana, peligrosa y transmisible...

2. La pena será de prisión si el delincuente obró por imprudencia. La infracción será castigada disciplinariamente si es de poca gravedad.

*Artículo 168. Propagación de epizootia*

1. El que voluntariamente propague una epidemia entre los animales domésticos...

2. La pena será de prisión si el delincuente obró por negligencia. La infracción se castigará disciplinariamente si es de poca gravedad.

*Artículo 169. Contaminación de agua potable*

1. El que voluntariamente haya contaminado por medio de sustancias nocivas para la salud el agua potable utilizada por personas o animales domésticos...

2. La pena será de prisión si el delincuente obró por negligencia. Si la infracción fuera de poca gravedad se corregirá disciplinariamente.

*Artículo 169 bis. Entorpecer la circulación pública*

1. El que, voluntariamente, haya obstaculizado, perturbado o puesto en peligro la circulación pública, particularmente la circulación sobre la vía pública, por agua o en el aire...

2. La pena será de prisión si el delincuente obró por negligencia. La infracción será castigada disciplinariamente si es de poca gravedad.

*Artículo 170. Entorpecimiento del servicio ferroviario*

1. El que, voluntariamente, haya obstaculizado, perturbado o puesto en peligro el servicio de ferrocarriles...

2. La pena será de prisión si el delincuente obró por negligencia y por ella puso en serio peligro la vida o la integridad física de las personas, o las propiedades ajenas. La infracción será castigada disciplinariamente si es de poca gravedad.

*Artículo 171. Entorpecimiento de los servicios de interés general*

1. El que, voluntariamente, haya obstaculizado, perturbado o puesto en peligro la explotación de una empresa pública de transportes, o de comunicaciones, especialmente de ferrocarriles, de postes de telégrafo o teléfono.

El que voluntariamente, haya obstaculizado, perturbado o puesto en peligro la explotación de un establecimiento o de una instalación que se utilice para distribuir al público agua, la luz, la energía o el calor.

Será castigado con reclusión por cinco años o más o con prisión.

2. La pena será de prisión si el delincuente obró por negligencia. La infracción será castigada disciplinariamente si es de poca gravedad.

**Libro X. Disposiciones relativas a las faltas de disciplina**

*Artículo 181. Culpabilidad*

1. Sólo es punible aquél que obró de forma culpable.

2. En caso de poca gravedad los crímenes y delitos cometidos por negligencia no pueden ser castigados disciplinariamente, si esa misma infracción no está castigada más que como infracción intencional.

**CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE ARGENTINA**

*Tratado III. Penalidad*

**Libro II. Infracciones Militares en Particular**

*Título V. Infracciones contra el servicio*

### *Capítulo V. Negligencia*

*Artículo 737.* Será reprimido con prisión mayor, el militar que por negligencia u omisión en el cumplimiento de sus deberes, cause perjuicio o trastornos graves en las operaciones de guerra.

*Artículo 738.* El militar a quien se encomendara la formación de planes o proyectos de construcción de buques, aeronaves, máquinas de guerra, u otras obras, que por negligencia consignare en ellos errores que, independientemente del perjuicio en la obra misma, puedan llegar a producirlo de otro orden para el Estado, será reprimido con suspensión de empleo, destitución o prisión, según la gravedad del hecho.

*Artículo 739.* Si el militar encargado de escoltar un convoy, se hubiere separado de éste, en todo o en parte, por efecto de su negligencia, será reprimido, en tiempo de guerra con prisión mayor, y en tiempo de paz, con prisión menor o sanción disciplinaria.

*Artículo 740.* El comandante en jefe o el superior con mando independiente que pierda una acción de guerra por impericia o negligencia, será destituido en el primer caso, y condenado a reclusión o a prisión mayor, en el segundo.

### *Título VII. Infidelidad en el servicio*

*Artículo 774.* El militar a quién, en tiempo de paz, se comisionare para transmitir una orden o despacho cualquiera y lo hubiere abierto o perdido por no haberlo guardado cuidadosamente o si no lo entregare a la persona a quien iba dirigido, será reprimido con prisión.

*Artículo 778.* Será reprimido con sanción disciplinaria o prisión, el militar encargado de la construcción de obras militares, que se aparte de los planos o instrucciones a que debe sujetarse, perjudicando las condiciones de la obra o haciéndola más gravosa al Estado.

*Artículo 779.* En el caso en que la infracción a que se refiere el artículo anterior, procediera de impericia o negligencia, se aplicará sanción disciplinaria o prisión menor hasta un año.

*Artículo 780.* Los funcionarios o auxiliares de la justicia militar, así como toda autoridad militar, que extraviaren intencionalmente un sumario o actuaciones judiciales, serán reprimidos con prisión. Si ello se debiera a culpa o negligencia, con sanción disciplinaria.

### *Título VIII. Infracciones especiales de la marina y de la aeronáutica*

*Artículo 785, 1.º* Se impondrá, en tiempo de guerra, siempre que de los hechos no resulte un delito más grave.

1.º Prisión menor al que destinado a la guardia de máquinas, aparatos de aeronavegación en general, cuidado de fuego o instrumentos destinados a la seguridad militar o náutica, descuida sus tareas resultando perjuicio por esta causa.

*Artículo 789.* El oficial encargado de la derrota o navegador, o el piloto de un buque o aeronave de las fuerzas armadas o de un convoy, que mediante alguna operación, consejo o informe, de cualquier modo indujere en error al capitán o comandante, en perjuicio del servicio, será reprimido con prisión mayor.

En igual pena incurrirán los operadores de telecomunicaciones que indujeren en el error previsto en el párrafo anterior.

Si los hechos se produjeren por culpa, la pena será de prisión menor.

*Artículo 792.* Todo militar de la marina o de la aeronáutica que deliberadamente, pierda un buque o aeronave de las fuerzas armadas será condenado a reclusión por tiempo indeterminado. Si el hecho se produjere en tiempo de guerra, la pena será de degradación y muerte.

Cuando la pérdida tuviere lugar por impericia o negligencia, la pena será de prisión.

Se consideran buques o aeronaves perdidos los que están inutilizados, en forma absoluta, para prestar cualquiera de los servicios a que pudieron ser destinados.

*Artículo 793.* El militar que destruyera o perdiera embarcaciones menores, del servicio de la armada, será reprimido con destitución y prisión hasta cinco años.

Si el hecho se produjere por impericia o negligencia, la sanción será de suspensión de empleo, por dos a cuatro meses, o confinamiento hasta un año.

*Artículo 794.* El militar que causare deliberadamente a un buque de la armada o a una aeronave militar, averías de que no resultare pérdida, será reprimido, en tiempo de paz, con prisión menor y destitución, y en tiempo de guerra, con prisión mayor o reclusión.

Si las averías tuvieran lugar por impericia o negligencia, la sanción será de suspensión de empleo o remoción de clase, en el primer caso, y de prisión menor o destitución, en el segundo.

Si las averías se produjeren por abordaje y el abordado fuere buque o aeronave mercante, la sanción será de suspensión de mando, si el culpable fuere oficial; y de arresto o confinamiento u otra sanción disciplinaria, si fuere suboficial, clase o tropa.

#### *Título IX. Infracciones cometidas por personal civil de buques o aeronaves mercantes*

*Artículo 812.* Será reprimido con inhabilitación absoluta perpetua y prisión, o reclusión por tiempo indeterminado, el comandante o piloto de nave o aeronave mercante, que formando parte de un convoy bajo escolta o dirección militares, ocasionare la pérdida, encalladura o avería de su nave.

Cuando los hechos previstos en el párrafo precedente se ocasionaren por culpa, la pena será de prisión.

Si se hubiese separado, sin causa justificada, del convoy de que hacía parte, se le impondrá prisión.



Si ha desobedecido órdenes o señales del comandante del convoy, será reprimido con prisión menor hasta un año.

*Artículo 817.* Será reprimido con prisión hasta seis años, el jefe de navegación, oficial de derrota, piloto o baqueano de un buque o aeronave civil, que formando parte de un convoy bajo escolta o dirección militar, mediante alguna operación, consejo o informe, de cualquier modo en error al comandante militar, en perjuicio del servicio.

Si los hechos se produjeran por culpa, la pena será de prisión hasta dos años.

## *Título XI. Delitos contra la propiedad*

### *Capítulo III. Daño, incendio y otros estragos*

*Artículo 827.* El militar que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare documentos, bienes muebles o inmuebles del Estado que tengan relación o estén afectados a la defensa del país o al servicio de las fuerzas armadas, será reprimido con prisión, o reclusión hasta quince años.

*Artículo 828.* Si los hechos a que se refiere el artículo precedente fueren cometidos mediante incendio, explosión, inundación, hundimiento o cualquier otro medio capaz de causar estrago, la pena será de reclusión por tiempo determinado; si como consecuencia del hecho resultare el fallecimiento de alguna persona, la pena será de reclusión por tiempo indeterminado o muerte.

*Artículo 829.* Si los hechos a que se refieren los dos artículos precedentes hubieren comprometido la preparación o la capacidad bélica de la Nación, la pena será de reclusión por tiempo indeterminado y degradación, o muerte y degradación.

*Artículo 830.* Si los hechos a que se refiere este capítulo, se produjeran por culpa, se impondrá sanción disciplinaria o prisión menor, en el caso del artículo 827 y prisión mayor, en los casos de los artículos 828 y 829.

## *Título XIII. Omisiones, defraudaciones y malversaciones en la administración militar*

### *Capítulo I. Omisiones*

*Artículo 839.* El militar, a quien corresponda proveer a las tropas de los elementos de guerra y abastecimientos necesarios, y que intencionalmente o por negligencia, no lo hiciera, o lo hiciera pasada la oportunidad en que debió haberlo hecho, será reprimido:

1.º Con muerte o reclusión, si el hecho tuviere lugar en tiempo de guerra y fuere la causa única o principal de la derrota, capitulación o entrega de las fuerzas militares.

2.º Con prisión y destitución, cuando el hecho se produjere en

tiempo de guerra, y no se tratare de los casos a que se refiere el inciso anterior.

*Artículo 840.* En tiempo de paz, el militar que incurriere en las omisiones previstas en el artículo anterior, será reprimido con prisión menor y destitución, si la omisión fuere intencional; y con destitución u otra sanción disciplinaria, si la misma se debiere a su culpa o negligencia.

*Artículo 841.* El militar, en el ramo de subsistencia o de sanidad, que incurriere en negligencia grave que perjudicara el servicio o la salud de las tropas o del ganado, así como todo jefe que teniendo noticia de esa negligencia dañosa para las tropas, ganado, o servicios a sus órdenes, no la subsanare de inmediato, o no denunciare el hecho a la autoridad que pudiere subsanarlo, será reprimido con prisión menor o destitución.

Si a la negligencia se uniere el propósito de realizar un beneficio ilícito, se impondrá prisión mayor.

*Artículo 842.* Al que, por negligencia, dejare que se deterioren las provisiones o el material de guerra puesto a su cuidado, se le impondrá prisión menor, sin perjuicio del cargo, por el daño resultante.

Si el perjuicio sufrido por el Estado, fuera de mínima importancia, de acuerdo con las normas que establezcan los reglamentos, se le impondrá sanción disciplinaria, sin perjuicio del cargo correspondiente.

## *Capítulo II. Defraudación Militar.*

*Artículo 847.* Será reprimido con prisión menor y destitución, o sanción disciplinaria, el militar que, por imprudencia o negligencia, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, diere ocasión a que se efectuare, por otra persona, la substracción de caudales o efectos de que se trata en el presente capítulo.

## *Título XV. Evasión de presos y de prisioneros*

*Artículo 866.* Si la fuga de presos o de prisioneros de guerra, tuviere lugar por negligencia del personal militar encargado de su vigilancia, custodia o conducción, se impondrá destitución u otra sanción disciplinaria, en el primer caso, y prisión menor, en el último.

# CODIGO PENAL MILITAR DE BRASIL

## *Libro I. Generalidades*

### *Título II. De los Delitos y de la Responsabilidad Penal*

*Artículo 23.* El delito es:

## LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

I. Doloso cuando el autor quiso el resultado o asumió el riesgo de producirlo.

II. Culposo cuando el autor causa el resultado por imprudencia, negligencia o impericia.

*Artículo 24.* Salvo en los casos previstos por la ley, nadie puede ser castigado por un hecho previsto como delito, sino cuando lo realice dolosamente.

*Artículo 26.* Está exento de pena quien comete un delito por error en cuanto al hecho que ha realizado, o cuando por error plenamente justificado por las circunstancias, creyó estar en una situación que, si existiere, convertiría la acción en legítima.

1. No estará exento de pena cuando el error sea debido a culpa, y el hecho esté castigado como delito culposo.

2. Responde del delito el tercero que cause el error.

*Artículo 32.*

El que excede culposamente los límites de la legítima defensa responde por el hecho, si este es punible como delito culposo.

*Artículo 68.* Fuera de los casos del artículo anterior, cuando por ignorancia o error no exculpante, sobrevenga un resultado diferente del pretendido, el agente responde por culpa, si el hecho está previsto como delito culposo.

### *Libro II. De los Delitos en Particular*

#### *1.ª Parte. De los Delitos Militares en Tiempo de Paz*

##### *Título I. De los Delitos contra la Seguridad Exterior del País*

*Artículo 125.* Revelar documentos, noticias o información de naturaleza militar que, no afectando a la seguridad exterior del Estado, deben permanecer secretos:

Pena: Reclusión de tres a ocho años.

1. Si el hecho se comete con fin de espionaje militar:

Pena: Reclusión de seis a doce años.

2. Si el hecho compromete la preparación o eficacia bélica del país:

Pena: Reclusión de diez a veinte años.

3. Si la revelación es culposa:

Pena: detención de seis meses a dos años en el caso del artículo, con reclusión de uno a cuatro años en los casos de los parágrafos 1 y 2.

##### *Título II. De los delitos contra la autoridad y la subordinación militar*

###### *Capítulo VII. De la resistencia y de la retirada o fuga de presos*

*Artículo 156.* Dejar, por culpa, huir a persona legalmente presa, confiada a su guarda o conducción.  
Pena: detención de 3 meses a 1 año.

*Título III. Delitos contra el servicio militar y el deber militar*

*Capítulo III. Del abandono de puesto y de otros delitos en el servicio*

*Artículo 172.* Dejar el militar de desempeñar la misión que le fue confiada.

Pena: detención de uno a dos años, si el hecho no constituye delito más grave.

1. ...

2. ...

3. Si la abstención es culposa:

Pena: detención de 6 meses a 1 año.

*Artículo 175.* Dejar el comandante de emplear todos los medios a su alcance para evitar la pérdida, destrucción o inutilización de instalaciones militares, navio, aeronave o ingenio de guerra moto-mecanizado en peligro:

Pena: reclusión de 3 a 9 años.

Parágrafo único: Si la abstención es culposa;

Pena: detención de 1 a 2 años.

*Artículo 176.* Dejar el comandante, en ocasión de incendio, naufragio, varada, colisión u otro peligro semejante, de tomar todas las medidas adecuadas para salvar a sus subordinados y aminorar las consecuencias materiales del siniestro, no siendo el último en desembarcar o en dejar la aeronave o cuartel bajo su mando:

Pena: reclusión de 3 a 6 años.

Parágrafo único: si la abstención es culposa:

Pena: detención de 1 a 2 años.

*Título IV. De los delitos contra las personas*

*Capítulo I. Delitos contra la vida*

*Artículo 181.* Matar a alguien:

Pena: reclusión de 6 a 20 años.

1. ...

2. ...

3. Si el homicidio es culposo:

Pena: de 1 a 3 años.

4. En el homicidio culposo la pena se aumenta en un tercio, si el delito es consecuencia de inobservancia de regla técnica, de profesión, arte u oficio, o el agente deja de prestar inmediato socorro a la víctima, no procura disminuir las consecuencias de su acto, o huye para evitar su descubrimiento.

*Capítulo II. De las lesiones corporales*

**Artículo 182.** Atacar la integridad corporal o la salud de otro:

**Pena:** detención de 3 meses a 1 año.

1. ...
2. ...
3. ...
4. ...

5. Si la lesión es culposa:

**Pena:** detención de 6 meses a 1 año.

6. En el caso de lesión culposa se aumenta la pena en un tercio si ocurre cualquiera de las hipótesis del párrafo 4 del artículo anterior.

*Título VI. Delitos contra el patrimonio*

*Capítulo V. Del daño*

**Artículo 212.** Causar la pérdida, destrucción, inutilización, varada, colisión o hundimiento de navío de guerra o navío mercante en servicio militar o causarle avería.

**Pena:** reclusión de 2 a 10 años.

1. ...
2. Si el delito es culposo la pena es de detención de dos meses a un año... Si resultare lesión corporal o muerte, se aplica también la pena prevista para el delito culposo contra las personas.

*Título VII. De los delitos de peligro general*

**Artículo 216.** Causar incendio en lugar sujeto a la administración militar, poniendo en peligro la vida, la integridad física o el patrimonio de otro.

**Pena:** reclusión de cuatro a ocho años.

1. ...
2. Si es culposo el incendio.

**Pena:** detención de 6 meses a 2 años.

**Artículo 217.** Poner en peligro la vida, la integridad o el patrimonio de otros, en lugar sujeto a administración militar, mediante explosión, lanzamiento o simple colocación de ingenio de dinamita o de sustancia de efectos análogos.

**Pena:** reclusión de 4 a 8 años.

1. ...
2. ...
3. En caso de culpa, si la explosión es de dinamita o de sustancia de efectos análogos, la pena es de detención de 6 meses a 2 años; en los demás casos, es de detención de 3 meses a 1 año.

**Artículo 218.** Poner en peligro la vida, la integridad física o el

patrimonio de otros, en lugar sujeto a administración militar, usando de gas tóxico o asfixiante:

Pena: reclusión de 2 a 6 años.

Parágrafo único: si el delito es culposo.

Pena: detención de 6 meses a 2 años.

*Artículo 219.* Causar inundación, en lugar sujeto a administración militar, poniendo en peligro la vida, la integridad física o el patrimonio de otros.

Pena: reclusión de 4 a 8 años en el caso de dolo; detención de 6 meses a 2 años en caso de culpa.

*Artículo 221.* Causar derrumbamiento o desmoronamiento, en lugar sujeto a administración militar, poniendo en peligro la vida, la integridad física o el patrimonio de otro.

Pena: reclusión de 2 a 5 años.

Si el delito es culposo.

Pena: detención de 6 meses a 2 años.

*Artículo 223.* Practicar cualquiera de los hechos previstos en este capítulo, poniendo en peligro, aunque en lugar no sujeto a administración militar, navio, aeronave, material, instalación o ingenio de guerra moto-mecanizado, así como en construcciones o fábricas destinadas a las fuerzas armadas, o instalaciones especialmente al servicio de ellas:

Pena: reclusión de 2 a 6 años.

Si el delito es culposo.

Pena: detención de 6 meses a 2 años.

#### *Capítulo V. De la prevaricación y de la falta de exactitud en el deber funcional*

*Artículo 227.* Dejar, por desidia, negligencia o tolerancia en el ejercicio de la función, de observar ley, reglamento o instrucción, dando lugar directamente a la realización de un acto del que resulte daño para la administración militar.

Pena: suspensión de 3 a 6 meses.

*Artículo 239.* Dejar, en ejercicio de sus funciones, por culpa, de incluir cualquier nombre en relación o lista a efectos de alistamiento, o de llamamiento militar.

Pena: suspensión de 3 meses a 1 año.

La segunda parte del Libro II, se dedica a los delitos cometidos en tiempo de guerra, con remisión constante al articulado de la primera parte, pero agravando, en general, las penas.

## **CODIGO DE LA JUSTICIA MILITAR DE CHILE**

### *Libro III. De la Penalidad*

*Titulo II. De la traición, del espionaje y demás delitos contra la soberanía y seguridad exterior del Estado*

*Artículo 257.* El que sin tener calidad para tomar conocimiento de los planos, mapas, documentos o escritos a que se refieren los artículos anteriores, se los proporcionare; y el que por negligencia o inobservancia de las leyes o reglamentos diere lugar a la sustracción, divulgación o destrucción de los mismos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

*Titulo VI. Delitos contra los deberes y el honor militares*

*Parágrafo 1. Delitos en el servicio*

*Artículo 289.* Incurrirá en la pena de reclusión militar mayor en su grado medio a reclusión militar perpetua, el jefe o comandante de una plaza, fuerte o puesto militar cualquiera que, estando en peligro de ser atacado por el enemigo, no adoptare las medidas preventivas necesarias o no reclamare los auxilios o recursos que fueren precisos para la defensa, si de su negligencia resultare la pérdida de la plaza, fuerte o puesto que le estaba confiado.

*Artículo 299, 2.º.* El que por negligencia inexcusable diere lugar a la evasión de prisioneros, o a la de presos o detenidos cuya custodia o conducción le estuviere confiada.

*Titulo VIII. Delitos contra los intereses del Ejército*

*Artículo 347.* El que, estando encargado en tiempo de guerra de suministrar a las tropas víveres, municiones u otros efectos, deje maliciosamente de hacerlo, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

Si sólo hubiere descuido o negligencia en el proveedor, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Si se hubiera seguido en perjuicio grave para el Ejército o parte de él, la pena podrá ser elevada hasta la de muerte.

*Artículo 350.* Sufrirá la pena de presidio perpetuo a muerte el que incendiare o destruyere por medio de mina, bomba u otro explosivo, un cuartel, fortaleza, parque, arsenal, maestranza o fábrica de las Instituciones Armadas.

Si se tratare de otros edificios u obras militares, la pena será de presidio perpetuo.

*Artículo 351.* El que destruyere o inutilizare, por otros medios que los que se indican en el artículo anterior, los edificios u obras que se mencionan en el mismo, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

La pena se elevará hasta la muerte, si a consecuencia del siniestro

resulta la muerte o lesiones graves de persona cuya presencia allí se pudo preveer.

*Artículo 352.* Cuando los hechos contemplados en los dos artículos anteriores ocurran por imprudencia o negligencia, o por omisión en la observancia de los reglamentos militares, la pena será de reclusión militar menor en sus grados medio a máximo.

#### *LIBRO IV. Otras disposiciones*

##### *Título I. De los delitos especiales relativos a la Marina de Guerra*

*Artículo 386.* El comandante que por negligencia u omisión de sus deberes, ocasionare incendio, abordaje, varada, choque o avería grave al buque de su mando, será castigado con la pena de reclusión militar menor en cualquiera de sus grados o con la de destitución, o con ambas a la vez, si el hecho ocurre en tiempo de guerra, y con la pena de separación del servicio si ocurre en tiempo de paz.

*Artículo 387.* Cualquiera otro individuo de la Armada, que por su negligencia ocasionare algunos de los hechos indicados en el artículo anterior, será castigado con presidio o reclusión militar menor en su grado mínimo a medio, si el hecho ocurre en tiempo de guerra, y con la separación y suspensión de su empleo militar, si ocurre en tiempo de paz.

*Artículo 391.* El comandante de un buque o de una porción cualquiera de las fuerzas navales de la República, culpable de haberse separado con su buque o fuerza de su mando de la escuadra o división a que pertenezca y todo individuo de la Armada que hubiere dado causa a tal separación, será castigado en el caso de haber obrado maliciosamente:

1.º Con la pena de presidio militar perpetuo a muerte si el hecho ha tenido lugar a la vista del enemigo, y con reclusión militar mayor en su grado máximo a muerte si ha tenido lugar al frente de rebeldes o sediciosos.

2.º Con reclusión militar mayor en su grado medio a máximo si el hecho se ha realizado en tiempo de guerra, sin estar a la vista del enemigo, y en su grado mínimo a medio en caso de conmoción interior, sin encontrarse al frente de rebeldes o sediciosos.

En caso de que la separación haya sido el resultado de la negligencia, el culpable será castigado con reclusión militar menor en su grado medio a máximo.

*Artículo 392.* Todo Oficial que encargado en tiempo de guerra o en campaña de la escolta o conducción de un convoy, lo abandonare maliciosamente, sufrirá la pena de presidio militar mayor en su grado medio a muerte, y si a causa del abandono naufragare alguno de los buques o fuere atacado y destruido o apresado por fuerzas enemigas; y con la pena de reclusión militar menor en cualquiera de sus grados en los demás casos.

El Oficial que en tiempo de guerra se separe por negligencia u omisión de sus deberes de todo o parte de los buques, cuya escolta o convoy le estuviere encargada, será castigado, en caso de concurrir la circunstancia de naufragio y demás antes indicadas, con las penas de reclusión militar menor



en cualquiera de sus grados o destitución, o con ambas a la vez; y con las de separación del servicio o suspensión de su empleo militar en los demás casos.

Si estos hechos ocurrieren en tiempo de paz, se rebajará la pena en uno, dos o tres grados, según las circunstancias.

## **CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR DE COLOMBIA**

### *Libro II*

#### *Título I. Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado*

##### *Capítulo II. Traición a la Patria*

*Artículo 95.* Si los secretos, planos, dibujos o documentos de que trata este artículo fueren revelados *por culpa* de quienes los conocían por razón de sus funciones oficiales, los responsables incurrirán en presidio de seis meses a dos años y en multa de trescientos a dos mil pesos. (100, 566, 589, C.P. 121).

#### *Título VI. Delitos contra la administración*

##### *Capítulo VII. De la fuga de presos*

*Artículo 187.* El militar o el civil al servicio de las Fuerzas Armadas que, estando encargado de la vigilancia, custodia o conducción de una persona detenida o presa por cuenta de la Justicia Penal Militar o de la Justicia Penal Ordinaria, procure o facilite su fuga, será sancionado con prisión de uno a tres años e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Si la fuga se verificase por culpa del militar o del civil al servicio de las Fuerzas Armadas, la sanción será de arresto de seis meses a dos años.

#### *Título VII. Delitos contra la vida y la integridad personal*

##### *Capítulo II. Del homicidio*

*Artículo 200.* El militar que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo ocasione la muerte a otra persona, por culpa, será sancionado con prisión de uno a cuatro años. (14, 259; C.P. 12, 370).

##### *Capítulo III. De las lesiones personales*

*Artículo 210.* El que por culpa cause alguna de las lesiones previstas en este Capítulo, quedará sometido a las sanciones respectivas, disminuidas de las tres cuartas partes a la mitad, y en lugar de prisión se aplicará el arresto, y del presidio la prisión. (14, 47, 50, 52, 529. C.P. 12. 380).

*Título X. Delitos contra los bienes del Estado*

*Capítulo II. Del Peculado*

*Artículo 234.* El militar o civil al servicio de las Fuerzas Armadas que, por culpa, diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos del Estado al servicio de las Fuerzas Armadas, que tuviera bajo su custodia o administración, será sancionado con arresto de tres meses a un año y quedará obligado al reintegro de lo extraviado o perdido.

Para los civiles, se impondrá, además, multa de doscientos a mil pesos. (14, 47, 50, 52; C.P. 12, 154).

*Título XI. Delitos contra la seguridad de las Fuerzas Armadas*

*Capítulo V. Violación de secretos*

*Artículo 253.* El que por culpa de lugar a la divulgación de los actos, órdenes, consignas o documentos a que se refiere el artículo anterior, será sancionado con arresto de seis meses a dos años (12).

*Título XIII. De los delitos especiales relativos a la Armada y a la Fuerza Aérea*

*Artículo 269.* El oficial encargado de la derrota o navegador o el piloto de un buque, o tripulante de una aeronave de las Fuerzas Armadas o de un convoy o el operador de telecomunicaciones que intencionalmente indujere en error al Comandante, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Si los hechos se produjeran por culpa, la pena será de uno a cuatro años de arresto. (14, C.P. 12).

*Artículo 270.* El que prestando servicios de práctico, navegante o piloto de un buque o aeronave de las Fuerzas Armadas o de un convoy, o el operador de telecomunicaciones, en tiempo de guerra, indicare intencionalmente una dirección distinta de la que convenga seguir con arreglo a las instrucciones del comandante, perjudicando de algún modo la expedición o será sancionado con presidio de ocho a quince años.

Si no resultare perjuicio, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

Si los hechos se produjeran por culpa, la pena será de uno a cuatro años de prisión. (14, C.P. 12).

## LOS DELITOS DE IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

**Artículo 273.** El que dolosamente pierda un buque o aeronave de las Fuerzas Armadas, será sancionado con presidio de seis a doce años.

Si el hecho se produjere en tiempo de guerra, la pena será de ocho a quince años de presidio, sin perjuicio de la acumulación jurídica de los demás delitos que se cometan.

Cuando la pérdida se ocasione por culpa, la pena será de dos a cinco años de arresto.

**Artículo 274.** El que dolosamente causare a un buque de la Armada o a una aeronave militar graves averías de las que no resultare su pérdida, será sancionado, en tiempo de paz, con prisión de dos a seis años y en tiempo de guerra, con presidio de dos a ocho años.

### *Título XV. Otros delitos militares*

**Artículo 290.** El que ponga en libertad a un prisionero de guerra, sin facultad o autorización o facilite la evasión, será sancionado con prisión de uno a cinco años.

Si la evasión se realizare por culpa de los encargados de su custodia o conducción la pena se reduce a la mitad. (185 ss.).

**Artículo 292.** El militar que intencionadamente no apertreche en debida forma tropas a su mando para acciones militares, estará sujeto a prisión de uno a cinco años.

Si a consecuencia del hecho anterior resultare perjuicio para las Armas de la República, la pena será de dos a cinco años de prisión.

Si el hecho se realiza por culpa, la pena disminuye hasta la mitad. (14; C.P. 12).

**Artículo 294.** El que estando encargado de suministrar a las Fuerzas Armadas víveres, municiones u otros elementos para su servicio deje de hacerlo intencionadamente, estará sujeto a prisión de uno a cuatro años.

Si sólo hubiera culpa en el proveedor, la pena será de tres a doce meses de arresto. (14, 47, 50; C.P. 12).

## CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE MEJICO

### *Libro II. De los delitos, faltas, delincuentes y penas*

#### *Título Preliminar*

**Artículo 99.** Todo delito del orden militar produce responsabilidad criminal, esto es, sujeta a una pena al que lo comete aunque sólo haya obrado con imprudencia y no con dañada intención.

#### *Título I. De los delitos y de los responsables*

## Capítulo I. Clasificación de los delitos

*Artículo 101.* Los delitos del orden militar pueden ser:

- I. Intencionales.
- II. No intencionales o de imprudencia.

Es intencional el que se comete con el ánimo de causar daño o de violar la ley.

Es de imprudencia el que se comete por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, y que causa igual daño que un delito intencional.

*Artículo 102.* La presunción de que un delito es intencional no quedará destruida, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general la intención de causar daño.

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si este fuese la consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, o si el inculcado previó o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley, cualquiera que fuese el resultado.

III. Que ignoraba la ley.

IV. Que creía que esta era injusta o moralmente lícito violarla.

V. Que creía legítimo el fin que se propuso.

VI. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito.

VII. Que obró con consentimiento del ofendido salvo el caso en el que el perdón o el consentimiento extinguen la acción penal.

*Artículo 103.* Para que la imprudencia sea punible, se necesita que se consume, y no sea tan leve que, si fuera delito intencional, sólo se castigaria con prisión de un mes.

## *Título III. Aplicaciones de las penas, substitución, reducción y conmutación de ellas*

### *Capítulo III. Aplicación de penas a los delitos de imprudencia*

*Artículo 157.* Los delitos de imprudencia, cuando este Código no señale pena determinada, se castigarán:

I. Con tres años de prisión cuando el delito, de ser intencional, tuviere señalada la pena de muerte.

II. Con un año de prisión si el delito, de ser intencional, estuviere penado con la destitución del empleo.

III. Con una tercera parte del tiempo de suspensión de empleo o comisión que estuviere fijado para el delito, de ser intencional.

IV. En cualquier otro caso con prisión de dieciséis días a dos años al arbitrio del juez, quien tomará en cuenta para la fijación de la pena, la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño causado; si bastaba para esto una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en

algún arte o ciencia; si los acusados han delinquido anteriormente en circunstancias semejantes, y si tuvieron tiempo para obrar con la reflexión y el cuidado necesarios.

Tratándose de exceso en la defensa, tomará en consideración además, el grado de agitación y sobresalto, del agredido, la hora y lugar de la agresión, la edad, la constitución física y demás circunstancias corporales del agresor y del agredido, el número de atacantes y defensores y las armas empleadas en el ataque y en la defensa.

En ningún caso la pena que se imponga excederá de las tres cuartas partes de la que correspondería si el hecho fuera intencional.

### *Título XI. Delitos contra el deber y decoro militares*

#### *Capítulo I. Infracción de deberes comunes a todos los que están obligados a servir al Ejército*

*Artículo 338.* El que revele un asunto que se le hubiere confiado como del servicio, y que por su propia naturaleza o por circunstancias especiales deba tener el carácter de reservado, o sobre el cual se le tuviera prevenido reserva, o que encargado de llevar una orden por escrito u otra comunicación recomendadas especialmente a su vigilancia, las extravíe por *no haber cuidado escrupulosamente de ellas*, o no las entregue a la persona a quien fueren dirigidas o no intentase destruirlas de cualquier modo y a cualquier costa cuando estuviese en peligro de caer prisionero o ser sorprendido, será castigado:

I. Si se hubiera cometido en tiempo de paz, con la pena de dos años de prisión; en caso de revelación de asuntos militares y en el de extravío o falta de entrega de una orden o comunicación con la de tres meses de prisión.

#### *Capítulo III. Infracción de deberes especiales de marinos*

*Artículo 366.* El marino que por *negligencia* diere lugar a que sean conocidas la seña o contraseña o las señales secretas de reconocimiento será castigado:

I. En campaña de guerra u ocasionándose perjuicio, con la pena de siete años de prisión.

II. En cualquier otro caso, con la pena de suspensión de empleo o comisión por un año, siendo oficial y no siéndolo, con la de seis meses de prisión.

*Artículo 367.* Será castigado con la pena de siete años de prisión:

El marino que pierda el buque que estuviere a su cargo, por no tomar las medidas preventivas o no pedir oportunamente los recursos necesarios constándole el peligro de ser atacado.

#### *Capítulo IV. Infracción de los deberes de prisioneros, evasión de estos o de presos o detenidos y auxilio a unos y a otros para su fuga*

*Artículo 390.* Cuando la evasión se efectuare por negligencia de los custodios, se aplicará la mitad de las penas mencionadas, si fueren privativas de la libertad, y la de diez años si fuere la de muerte; pero si por las gestiones de alguno de los responsables se lograre la reaprehensión del prófugo antes de tres meses contados desde que hubiere efectuado la evasión, las penas dichas se podrán reducir a la cuarta parte imponiéndose cinco años de prisión si fuera la de muerte.

*Artículo 394.* Si la evasión de los detenidos o presos se efectuara por negligencia de los responsables mencionados en el artículo 396, estos serán castigados con la mitad de la pena que, conforme a las disposiciones relativas a este Capítulo se les deberían imponer si hubieren auxiliado la fuga; pero si merced a las gestiones de uno o alguno de ellos, se lograrse reaprehender a los prófugos antes de tres meses contados desde que se hubiere efectuado la evasión, él o los que hubieren hecho esas gestiones, sólo sufrirán la cuarta parte de la citada pena, sin que en caso alguno, pueda ser menor de diez y seis días de prisión.

*Artículo 396.* Siempre que se evadan uno o más prisioneros, presos o detenidos, se hará efectiva la responsabilidad del que mandare la escolta o fuerza encargada directamente de la custodia del o de los que se hubieren ayudado, sin perjuicio de exigirla también a todos los demás individuos de esa misma escolta o fuerza, que con sus actos u omisiones apareciere que hubieren favorecido la evasión.

## **CODIGO PENAL MILITAR DE URUGUAY**

### *Libro I. Parte General*

#### *Capítulo II. De la culpabilidad*

Las penas de la culpa son sólo aplicables a las modalidades que admiten la forma culpable.

*Artículo 13.* Cuando el Código reprime la culpa y se trata de un delito que reconoce modalidades dolosas y culpables, la disposición sólo se aplica a aquellas figuras que, por su naturaleza, resultan compatibles con la esencia de aquella.

Las personas extrañas al Ejército y la Marina no responden de la culpa en tales casos, salvo que se tratara de deberes que éstas se hallaren individualmente obligadas a cumplir.

#### *Parte especial. De los delitos*

#### *Capítulo III. De los delitos que afectan la regularidad del servicio militar*

##### *De la deserción simple de las clases e individuos de tropa*

**Artículo 48.** Comete deserción simple:

1.º El individuo de tropa que habiendo tenido licencia, no se presente en el término de 144 horas, a partir de la lectura de la lista en que se patentiza su inasistencia.

2.º El individuo de tropa que fuera hallado a más de 20 kilómetros del lugar de su destacamento, o en una distancia menor, pero en este último caso, vestido de paisano, pasadas 72 horas, del vencimiento de la licencia, a partir de la lectura de la lista en que se patentiza su inasistencia.

3.º El individuo de tropa que fuese hallado disfrazado u oculto a bordo de embarcaciones, ferrocarriles, vehículos, momentos antes de que las fuerzas a que perteneciera, deberían emprender la marcha, o sin que mediara esta circunstancia, pero en condiciones tales que su presencia en ese lugar, sólo pudiera explicarse por el propósito de huir.

4.º El individuo de tropa que hallándose privado de su libertad, se evadiera sin violencia real ni personal.

*De la deserción simple de los oficiales*

**Artículo 49.** Comete deserción simple:

1.º El Oficial que hallándose con licencia, no asuma el servicio, dentro de los 15 días de vencido el término de aquella.

2.º El Oficial que hallándose en servicio, no se encontrara en su puesto, vencidas las 48 horas, a partir del término que se le acordó para ello.

3.º El Oficial que hallándose en disponibilidad y habiendo sido emplazado, dejara vencer, sin presentarse, el término del emplazamiento.

4.º El Oficial que habiendo caído prisionero, recobrada su libertad y dejara transcurrir 30 días sin presentarse, a partir del vencimiento del término que se requiere, racionalmente, para obtener la incorporación.

5.º El Oficial que sin causa justificada, hallándose frente al enemigo, ultrapasase las líneas señaladas para la acción militar.

6.º El Oficial que hallándose privado de su libertad, se evadiese, sin violencia real o personal.

*Delitos de irregularidad en el servicio culpables*

**Artículo 50.** La ejecución de alguno de los delitos previstos en los artículos 48 y 49 por simple culpa, será castigado con prisión de tres a diez y ocho meses.

**Capítulo IV.** *De los delitos que afectan la fuerza material del Ejército y la Marina (Fuerza Aérea)*

*Ataques a la fuerza material*

**Artículo 51.** Atacan a la fuerza material del Ejército y la Marina

(Fuerza Aérea) los militares, los equiparados y aún las personas extrañas, en su caso, que delincan de alguna de las siguientes maneras:

1.º Renunciando al comando en circunstancias en que la renuncia dañe la acción militar y ésta se lleve a cabo en tiempo de guerra o en situación de peligro, por un Jefe, sea del Ejército o escuadra (Fuerza Aérea) de una plaza, de un puerto, de una unidad militar, de un buque de guerra o de un aeroplano.

2.º Abandonando el comando en tiempo de guerra o en situación de peligro.

3.º Perdiendo deliberadamente acción de guerra, un puesto militar, un buque o un aeroplano, de acuerdo con el enemigo o sin inteligencia con él.

4.º Entragándose al enemigo o rindiéndole a éste, las fuerzas o elementos de que disponen las plazas que gobiernan, los territorios que ocupan y los buques o aeroplanos que comandan, cuando la capitulación fuese militarmente improcedente, o se llevara a cabo contrariando órdenes superiores.

5.º Iniciando una operación militar en contravención a las instrucciones recibidas, o sin facultades para ello, cuando la falta se cometiera por un militar al mando de fuerzas en tiempo de guerra.

6.º El militar al mando de fuerzas que pudiendo dañar al enemigo, no lo hiciera, aún sin orden expresa para ello, cuando por las circunstancias fuese evidente que mediante esa iniciativa, no compromete la unidad bajo sus órdenes, ni arriesga la suerte de otras unidades, ni estorba o contraría los planes generales del comando.

7.º Extendiendo la capitulación a plazas, lugares, fuerzas, elementos de guerra, buques, aeroplanos, que no dependieran del Jefe capitulante, o que, aún cuando dependieran, se hallaran en condiciones de sustraerse militarmente a la entrega.

8.º Dejando de prestar asistencia a fuerzas que la necesitaran, cuando se pudiese hacerlo, sin menoscabo de la acción militar.

9.º Absteniéndose de recabar asistencia cuando fuere necesario o conveniente, así como de tomar todas aquellas medidas que la situación militar aconseje, incluso la de destrucción de municiones de guerra, de boca, construcciones, caminos, naves aeroplanos, elementos de movilización y comunicación.

10.º Adhiriéndose a una capitulación convenida por otros cuando se dispusiera de medios adecuados de resistencia, salvo el caso de obediencia debida.

11.º Ocultándose del enemigo o retirándose de él, cuando el retiro o la ocultación no se hallaren militarmente impuestos por tales circunstancias.

12.º Apartándose de las instrucciones suministradas en la construcción y reforma de fuertes, apostaderos, arsenales, puertos, aeródromos, buques, vías de tránsito, de movilización y de comunicación, aeroplanos, cañones y demás material y elementos de guerra, o emprendiendo las obras por propia autoridad, sin facultades para ello.

13.º Dejando de proveer a las unidades, oportunamente, en tiempo



de guerra, de la munición de guerra, de boca, accesorios de movilización y comunicación y demás elementos de defensa, aún cuando la omisión no tuviera consecuencias.

14.º Abriendo indebidamente órdenes o despachos, perdiendo, suspendiendo o demorando la entrega en tiempo de guerra, cuando con ellos se comprometiere la seguridad del Ejército o la Marina (Fuerza Aérea).

15.º Omitiendo la destrucción, en tiempo de guerra de órdenes o despachos que corrieran el riesgo de caer en las manos del enemigo, cuando por tal omisión se comprometiere la seguridad del Ejército o la Marina (Fuerza Aérea).

16.º Abandonando municiones de guerra o de boca, pertrechos defensivos, elementos de movilización, barcos, materiales, aeroplanos o fuerzas militares, sin que el abandono se hallare impuesto por las circunstancias o no haciendo todo lo necesario para obtener su recuperación, su defensa o su salvataje, cualquiera fuese la causa del abandono y siempre que tales medidas resultasen militarmente factibles.

17.º Dañando el material de guerra y demás elementos a que se refiere el inciso precedente, en tiempo de guerra.

18.º Omitiendo el cuidado de los elementos bélicos o de movilización, ocultando su mal estado, particularmente de los barcos y aeroplanos, en tiempo de guerra, o iniciando en las mismas circunstancias, operaciones militares o simples desplazamientos, sin proveer a la reparación de tales elementos, cuando por esa omisión puedan resultar perjuicios para el Ejército o la Marina (Fuerza Aérea).

19.º Desacatando o sustrayéndose en tiempo de guerra a las órdenes del superior, o del servicio, de cualquier manera relativamente a la marcha, el derrotero, las arribadas, aterrizajes, los fondeaderos, los campamentos y la acción de los convoyes, y en general a las operaciones militares.

20.º Violando la disciplina en tiempo de guerra o en situación de peligro, mediante la ejecución de los delitos de desobediencia, irrespetuosidad, insubordinación, motín o sublevación (rebelión).

21.º Por la incitación a la fuga antes, durante o después del combate, o por la provocación del desorden, en los casos de incendio, bombardeo, tempestad, naufragio, abordaje y circunstancias análogas.

22.º Dejándose sorprender por el enemigo, sin haber tomado las medidas de vigilancia y seguridad indispensables, en defensa de la tropa y de sus elementos de combate y movilidad.

23.º Induciendo a error en tiempo de guerra, a los superiores, con actos de informaciones inexactas o mediante la alteración de las órdenes o la modificación de las señales.

24.º Encendiendo en tiempo de guerra, fuegos o luces o apagándolos sin autorización, contrariamente a las órdenes impartidas.

25.º Abandonando los oficiales a los individuos de tropa en los casos de derrota, bombardeo, naufragio, incendio, terremoto, explosión y en todas las demás circunstancias semejantes, en que la ofuscación que engendra el peligro se sobrepone a las fuerzas de la disciplina.

26.º Introduciendo en tiempo de guerra en los apostaderos, barcos, aeródromos, aeroplanos, astilleros, polvorines, arsenales, cuarteles, hánaga-

res y sitios análogos, sustancias explosivas o de otro modo peligrosas sin autorización, contrariamente a las órdenes impartidas.

27.º Dejando de cumplir alguna comisión o contraviniéndola de alguna manera en tiempo de guerra.

28.º Arriando o haciendo arriar la bandera sin facultades para ello o con facultades bastantes, pero sin que el acto se halle justificado por la circunstancia del combate.

29.º Por la deserción calificada.

30.º Por el espionaje.

*Artículo 52.* Cuando los delitos previstos en los incisos, 3.º, 8.º y 19.º del art. 51 fuesen cometidos por un Capitán, Oficial o Patrón de buque mercante, la pena en el primer caso será de doce meses de prisión a cinco años de penitenciaría, en el segundo y tercero de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.

#### *De la deserción cualificada*

*Artículo 53.* Se comete deserción cualificada, cuando la evasión se efectúa:

1.º Mediante el concierto de cuatro o de más militares.

2.º Con evasión mediando la violencia real o personal.

3.º Sustracción, destrucción u ocultación de municiones de guerra, de boca o elementos de movilización del Ejército o de la Marina (Fuerza Aérea).

4.º En tiempo de guerra cualesquiera fueren las circunstancias.

#### *Del espionaje*

*Artículo 54.* Se considera espionaje:

1.º El suministro por un militar o equiparado de datos de cualquier naturaleza que fueren, al enemigo o a una nación extranjera, capaz de perjudicar a la República o de favorecer al extranjero.

2.º La penetración insidiosa o clandestina en plaza, arsenal, astillero, estación naval, buque de guerra armado o desarmado, aeródromos y en general en cualquier puesto o establecimiento militar, salvo que se pudiera probar que ello no tenía por objeto documentar al enemigo ni perjudicar directa o indirectamente a la República.

3.º La reproducción gráfica, ilícita, con fines hostiles, de construcciones militares o de interés militar o elementos de guerra y de movilización, y la sustracción, copia o reproducción de planos, estudios, antecedentes y documentos en general de carácter secreto, o estrictamente confidenciales, relacionados con la defensa del país.

4.º El desempeño de comisiones dentro del territorio nacional por cuenta del enemigo, susceptibles de dañar a la República.

#### *De las excepciones al delito de espionaje*

**Artículo 55.** No comete delito de espionaje:

1.º El militar extranjero que en el acto de servicio ejecute los hechos calificados como tales, ostensiblemente usando su uniforme, o distintivo militar.

2.º El correo que transmita noticias al enemigo sin valerse del fraude, engaño o disfraz.

3.º El enemigo que efectúe operaciones de reconocimiento del Ejército o de la Marina (Fuerza Aérea), aún cuando cruce sus líneas o penetre en su campamento.

#### *Delitos contra la fuerza material culpables*

**Artículo 56.** El delito culpable se castiga con la tercera parte a la mitad de la pena señalada para el delito intencional.

No obstante lo dispuesto en el inciso segundo del art. 25, los jueces podrán, en casos excepcionales, imponer la pérdida del estado militar.

#### *Capítulo VI-bis. De los delitos de Lesa nación*

**Artículo 60. (I).** Será castigado con diez a treinta años de penitenciaría y de dos a diez años de inhabilitación absoluta:

1.º (Atentado contra la integridad del territorio nacional, a la independencia, a la unidad del Estado). El que ejecutare actos directos para someter al territorio nacional o a una parte de él, a la soberanía de un gobierno extranjero o con el fin de menoscabar la integridad o alterar la unidad del Estado.

2.º (Servicios militares o políticos prestados a un estado extranjero en guerra con el Uruguay). El que tomare las armas o prestare servicios de carácter militar o político a un estado extranjero en guerra con Uruguay o secundare sus planes con suministro de elementos bélicos o con dinero.

3.º (Revelación de secretos). El que revelare secretos políticos o militares, concernientes a la seguridad del Estado, o facilite su conocimiento.

4.º (Inteligencia con el extranjero con fines de guerra). El que mantuviere inteligencia con un gobierno extranjero, con el fin de lanzarlo a la guerra o a ejecutar actos de hostilidad contra la República, o cometerse otros hechos directamente encaminados al mismo fin.

5.º (Sabotaje de construcciones y pertrecho de guerra). El que, con connivencia con un gobierno extranjero o con el objeto de secundar sus planes destruyera o inutilizase naves, aeroplanos, puertos, vías férreas, fortalezas, arsenales o pertrechos de guerra destinados a la defensa del Estado.

6.º (Atentando contra la Constitución). El que, por actos directos, pretendiera cambiar la Constitución o la forma de gobierno por medios no admitidos por el derecho público interno.

**Artículo 60 (II).** Será castigado con seis a veinte años de penitenciaría y dos a ocho años de inhabilitación absoluta:

1.º (Actos capaces de exponer a la República al peligro de una guerra o de sufrir represalias). El que, sin autorización del Gobierno, levantara tropas contra un gobierno extranjero, o ejercitase otros actos susceptibles por su naturaleza de exponer a la República al peligro de una guerra o de sufrir represalias.

2.º (Infidelidad a un mandato político en asuntos de carácter nacional). El encargado por el Gobierno de la República de tratar asuntos del Estado con un gobierno extranjero que sustrajere al mandato en forma de comprometer sus intereses públicos.

3.º (Suministros de provisiones a un estado enemigo en tiempo de guerra). El que, fuera del caso previsto en el numeral segundo del artículo precedente suministrare, en tiempo de guerra, a un estado enemigo cualquier género de provisiones.

4.º (Comercio con el enemigo y participación en sus empréstitos). El que, en tiempo de guerra, comerciase con el estado enemigo o tomare participación en sus empréstitos.

5.º (Violación de tregua o armisticio). El que violare tregua o armisticio pactado entre la República y otra nación enemiga.

*Artículo 60 (III). Infracción culpable.*—El que cometiere, por mera culpa, alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores será castigado con dos a diez años de penitenciaría.

#### *Capítulo IV. Infracciones de las consignas*

*Artículo 326.* En tiempo de guerra, será castigado con pena de muerte todo comandante de formación, buque de la marina o aeronave militar, todo militar o todo individuo embarcado que, voluntariamente, no cumpla la misión que le haya sido encomendada, si dicha misión es relativa a operaciones de guerra.

Si la misión no se cumplió por negligencia o si el culpable se ha dejado sorprender por el enemigo, o a consecuencia de su negligencia, se separase de su jefe en presencia del enemigo, o ha sido la causa de apoderamiento por el enemigo del buque de la marina o de la aeronave militar puesta bajo sus órdenes, o a bordo de la cual se encuentra, será castigado con pena de prisión de 6 meses a 3 años, o si es oficial, con la destitución.

## **CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE ARGELIA**

### *Título II. Delitos Militares*

#### *Capítulo II. Delitos contra el honor y el deber*

##### *Sección IV. Destrucciones*

*Artículo 288.* Será castigado de seis meses a tres años de prisión todo

militar, todo piloto de un buque de la marina militar o de un navio de comercio convoyado, o todo individuo embarcado culpable de haber, por negligencia, ocasionado la destrucción, pérdida o la inutilización definitiva o temporal de un edificio, obra, barco de la marina, aeronave, aprovisionamientos, armamentos, material de cualquier instalación al servicio de las fuerzas armadas o destinadas a la defensa nacional. Si el culpable es oficial, será castigado con la máxima de estas penas.

Será castigado de uno a cinco años de prisión, o, si es oficial, con destitución, todo comandante de un buque de marina, o de una aeronave militar, culpable de haber ocasionado por negligencia la destrucción, pérdida, inutilización definitiva o temporal del buque de la marina o aeronave militar (la causación dolosa de estos resultados se recogen en los arts. 289, 290 y 291).

# CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS TOXICOMANIAS COMO FACTORES DE CRIMINALIDAD

Antonio MARTINEZ SANCHEZ  
Comandante Auditor

## I. INTRODUCCION AL TEMA

Considerada la toxicomanía —en sus dos vertientes, alcohol y droga— como un fenómeno social de la época, aunque no sólo de esta época (1), su importancia hace inútil cualquier intento de esquematizar en un trabajo como el presente ese problema social, que al ser vivido día a día, escapa a pronunciamientos definitivos.

La Organización Mundial de la Salud define, en términos generales, al toxicómano: como "todo sujeto que ingiere una sustancia con fines no terapéuticos y con la cual establece una dependencia psicológica o somática". Tal concepto tanto puede predicarse de quien se intoxica con alcohol, como del que lo hace con droga farmacológica, no obstante, en la terminología usual e incluso en la erudita, se suele usar la expresión toxicomanía como referida en exclusividad al consumo de drogas tóxicas, identificándola con consumo de drogas químicas y, en tal sentido, monopolizar para el drogadicto el término toxicómano caracterizado por el uso de "cualquier sustancia QUIMICA que altera el estado de ánimo, la percepción o el conocimiento, y de la que se abusa con aparente perjuicio para la sociedad", según expresión de Peter Laurie (2). Mas, consideradas las toxicomanías como factores de criminalidad, en el análisis criminológico que toda alteración de la psiquis del individuo produce en la génesis delincencial, preferimos el concepto amplio al que la Organización Mundial de la Salud se refiere, que al restringido últimamente aludido.

El alcohol es una droga, universalmente extendida y utilizada. "Convive" con el hombre de una manera tan íntima que se ha convertido en algo familiar, pero que contra lo que puedan sugerir las normas aceptadas y los

---

(1) La Biblia nos revela como Noé encontró bajo los efectos tóxicos del vino la embriaguez, y en el libro de los Proverbios se lee un acabado cuadro: los males del alcoholismo. Génesis Capítulo 9, versículos 20-21.

(2) Laurie Peter: "Las drogas". Alianza Editorial. Madrid. 1969. pág. 11.

intereses creados, no constituye en ningún momento un alimento natural y mucho menos necesario para la vida del hombre.

Los estudiosos del alcoholismo vienen esforzándose desde hace muchos años por hallar en el hombre la respuesta de su alcoholización, más abstracción hecha —y es mucho abstraer— de la acción toxicomanígena del alcohol; su posible heredabilidad; la influencia del medio como expresión de un ambiente familiar desestructurado; psicoanalíticas; homosexualidad latente; los factores socioculturales; etcétera, nos quedaría desnuda y asépticamente independizada la personalidad del presunto alcohólico. En términos generales se aceptan como características comunes de la personalidad prealcohólica, la inmadurez, el gregarismo, los índices de neuroticidad, las frustraciones, y en síntesis una tendencia a la ansiedad e inestabilidad. Para Alonso Fernández (3) "el hombre que más tarde puede ser afectado por la alcoholomanía se ve agobiado por las vivencias ominosas que emanan de la dualidad fenomenológica integrada por el sentimiento de soledad o de aislamiento y la desesperanza".

Pero, ¿quién es el alcohólico? Una de las definiciones más generalizadas y aceptadas, por lo expresiva, es la de que "alcohólico es toda persona que ha perdido la capacidad de abstenerse", pero esta descripción deja fuera al grupo de bebedores patológicos que por no haber perdido todavía el control, pueden abstenerse voluntariamente en determinadas circunstancias.

Carlos Castilla del Pino (4) define así al alcohólico "llamamos alcohólico a todo aquel que busca la provocación de un cambio de su situación a través de la toma del alcohol".

Para el profesor Bogani, el alcoholismo es una sociopatía, pues en todo tiempo el hombre ha aprendido a olvidarse de sus miserias recurriendo a los tóxicos y el alcohol, primero representado por las bebidas fermentadas y luego por las destiladas, significa solamente un caso particular de la búsqueda del paraíso artificial. Habría que añadir a esto que factores sociales, culturales y económicos adquieren gran importancia en la aparición, la continuación o el cese del fenómeno alcohólico, pues si bien es cierto que la conducta del alcohólico y sus consecuencias personales y sociales encierran un determinado grado de responsabilidad personal, no debe olvidarse que la sociedad es responsable cara al alcohólico.

En esa misma línea de interrelación individuo-sociedad, Jellique en 1960 define el alcoholismo como "todo uso de bebidas alcohólicas que origina algún perjuicio al individuo o a la sociedad, o a ambos". Más que una definición del alcohólico contiene la determinación de sus efectos, cual si de la secuela de una enfermedad se tratase. Porque realmente el alcohólico es un enfermo, pero un enfermo de connotaciones muy especiales pues, en opinión generalizada, el enfermo de alcoholismo empezó siendo primero bebedor, borracho luego y enfermo al fin. Pero no tiene siempre

(3) "La personalidad del alcohólico". Alonso Fernández. Revista Clínica Española, n.º 6. Marzo. 1963.

(4) "Problemas psicosociológicos del alcoholismo". Carlos Castilla del Pino. II Seminario del P.A.N.A.P., Octubre de 1968.

porque ser así, el bebedor inicial, el moderado, no ha de considerarse forzosamente como un pre-alcohólico. El hábito universal de beber es totalmente explicable, viene facilitado en gran modo por un ritual social tolerante, e incluso incitador. Lo común del alcohólico es que llegue a serlo tras una etapa de bebedor moderado, pero el tránsito no obedece siempre y únicamente a la inicial moderada ingestión de bebidas alcohólicas. Ya el 12 de marzo de 1934, una Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo hacía la distinción entre ebriedad habitual y el alcoholismo crónico, en los siguientes términos: la primera es una persistencia en el vicio, fuertemente enraizada en la vida individual y continuamente practicado; el alcoholismo crónico es una enfermedad general de manifestaciones varias —desde el simple agotamiento del organismo hasta las más graves alteraciones psicofísicas—, que puede ser objeto de la embriaguez habitual y coexistir con ella, pero que también puede haberse adquirido por ingestión del alcohol en cantidades y condiciones tales que no hayan producido crisis alguna de ebriedad.

Puede, pues, haber una intoxicación etílica aguda, pero episódica, que no deje en el individuo más huella que cualquiera otra intoxicación, y un alcoholismo crónico, que constituye una enfermedad. Pero durante muchos años las posturas moralistas han identificado ambas, quizás porque veían más los resultantes de la conducta anómala del individuo que las causas que lo conformaban, pues estas, eran siempre atribuidas al hecho reprochable de beber. El término "borracho" era, y aún en ciertos círculos sigue siéndolo, atribuido con juicio de desvalor y peyorativo a todo individuo en estado de embriaguez, sin entender que la postura que debe adoptarse frente al alcohólico implica un cúmulo de matizaciones terapéuticas, que normalmente, no precisa la embriaguez ocasional.

La embriaguez en sus distintas fases (5) es un vicio social, no sólo admitido y tolerado, sino fomentado, pues cuando al individuo-masa, destinatario de los recursos de la técnica, se le imbuye la idea de beber a través de todos los medios de comunicación, no se puede dejar de pensar que la tan traída y llevada sociedad de consumo ha encontrado en el alcohol una lucrativa droga legal. Si, no toda embriaguez es una alcoholización, no es menos cierto que todo embriagado es un alcohólico en potencia. Los factores determinantes pueden ser muchos, pero la posibilidad existe siempre, el hábito de beber es el medio degenerativo idóneo hacia el alcoholismo.

Conviene deslindar entre embriaguez (turbación pasajera —a veces grave— de las potencias, dimanada de haber tomado con exceso bebidas alcohólicas), y el alcoholismo que, en definición del Diccionario de la Lengua Española (6) consiste en "abuso de bebidas alcohólicas. Enfermedad ocasionada por tal abuso, que puede ser aguda, como la embriaguez, o crónica; esta última produce trastornos graves y suele transmitir por herencia otras enfermedades, especialmente en el sistema nervioso". A la

---

(5) Jiménez de Asua en "Adiciones", pág. 669, describe magníficamente las fases de la embriaguez: período de excitación; de embriaguez semiplena; embriaguez completa o plena; y embriaguez letárgica.

(6) Decimonovena edición, 1970.



primera, es decir a la embriaguez, es a la que repetidamente hace referencia la Ley Española, pues como afirma el profesor Rodríguez Devesa (7) la atenuante del art. 9 del Código Penal, que es el primer pasaje en que el Código menciona la embriaguez... no es comprensiva del "delirium tremens", episodio del alcoholismo crónico (8).

Sin embargo, esta diferenciación, en absoluto carente de autenticidad, tiene mayor importancia en el ámbito de la psiquiatría que en el campo del Derecho. Para el médico "el alcoholismo no es un vicio sino una enfermedad" (9), para el jurista el alcoholismo es una causa de efectos jurídico-penales, lo mismo que la embriaguez. "Y no sólo el alcoholismo crónico, sino también la simple embriaguez tiene una considerable influencia criminógena..." "dice Cuello Calón (10), lo que no impide que siga utilizando indistintamente ambos términos".

No es momento de entrar en la significación penal de la embriaguez y del alcoholismo, sino de dejar sentado que bajo la genérica denominación de alcoholismo comprendemos todos aquellos actos, con efectos jurídicos —penales, provenientes de la ingestión de bebidas alcohólicas, por ello es válido hablar de la incidencia penal del alcoholismo como factor criminógeno, porque no nos circunscribimos sólo al alcohólico como enfermo, (como enfermo mental en todo caso).

El drogadicto es el individuo que toma droga y entendido el individuo como una masa química, precisamente porque todos los procesos mentales y emocionales tienen una base química (11), la droga viene a constituir el reactivo perturbador y descontrolante de la armonía humana. Mas, aunque sólo sea a título anecdótico, recordemos que no es el hombre el único ser de la creación que se auto-intoxica, también ciertos seres irracionales lo hacen, a veces con fines terapéuticos pues que algunas especies conocen y buscan, cuando las necesitan, sus drogas curativas, pero a veces también como vicio toxicómano. Las enumeraciones de los estudiosos de la materia está repleta de comprobados ejemplos (12), y el hombre, rey de la creación, en tantos

(7) Derecho Penal Español, parte general, 1979, págs. 663-664.

(8) Codón y López Saiz en su obra "Psiquiatría Jurídica Penal y Civil", 1969, tomo I, pág. 416. describe el delirium tremens como "un episodio agudo o subagudo que sobreviene en el curso de un alcoholismo crónico con agitación psicomotriz, intensas alucinaciones y delirio onírico, acompañadas de gran intranquilidad y desasosiego, sudoración, insomnio, sugestibilidad y, en ocasiones, de crisis convulsivas".

(9) José M.ª López Piñero en el prólogo de la obra de Emilio Bogani Miquel "El alcoholismo enfermedad social", Pulso Editorial, 1971, pág. 7.

(10) Eugenio Cuello Calón: "Derecho Penal", tomo I, volumen 2.º, pág. 521.

(11) Ropp, Robert S.: "Las drogas y la mente". Compañía Editorial Continental. Méjico, 1960. Pág. 16.

(12) Nathan S. Kline en el prólogo de la obra de Ropp citada, trae el caso de los gatos neuróticos de Masserman, que se emborrachaban como cualquier vicioso humano.

Jean Susini en "Secretos de la droga". Librería Hachette, 1964, refiere que los caballos, bueyes y cerdos que han consumido astrálogo —que crece en ciertas regiones U.S.A.— que altera su comportamiento, rechazan luego cualquier otra hierba.

Jean Luc Bellanger: "La chasse andragón". Edition Mondiales, Paris, 1961, cuenta la verdadera toxicomania de algunas hormigas que mantienen ciertos parásitos con el único fin de chupar o libar sus excrementos para embriagarse, y pone en boca de Víctor A. Recko, la descripción de que en el norte de México crece un determinado número de plantas —hierbas locas— que producen en los animales excitación y dependencia como si de un morfinómano o cocainómano se tratara. Cita la planta "chachaquilla", el chamal y el garbancillo, cuyo abuso —buscado por el ganado— supone una verdadera toxicomania y les conduce a menudo hasta la muerte.

órdenes superior a los animales, no ha sabido en este campo específico de las drogas ser diferente pero, racional, ha superado desgraciadamente con ventaja a los animales, llegando a límites insospechados, pues no sólo lo ha convertido en vicio, sino además en negocio, eso sí, ilegal a diferencia del alcohol, pero negocio de una envergadura y con unos trasfondos realmente repulsivos.

Cada día aumenta el número de personas que se drogan, porque es una epidemia muy difícil de erradicar. Sustancias que producen adicción las ha habido siempre, como el alcohol, pero hoy, en el mundo y desgraciadamente y muy especial en España, en muchos sectores se ha convertido en un uso social, con la enorme diferencia de que así como al alcoholismo crónico se le puede apreciar un período de incubación de diez años por término medio, a la drogadicción se llega en un brevísimo tiempo, a veces y según la clase de droga, una dosis produce reacciones desfavorables aún al cabo de semanas sin nuevo consumo, tal y como los doctores Levin, Smat y Batam, y R. F. Alexander dicen de la droga denominada LSD (13). Ciertamente que es quizá la más fuerte y de mayores efectos alucinógenos, pero no menos cierto que su consumo se extiende en progresión directa en función del caudal para su adquisición y de la ilusión de "nuevas sensaciones".

Resulta difícil una aproximación a la droga sin hacer una ligera incursión en su mundo de producción y catalogación. Una primera clasificación es la de droga blanda —droga dura, clasificación nada episódica, sino trascendental y de base real, aunque el verdadero problema que tal dicotomía plantea es el debatido, contrapuesto e inconcluso, de si el abuso de las primeras desemboca en el uso de las segundas como fases normales en la andadura del toxicómano. Es esta una cuestión que sólo podemos dejar apuntada, pues el número y calidad de criterios que se mantienen no permiten un pronunciamiento en términos absolutos, sin embargo, voces procedentes del campo policial (14), legal (15), y médico (16), hacen una llamada de atención al notable y progresivo incremento que del tráfico y consumo de drogas blandas se aprecia hacia las llamadas duras. No obstante hay una persistente corriente que por complacencia o snobismo, hacen la apología de las drogas, o al menos de ciertas drogas, así, Tomás de Quincey, Colridge, Edgar Poe, Baudelaire, Teófilo Gautier, Aldous Huxley, Leary, Alpert y muy recientemente Peter Laurie (en su libro ya citado) minimiza los efectos de las drogas en varios pasajes de su obra.

Tanto en Inglaterra como en USA se ha desatado una furiosa campaña en pro de la legalización y el comercio y consumo de la "hierba" alegando que no es más dañina que el alcohol, criterio nada fiable que viene

---

(13) Naciones Unidas: B. Stupefiantes. abril-junio, 1968, pág. 56; octubre-diciembre, 1968, pág. 9 y enero-marzo, 1969, pág. 53.

(14) Febrero de 1980, Florentino G. Mesa, Jefe de la Brigada Central de Estupefiantes: "No rotundo a la clasificación droga blanda-droga dura: cuanto mayor sea la disponibilidad mayor será el tráfico y consumo".

(15) Fiscalía del Tribunal Supremo de 1979, pág. 76, denuncia el tránsito de una a otra clase de droga.

(16) Doctor José Ramón Bronet, Subdirector del Centro Asistencial de la Cruz Roja... un notable descenso en la edad de iniciación de tóxicos y un aumento hacia los opiáceos.

desautorizado por un informe de la O.M.S. de 1965, que concluye que el consumo de cannabis predispone a reacciones antisociales y produce ansiedad y agresividad; excluye la actividad constructiva; y precipita episodios psicóticos y desequilibra las funciones sociales del individuo. La Sociedad Médica del Condado de Nueva York señaló que el uso habitual de hachis se asocia definitivamente con la criminalidad, la violencia y la insania; para la conducción de vehículos de motor es mucho más peligroso que el del alcohol, pues éste daña antes la coordinación motora, mientras que los THC falsean radicalmente los conceptos de tiempo y espacio; Chopra encontró que la repetición de la dosis desarrolla un anhelo de la droga que aumenta gradualmente el uso con incremento de la tolerancia.

Cualquier postura defensiva del libre uso de ciertas drogas, al socaire de sean cuales fueren las razones que se arguyan, no pueden menos de ser sospechosas de intereses nunca justificados bajo cualquier óptica de mínima moral de grupo. Y si es la libertad como derecho el que se argumenta, no hay mayor mal uso de tan sublime palabra. Su pretendida invocación lleva en sí la más grande de las contradicciones: la dependencia.

Según el Convenio Unico de las Naciones Unidas, de 1961, "la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña una peligrosidad social para la humanidad".

El origen de las toxicomanías habrá que buscarlo en muchas y muy variadas causas: la personalidad del alcohólico o del drogadicto; sus taras o anomalías; el proselitismo; el ánimo de lucro; las conveniencias políticas; los inductores; el concepto material y edonista de la vida; la crisis de autoridad en el seno de la familia y de la sociedad; el abandono prematuro del hogar o de la compañía de los padres por los adolescentes... etc.

Imposible hacer el análisis de estos posibles factores. Trasciende el tema que sería inacabable, pero supuesto que el individuo es primero él y su problema, pero que él y su problema no viven aislados, su problema y su yo también guardan relación con su núcleo familiar y social, unas veces porque, de alguna manera, propician el problema y otras porque siempre acaban compartiéndolo.

El niño crece y en su desarrollo debe superar los mil obstáculos que se interponen en su camino. Debe aclimatarse, adaptarse, plegarse a una realidad social hecha y para la cual no ha sido consultado. El joven igualmente ingresa en la comunidad humana con una carga revolucionaria, hecha disconformidad y agresión. El hombre no puede lograr una auténtica promoción personal sin esfuerzo, superación, victoria, en fin sin la agresividad como forma concreta de realización humana (17). El no lograr un cómodo en cualquiera de esas posibles escalas de valores pueden producir una frustración que degenera en debilidad; en víctima.

La toxicomanía, en su estado de intoxicación periódica o crónica, es nociva para el individuo y para la sociedad. Sus características son: A) un

---

(17) Marañón identifica agresividad con "indocilidad, dureza y fuerza, tenacidad" y llega a afirmar que "la agresividad y la rebeldía deben ser consustanciales con la vida del joven, so pena de hacerse indigno de su partida de bautismo". Gregorio Marañón. Ensayos liberales. Espasa Calpe. Madrid, 1966, pág. 80.

deseo invencible o necesidad de continuar consumiendo la droga y de procurársela por todos los medios; B) tendencia a aumentar la dosis; C) dependencia psíquica y a veces física respecto a los efectos de la droga, sea ésta natural o sintética.

Existen pues puntos comunes entre el problema de la droga y el del alcoholismo, pero también hay diferencias importantes, he aquí algunos: (18).

## DROGAS

## ALCOHOL

### *Consumo*

Limitado a aplicaciones terapéuticas. Legislación antitráfico. Consumo clandestino. Siempre tóxico.

Autorizado e incluso fomentado. El 90 ó 95 % de los bebedores no son enfermos. Personalidad normal en un 50 % y anormal en el otro 50 %.

### *Vías de administración*

Múltiples

Oral

### *Dependencia*

Se establece rápidamente y se hace pronto imperiosa.

Se establece lentamente (mínimo de 5 a 10 años).

### *Dosis*

Aumento progresivo

Estabilización más o menos larga y disminución en la fase de intolerancia.

El empezar por establecer esas diferencias, obedece a que en la razón de ser de cada una subyacen connotaciones válidas respecto al comportamiento asocial del individuo. Vaya por delante la imagen de uno y otro: los drogadictos se hallan lejos de todo humanismo, la droga les convierte en seres inadaptados, inmaduros e inestables, aún viviendo en grupo. El bebedor es sociable, suele ser expansivo, y desde luego no se aísla, sino que sigue viviendo en su medio laboral, familiar y social, salvo el alcohólico que requiere un tratamiento clínico, cuyas vicisitudes no son distintas de las de cualquier otro enfermo.

Hemos visto que el consumo de la droga es clandestino, luego ya el adicto se automargina para satisfacerse, sabe que vive fuera de órbita, a partir de aquí su conducta vendrá siempre condicionada por la incómoda situación de no tener más comunicación de su vivencia, que la compartida con otros marginados. Ya se intuye a sí mismo como culpable de algo. El bebedor, por el contrario, que aún siéndolo mucho siempre se autojustificará, carece de sentimiento de culpabilidad. Puede hasta alardear de ser buen

(18) Bogani Miguel, obra citada pág. 34 y 35.

bebedor, por supuesto, más aún de ser buen catador y, naturalmente, presumir de su bodega. Sabe que su embriaguez encuentra comprensión en un alto porcentaje.

Este es un apunte de dos personalidades distintas. Distintas en su ser consciente y, necesariamente, distintas también en sus manifestaciones. Los efectos degenerativos del alcohol presentan casi siempre un cuadro constante que está tanto en función de la personalidad del bebedor, como del grado de intoxicación: trastornos de humor; de carácter; irritabilidad; agresividad; pérdida del control del yo, son consecuencias que conlleva la embriaguez y que, junto con la debilidad de la voluntad conduce a la delincuencia, unas veces querida y dictada por la imaginación del ebrio y otras no evitada por abandono. Por el contrario, los efectos de la drogadicción no tienen tanto entre sí de común. Por supuesto se da en todos ellos, en mayor o menor medida, la adición, y, como consecuencia de ella, ser el factor desencadenante de posibles conductas delictivas, pero luego cada tipo fármaco de sustancia tiene efectos específicos (19) de índole psicológica, tanto para su personalidad íntima como en su manifestación al exterior. Supuesto que la droga altera la psiquis del individuo, sus reacciones antisociales estarán en función de la naturaleza que tal alteración haya producido, pero su comportamiento tampoco será igual y el mismo en todos los individuos afectados por la misma causa —identidad de tóxico promotor—, por cuanto, como dice Castilla del Pino “ni el trastorno psíquico, ni cualquiera otra manifestación del comportamiento humano, pueden imaginarse que han de ser satisfactoriamente interpretados en una conexión directa entre condiciones objetivas y rendimiento final” (20). Hoy día, hablar de la droga como causa de trastornos psíquicos, es poco, como poco es decir que el alcohol es causa del alcoholismo. El fenómeno de las toxicomanías está ahí, no hay que explicarlo, pero sí su potencialidad conducente a toda forma de conducta divergente.

Podemos, pues, llegar a las siguientes conclusiones:

A) Alcohólico y drogadicto son dos personalidades psíquicas y psicociológicas distintas entre sí y respecto al mundo circundante.

B) En el alcohólico se puede hallar una cierta homogeneidad de comportamientos, no así en el drogadicto.

C) Como factor desencadenante de conductas delictivas, el alcohol actúa en el estado de embriaguez del individuo, la droga en el estado carencial de producto. Su peligrosidad aumenta en relación con la “espera desesperanzada” de conseguirlo.

D) La droga crea siempre “dependencia” (con efectos distintos según sea su naturaleza), el alcohol puede no crearla, basta con la ansiedad.

E) Los efectos físicos que la droga produce le desaparecen mentalmente al drogadicto en estado tóxico, los del alcohol, no.

En el apartado D) queda apuntado que la dependencia que la habitualidad de la droga crea en el individuo, produce efectos distintos

(19) Algunos aspectos psicológicos de las toxicomanías, doctor Manuel Díaz-Mor García, Curso Monográfico sobre drogas nocivas. Dirección General de la Guardia Civil, diciembre de 1969, pág. 112.

(20) Carlos Castilla del Pino, prólogo a la obra de Francisco Javier Yuste citada, pág. 8.

sobre su psíquis, según sea la naturaleza del tóxico. Habrá siempre un punto común, la necesidad de conseguirlo, pero posiblemente también una gradación en la violencia y desprecio al cuerpo social que el individuo haya de desplegar para satisfacerse. Por ahí quizá si pudiera ir encaminada aquella clasificación entre droga blanda y droga dura a la que aludimos, aunque no nos atenemos sólo a ella para analizar sus distintos efectos:

A) El cáñamo índico, del que en la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, hay registradas unas 209 variedades, es una droga suave, levemente alucinógena, que no produce toxicomanía (en esta característica se basan los defensores de su liberación), ni estado compulsivo (21) por síntomas de abstinencia física. Sin embargo, tiene fuertes efectos fisiológicos y psíquicos. Entre los primeros enumeramos, siguiendo a Valero de Bernabe (22), los siguientes: estado embriógeno similar al de fuerte embriaguez; abolición de los reflejos tenderosos, periósticos y corneales; cianosis; hipotensión; taquicardia; palpitaciones; temblores y rigidez. Sintomática es su mirada turbia con la pupila anormalmente dilatada. Aunque la intoxicación mortal es excepcional, como produce fuerte somnolencia, crea respiración muy superficial, y puede llegar a producir la muerte por parálisis respiratoria.

Más importante son sus efectos psíquicos. Desde los primeros ensayos de J. Moreau de Turs en 1845, "Du haschish et de l'aliénation" (23) hasta la fecha se vienen distinguiendo las siguientes fases o períodos por las que pasan los fumadores de "la hierba":

— Fase de excitación eufórica. Los primeros efectos aparecen a los pocos minutos de fumar la droga y se logran con sólo 0,10 gr.

— Fase de exaltación sensorial. Sus percepciones sensoriales adquieren una extraña agudeza.

— Fase de ensoñación mística. No es un misticismo de presencias, sino de carencias. El drogado pierde toda capacidad de percepción.

— Fase de regreso a la realidad. Es la fase de recuperación; despertar acompañado de perturbaciones; somáticas, cefalálgias, náuseas, vómitos...; y psíquicas: persistente somnolencia que obstaculiza, durante horas, su capacidad perceptiva; y paralización de su intelecto.

Respecto a los efectos tardíos que origina el empleo continuado del cannabis, a cuyo intento de minimización se ha hecho repetida referencia, destacamos algunos insistiendo sobre el tema, por ser precisamente esta droga la más común entre la juventud y la que, por esa razón, más frecuente la tropa.

Dentro de la polémica desatada, destaca el evidente menoscabo de la capacidad mental del adicto, por eso en el año 1961, la Confederación sobre

---

(21) No parece muy congruente esta afirmación con la hecha, ya en el año 1935 en el Boletín Jurídico Militar, México D. F., n.º 8, el doctor Gregorio Oneto Berenque, cuando dice... "los soldados que fuman la marihuana son pendencieros, violentos, provocadores de escándalos... presas del delirio marihuano... como guerreros matando con absoluta sangre fría".

(22) Revista del Instituto de la Juventud, Instituto de Estudios Políticos, octubre, 1973, pág. 148 y ss. "El Cáñamo Índico, Luis Valero de Bernabé".

(23) Presses Universitaires de France, Paris, 1973.

Estupefacientes de las Naciones Unidas acuerda incluir el cáñamo índico y sus derivados en la lista de sustancias prohibidas. Petición de principios que no cortó su apología por parte de parciales partidarios de su libre tráfico, hasta llegar a la Conferencia de Estrasburgo sobre lucha antidroga (20-24 de marzo de 1972), reunida bajo el patrocinio del Consejo de Europa y de la Organización Mundial de la Salud, en donde se pronunciaría la más enérgica condena sobre esta droga. Criterio mantenido por Expertos de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas en la Conferencia de Ginebra de 1972, que señalan la peligrosidad del Cáñamo índico, cuyo abuso puede llegar a producir en el adicto efectos irreversibles.

El cáñamo no produce toxicomanía en la medida en que su supresión no engendra síntomas de abstinencia física, sin embargo, sí la produce psíquica y no basta para la recuperación del adicto con dejar la droga, se hará preciso un tratamiento a base de psicoterapia.

Por último, resaltar como otra de las grandes controversias que el cáñamo ha suscitado, es la referente a la relación entre su consumo y la violencia o el crimen. Sus dos productos claves, la marihuana y el hachis, contienen un ingrediente activo denominado tetrahidrocannabinol, que produce un vivo estado de alucinación. Bajo sus efectos, está estadísticamente comprobada (24) la potencialización de los temperamentos antisociales, al rebajar el código moral del individuo. Una de sus manifestaciones psicóticas más destacadas es el acusado grado de agresividad del intoxicado, que le lleva a la comisión de actos de violencia. Cuales sean éstos, dependerán de la personalidad patológica o no del sujeto.

B) Las anfetaminas. Estas, junto con el cannabis, son las drogas más utilizadas por la juventud, especialmente en Europa. La mayoría de sus usuarios (muchos de ellos esporádicos) se encuentran entre los estudiantes, por razón del estímulo mental de vigilancia y actividad intelectual que facilitan la comprensión y aprendizaje que, en época de exámenes, precisan "para ganar el tiempo perdido" (25).

Los efectos psicológicos más destacables de su uso son: estimulación de la vida mental: estimulación de la confianza en sí mismo (26); estimulación de la agresividad; mayor resistencia a la fatiga; y efecto acelerador. De todos ellos, es de destacar para nuestro propósito el relativo a la estimulación de la agresividad, pues parece comprobado que el uso repetido de las anfetaminas con fines tóxicos, como sustitutivo muchas veces de otras drogas más fuertes, o cuando se mezclan con alcohol u otros fármacos, se da una relación entre éstas y la violencia y criminalidad. A este respecto se pronuncia el Comité Sueco sobre "el abuso de las drogas", en su Informe de 1969, y el Comité americano de "Investigación sobre la criminalidad" en su

(24) Septiembre de 1980. Estadística hecha por los Directores de Prisiones de toda España. Entre el 60 y el 90 % de los reclusos que hay en España son drogadictos, de ellos el 100 por 100 empezaron tomando hierba.

(25) A. Calcedo: "Uso y abuso de psicoestimulantes en el medio universitario". Revista médica, 1972.

(26) R. Pomplana Solé. "El doping artístico". Revista médica, marzo 1974. Cita su uso entre artistas de cine, teatro, presentadores de T.V., etcétera.

4.º Rapport al Congreso de los Estados Unidos (Washington, 1971) (27). En numerosos casos la falsa energía, la necesidad de actividad, la carencia de inhibiciones y la seguridad en si mismos, engendrados por el consumo abusivo de anfetaminas han derivado hacia un comportamiento agresivo que se manifiesta bajo formas de violencia física o verbal. Se la llama "droga de valor" y su uso se extendió en la última contienda europea entre los combatientes, que la ingerían para infundirse valor antes de entrar en combate, se comprobó su uso en los Kamikaces japoneses y fue prohibida por el gobierno inglés a los pilotos de la R.A.F. Su uso prolongado puede llevar a la necesidad de barbitúricos que procuren el sueño del que las anfetaminas le han privado, y nuevamente a éstas para contrarrestar los efectos represores de aquéllas, creando un ciclo sin fin que hace perder reflejos y cometer todo tipo de imprudencias y errores. (Por eso su repercusión en los delitos de imprudencia es enorme).

Al entrar en las llamadas drogas duras, cuya nocividad no ha sido nunca puesta en duda y para no alargar en demasía este esquema, limitaremos su mención al tipo de drogas y a sus comprobados efectos sobre la personalidad del individuo, en relación a su potencial criminógeno.

### C) Los opiáceos:

— El opio. Los efectos del opio se caracterizan por presentar una acción diafástica: primero excitan el cerebro (fase de excitación) y después entorpecen su funcionamiento (fase soporífera). Tal acción suele ser común, en mayor o menor grado, a todos los opiáceos. Pero, a diferencia de otros tóxicos, parece comprobado que el opio y los alcaloides (morfina, heroína, etcétera) no guardan relación con la comisión de delitos, ya que estas drogas tienen un efecto depresor que conduce a un comportamiento pasivo, pero dada la dependencia que el producto produce, su obtención, siempre por medios ilícitos, está abocada a la violencia para conseguirlo. El fumador de opio se enfrenta sólo a la droga, es insolidario e individualista y el sueño ilusorio que le procura se convierte en una necesidad fisiológica que su organismo le exigirá perentoriamente.

— La morfina, como todos los opiáceos es un calmante del dolor. En el caso de la morfina —no el opio— el individuo deja de sentir todo tipo de dolores físicos y psíquicos y le crea una fase de paz cerebral, no estimulante, sino somnolente, de la que saldrá con marcada ansiedad. Su voluntad está inhibida a todo lo que no sea la obtención de su dosis periódica. Su peligrosidad social es importante en relación con la satisfacción de su hábito y su afán de proselitismo. El morfínomano está propenso a cualquier acción criminógena para paliar su síndrome de abstinencia.

— La heroína, es una droga potentísima y peligrosa, derivado sintético de la morfina, y ocho veces más activa que ésta. Sus efectos psíquicos son muy característicos, produce una especie de relámpago de placer, combinación de una tibia acogedora con una sensación física semejante al orgasmo sexual. Sus fases de acción son mucho más breves que las de la

---

(27) Martín de Eugenio: "Las anfetaminas". Revista del Instituto de la Juventud. Instituto de Estudios Políticos, diciembre 1975, pág. 169.



morfina, lográndose la acción máxima de la droga a los 15 minutos de inyectarla, y a la vez mucho más intensas que la de ésta por carecer la heroína del efecto narcótico de la morfina.

Una de las características de la heroína es que la sensación de euforia que engendra se suele ver acompañada de un aumento del aplomo y de la confianza en sí mismo. El consumidor de heroína experimenta la sensación de ser inmune a todo peligro y esta pérdida del temor por las consecuencias de sus propios actos, acrecentada por la amoralidad propia del drogadicto, presenta un claro matiz criminógeno. Esta artificial audacia, mezcla de descaro y osadía, unida a la pérdida de las inhibiciones morales, convierten al heroínomano en el perfecto criminal (28).

— **Cocaína.** Otro de los productos y sustancias que producen dependencia y que siguen a los opiáceos en gravedad es la cocaína. En principio, la cocaína es un fármaco con efectos anestésico local y analgésico de uso interesantísimo en la medicina, pero que los psicópatas agúdicos, sucumbiendo a su potente atractivo (29) han convertido en un veneno social. La fugacidad de su acción hace que no sea tan usada como la morfina.

Los efectos psicológicos de la cocaína vienen caracterizados por la alternancia de períodos de intensa excitación psíquica, asociados a la ingestión del tóxico, seguidos de otros de profunda depresión, una vez que los efectos de la cocaína han desaparecido, tales episodios se desenvuelven en:

- a) Fase de embriaguez eufórica (comparable a la alcohólica).
- b) Fase alucinatoria (síndrome psíquico característico del cocainismo crónico).
- c) Fase de abatimiento (cocainismo; enfermedad mental causada por la intoxicación cocaínica crónica).

Fernand Moreau (30) dice que el "carácter del cocainómano se verá fuertemente alterado, oscilando entre una alegría sin límites, acompañada de irritabilidad intensa a la más pequeña contrariedad que encuentre, y una tristeza profunda con obtusión de sentimientos morales".

La manía persecutoria es una de las características del cocainómano, y ésta una de las formas de la paranoia (31). El sujeto afectado por manía persecutoria tendrá tendencia a cometer acciones que guarden relación con

(28) Historia de la Droga, Jean Louis Brau. Edit. Bruguera. Barcelona, 1974, pág. 127.

(29) El efecto de masticar la hoja de coca fue descubierto por los indios andinos de la América Precolombina estrechamente ligada con la religión, estando originariamente reservada a los caciques y a los brujos. Con el tiempo se pierde este monopolio y pasa a convertirse en costumbre generalizada. Al llegar los conquistadores españoles al Imperio Inca se encontraron con este hábito, de matices idólatras, en el que incurrieron algunos de ellos, por lo que la Iglesia tomó cartas en el asunto en el Concilio de Lima, en 1567-69. Llegando la Corona a prohibir la masticación de hojas de coca tanto a los españoles como a los nativos. Revista del Instituto de la Juventud, 1977, Bernabé Martín. "Informe sobre las Drogas", pág. 130.

(30) "Alcaloides y plantas alcaloideas"; la cocaína, pág. 95. Presses Universitaires de France. Paris, 1973.

(31) "Comentarios al Código Penal", Ferrer Sama, tomo I, pág. 124. Edit. Sucesores de Nogues. Murcia, 1946. "Los paranoicos cometen delitos cuya preparación concienzuda y meticulosa exige tan despiertas actividades que choca a la gente como pueden ser fruto de un enfermo mental; pero está en la definición de la paranoia el que el desarrollo insidioso del sistema delirante, incombible y persistente, deje libres el pensar, el querer y el obrar".

el orden de ideas perturbado por la enfermedad, como dice Cuello Calón (32).

— LSD-25; es un producto químico que se obtiene fácilmente en el laboratorio partiendo de un hongo parásito de la cabezuela del centeno. Su forma de administración es característica; en un terrón de azúcar o en un poco de papel secante. Aldous Huxley mismo cuenta que, habiendo tomado LSD, "veía la existencia desnuda, como la contemplaba Adán el día de la creación" (33).

Los efectos subjetivos del LSD se pueden resumir de la forma siguiente (34):

- 1.º Los sentidos perciben con mayor fuerza los estímulos; los colores, sonidos, etcétera, son más intensos.
- 2.º Se dificulta el mecanismo que relaciona un dato sensorial con otro.
- 3.º Se reduce la coordinación muscular y la percepción del color.
- 4.º Son frecuentes las alucinaciones.
- 5.º Se debilitan las represiones emocionales y el sujeto se comporta de una manera más elemental.
- 6.º Los recuerdos y experiencias que han sido severamente reprimidos en el inconsciente pueden ser liberados y experimentados como acontecimientos actuales, lo cual en personas neuróticas y psicopáticas puede ser muy nocivo.

Si alguien quiere convertir a una persona, con inclinaciones naturales al delito, en un perfecto asesino, no tiene más que invitarle a tomar una dosis de LSD. Después de la primera dosis estará convencido de que se encuentra por encima de todas las leyes, y que, por encima del bien y del mal, sus propios instintos son la única y verdadera ley.

He aquí un sucinto repaso a las drogas "de mayor publicidad". Hay muchas más, desde luego, pero no son la droga y el alcohol, como tóxicos en sí mismos el centro de nuestra atención. A ellas nos referimos como medio a fin, pues lo que interesa resaltar es en qué medida cualquier tóxico habitual, como objeto de consumo, transformando la personalidad del individuo lo puede, potencialmente al menos, convertir en un delincuente. Durante años se ha tratado de explicar la delincuencia como una anomalía en el hombre criminal. La sociedad, en sentimiento de autodefensa colectiva ha tratado de imaginar la existencia de dos clases de seres en la orbita del delito; la de aquéllos que no delinquen y la del criminal, dando por supuesto que una naturaleza distinta separaba ambas especies, postura ésta no exenta de cierto confort moral.

A esta superada tesis responderan tanto los esfuerzos de afirmar la existencia del criminal nato en Lombroso, como las ideas de Darwin. Pero hoy se sabe, desgraciada o afortunadamente, que los criminales pertenecen a nuestra propia especie y que el lugar dejado por el atavismo o por la degeneración de las razas, ha de ocuparse por otras constantes, si queremos explicar a la luz de la psiquis el hecho social de la criminalidad.

(32) "Derecho Penal", tomo I, decimoséptima edición, Bosch, Barcelona, pág. 485.

(33) Revista del Instituto de la Juventud, octubre, 1972, n.º 43, pág. 161.

(34) Anales de Medicina Forense, 1972, pág. 232.

## II. INCIDENCIA DE LAS TOXICOMANIAS EN EL AREA PENAL

De cuanto antecede se desprende que el tema tratado aquí es el de las drogas en cuanto factores criminógenos en su sentido más amplio. Sobre las causas que influyen en la génesis de las toxicomanias, sólo ha quedado esbozada en la medida considerada precisa para centrar el objeto de estudio.

De capital importancia en el análisis criminológico, es el de los factores que influyen en él, y hablamos de factores y no de causas del delito pues, como dice el profesor Rodríguez Devesa (1) "es preferible hablar de factores y no de causas del delito, porque la investigación en el caso concreto de las "causas" en el sentido de una relación de necesidad entre dos eventos es casi imposible, ya que no se sabe nunca si se ha intercalado un miembro intermedio desconocido". Uno de dichos factores, con una relación inevitable, es la constituida entre alcohol —otras drogas y criminalidad.

A la vista de cuanto sobre el tema de los tóxicos, como factor delincencial, se ha escrito, nadie se atrevería a negar relación. Sin embargo, si cabe diferenciar, como hace el doctor Lorenzo Salgado (2), si la droga incide en el comportamiento del sujeto que la consume convirtiéndose en un factor de directa causación de conductas delictivas, o si, por el contrario, su papel se circunscribe solamente a la criminalidad en referencia a lo que en sentido amplio podría denominarse "mundo de la droga".

Por lo que se refiere a este último sentido, recordemos que el alcohol, droga lícita, no crea "complejo de delincuente" en el bebedor, y que por el contrario, el drogadicto se sabe, desde que se inicia en su consumo, como "cliente policial" por el submundo en que necesariamente ha de desenvolverse. Pero esto todavía no es delincuencia y, ni siquiera, factor de delincuencia en el sentido que hemos apuntado. Como factor directo de criminalidad habría que estimarlo cuando un delito sea cometido bajo la influencia de un tóxico, y esto sólo se podría predicar de aquéllos que, según veíamos, por sus efectos produzcan en el individuo un estado psicótico. Sin embargo, con relación a la influencia indirecta, sí puede generalizarse que la delincuencia del toxicómano estará siempre en función: a) de la consecución de la droga; y b) que de igual forma el comercio ilegal de estupefacientes puede ser considerado como otro efecto indirecto de la toxicomania, pues dejando como delincuente mayor al simple traficante no consumidor, lo normal es que el consumidor no traficante, comercie para conseguir el dinero con que pagar su consumo (3).

Por lo que respecta a la embriaguez, el estudio del problema psicológico que plantea es, como ya se ha dicho harto difícil. Nosotros nos lo hemos planteado como factor de criminalidad y en este sentido cabe la rotunda

(1) José M.ª Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español. Parte General, págs. 69 y 70. 6.ª Edición, Madrid, 1977.

(2) José M.ª Lorenzo Salgado: Las drogas en el ordenamiento penal español. Editorial Bosch. Barcelona, 1977, pág. 37 y 38.

(3) Mato Reboredo, J. M.: "Toxicomanía y criminalidad". Ediciones de la Secretaría del Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1972, pág. 123 y ss.

afirmación hecha por Jiménez de Asua (4): El alcoholismo propende a delinquir. El alcohol paraliza los nervios vaso-motores, que disminuyen la actividad cardíaca frente al peligro, en la asociación mental delito-pena.

El alcohol desata —el auto— freno moral inhibitorio.

El derecho romano reconoció el estado de embriaguez como modificación de la responsabilidad criminal en el sentido de aminorarla. Un pasaje de Marciano y otro de Arrio Menandro así lo confirman, pero, según Serafini (5), estos textos no tuvieron ninguna influencia en la práctica; lejos de ellos, la embriaguez se apreció generalmente como una agravante de la pena que correspondía al delito.

Decía Lombroso que “la embriaguez aislada da lugar por sí sola al delito, porque arma el brazo y enciende las pasiones”. La trayectoria, pues, del binomio embriaguez-delito es constante. Pero, al igual que hemos dicho respecto a la droga, la embriaguez puede obrar en la génesis del delito como un elemento factor causal directo, o como elemento indirecto. Es decir, que la alteración psíquica que el alcohol provoca en el sujeto podrían, por sí mismas, ser causa de delitos, o ser sólo un elemento coadyuvante, entrando, especialmente en este último caso, como concausa de las variaciones caracteriológicas del individuo, tal como afirma Lorenzo Salgado (6).

En definitiva, las drogas y el alcohol, en su más amplia consideración, llevan al individuo a una transformación temperamental que, unida a conductas antisociales, pueden llegar a graves cotas de delincuencia.

La cronología ascendente que del consumo y tráfico de drogas por un lado, y el uso abusivo de bebidas alcohólicas, por otro, ha habido en los últimos años, tiene su grafismo inquietante en los datos estadísticos a los que necesariamente nos habremos de remitir. Muchos de ellos están siendo —en buena hora— aireados por la prensa diaria, en la que con una continuidad digna de estímulo van apareciendo, puede que como reflejo de un problema social y cumpliendo uno de sus fines, continuas referencias. Nosotros mismos hemos usado de esas referencias; quizás por la inmediatez que contienen, y quizás también por lo que de contrapunto a otras “referencias publicitarias”, a las que tan proclive es la sociedad actual, puedan contener.

Más, donde resalta con toda su crudeza tan importante —y más aún trascendental— problema, es en la comparación de datos de unos años con otros. No es preciso, sin embargo, y por desgracia dar saltos vertiginosos, basta con la contemplación de las estadísticas que contiene la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1980, acabada de aparecer, referida a los últimos cinco años. Pero no hay que olvidar que existe una desproporción manifiesta entre las cifras reales y las penales, pues éste es un tema en el que abundan los números negros, es decir los hechos delictivos que no llegan a denunciarse o detectarse y que, por lo tanto, no tienen reflejo estadístico. Esos números negros preocupan más a los sociólogos que las estadísticas judiciales o las provenientes de la Jefatura Central de estupefacientes, pues

(4) Jiménez de Asua: “Derecho Penal”, Editorial Reno, Madrid, 1924, pág. 142.

(5) Felipe Serafini, “Derecho Romano”, Editorial Espasa, Barcelona, tomo II, pág. 224.

(6) Obra citada, pág. 22.

su falta de control no permite saber, a ciencia cierta, la verdadera importancia penal derivada del tráfico y consumo de drogas. Respecto al tráfico, según cálculos de los expertos más optimistas, sólo se logra controlar judicialmente un 10 por 100 de los casos, según la citada Memoria Fiscal.

Algunas cifras estadísticas pueden ilustrar, siquiera sea aproximadamente, la intensidad del fenómeno droga-delinuencia (7):

**DETENIDOS POR TRAFICO Y TENENCIA DE DROGAS:**

	1975	1976	1977	1978	1979
Españoles .....	2.005	2.464	4.324	7.629	7.731
Extranjeros .....	934	894	1.095	1.166	1.310
Total .....	2.939	3.354	5.419	8.858	9.041

Como puede observarse el número de personas detenidas muestra una constante progresión.

**PROFESIONES DE LOS DETENIDOS:**

	AÑOS:				
	1975	1976	1977	1978	1979
Sin profesión ....	723	890	1.276	2.144	2.398
Desconocidas ...	23	27	91	192	100
Est. Básica .....	1		2	4	3
Est. Bachiller ....	400	222	561	1.133	1.248
Est. Universitarios.	108	196	283	218	131
Empleado .....	305	203	415	573	549
Obrero cualificado	598	795	1.240	1.961	2.083
Obrero sin cualifi- car .....	148	76	170	461	483
Bares-Club .....	106	167	304	460	468
Militar .....	59	71	48	69	44
Servicio Militar ..	26	114	129	196	127
Comercio-Indus- tria .....	191	205	281	417	482
Sanitario .....	22	11	19	43	35
T. Medio .....	39	22	18	32	25
T. Superior .....	29	34	23	34	49
Marinero .....	50	97	112	240	198
Sus labores	30	40	115	200	194
Artista .....	46	62	52	67	76
Otras .....	35	132	280	414	348
	2.939	3.354	5.419	8.858	9.041

La tabla anterior se presta a reflexiones que no es el momento de abordar, pero sí el de destacar dos de ellos: en primer lugar y por lo que a nuestro tema afecta, resaltar el número de individuos vinculados a las Fuerzas Armadas que en la relación figura, 883 en cinco años. Tal cantidad

(7) Estos datos han sido facilitados por el Gabinete de Estudios de la brigada Central de Estupefacientes en Madrid.

y dadas las fluctuaciones que se observan, no parece alarmante, pero puesta en relación con el hecho de que sólo refleje el 10 % de las cifras reales, sí lo es.

Y en segundo lugar observar el progresivo aumento entre jóvenes en edad de estudios de bachiller, 14 a 18 años. Paralelo aumento a la de los sin profesión (abogados a toda delincuencia) y a la de obrero cualificado, quizás con más medios económicos. Destaca también la casi linealidad en los universitarios, indudablemente menos permeable.

**SUSTANCIAS DECOMISADAS:**

Años	1975	1979
Cannabis (Kg.) .....	5.937,4	19.664,1
Cocaína (gr.) .....	11.527	44.685
Heroína (gr.) .....	266	12.049
L.S.D. (dosis) .....	1.813	10.124

A dichas cantidades hay que añadir 349.900 Kg. de plantas de cannabis, y 6.500 Kg. de semillas de la misma planta.

**ROBOS EN OFICINAS DE FARMACIA:**

a) Con fuerza en las cosas:

1975 .....	5
1976 .....	60
1977 .....	510
1978 .....	570
1979 .....	719

b) Con violencia o intimidación en las personas:

1975 .....	0
1976 .....	0
1977 .....	19
1978 .....	258
1979 .....	1.181

c) Drogas sustraídas en farmacias en 1979:

	Gr.
Opio .....	15.954
Codeína .....	4.134
Morfina .....	10.654
Cocaína .....	2.407
Heroína .....	5

Hacemos memoria de que vamos a barajar cifras reales y que en algún tipo de delito (8) sólo quedan reflejados el 10 % de los hechos. Pero esto no resta importancia al esquema que, de las actuaciones judiciales de cualquier naturaleza, recogemos de la citada Memoria Fiscal (9):

(8) Tráfico y consumo.

(9) Memoria de la Fiscalía General del Estado, apéndices, estado B1, estado B2, estado B3, estado B4, estado I.

**PROCEDIMIENTOS INSTRUIDOS DURANTE EL AÑO 1979**

			Conducción bajo el efecto de alcohol o tóxicos
<b>Tráfico y comercio de drogas</b>		<b>Robos</b>	
Diligencias Previas ...	2.053	188.058	1.377
Diligencias Preparatoria .....	99	7.019	1.287
Sumarios de Urgencia .	1.296	12.714	15
Sumarios Ordinarios ..	848	1.450	00
	4.296	209.271	2.779

Total de actuaciones:

a) Con directa relación con alcohol y droga 7.075.

b) Con relación indirecta con las drogas 125.562,6, que supone el 60 por 100 del total de delitos contra la propiedad enjuiciados y en los que, según cálculos, el móvil fue la droga.

A los anteriores datos hay que añadir los provenientes de Procedimientos incoados en virtud de la Ley de Peligrosidad Social, que alcanzan un total de 2.366. De ellos, la mayor parte relacionados con las toxicomanías.

La correlación directa entre alcohol y delito no precisa aclaración por su evidencia de datos estadísticos; el alcohol genera violencia criminal. Los efectos del alcohol sobre la seguridad del tráfico son cada vez más espectaculares; "el número de accidentes cuya causa es la influencia de bebidas alcohólicas se extiende" (10).

Pero no sólo en el tránsito rodado repercute el alcohol, por supuesto que es más espectacular, pero no menos alarmante en otros tipos de negligencias, así como en los llamados delitos de olvido (11), cuando la causa real que una al agente con el tipo de injusto cometido sea precisamente la embriaguez.

A ellos podría añadirse un sin número de conductas delictivas que genéricamente agruparíamos bajo el epígrafe de "contra la libertad sexual", en la que abundarían tantas cifras negras como aquéllas a las que en el caso de las drogas aludíamos, y que tendrían su origen en el alcohol, pues tampoco puede olvidarse la relación que existe entre toxicomanía y sexo. De los 6.468 sumarios instruidos durante el año 1979 (12) por delitos contra la honestidad, el tanto por ciento que la embriaguez haya tenido en su génesis será sin duda elevado, pero no quedan reflejados en las estadísticas por ello carecemos de datos, más, si hiciéramos aplicación del criterio que Emilio Bogani expresa (13), de ese número de sumarios, 4.980,36 habrían tenido su antecedente en el alcohol. En el estudio que Bogani hace en su obra, en la que la estadística está referida al trabajo de Paul Perrin y Geneviere Simón (Alcoholisme, Criminalité et Delinquance), la incidencia

(10) Memoria Fiscal, citada pág. 71.

(11) Rodríguez Devesa, obra citada, pág. 410.

(12) Memoria Fiscal citada, Estados B1, B2, B3 y B4 del apéndice.

(13) Obra citada pág. 205 "Naturaleza de los crímenes cometidos en estado de embriaguez: homicidio, 57 %; golpes mortales, 63,63 %; atentados sexuales 72,7 % (cifra esta coincidente con el 77 % encontrado por Kinsey y en su dilatada casuística); piromanía 66,66 % y robo 51,56 %".

del alcohol en los delitos contra las personas y la propiedad, supera con mucho en términos generales el 50 %.

En el orden laboral, el absentismo consecutivo a las embriagueces, así como la embriaguez misma en el trabajo, es constitutiva de un "ilícito laboral" que lleva al despido de la empresa. "El peor problema del país, por lo que se refiere al número de individuos gravemente afectados, pérdidas económicas anuales y otros índices similares, no está constituido por la heroína, por la marihuana ni por ninguna de las otras drogas que se han puesto de moda en los últimos tiempos. Por encima de ellas está el terrible, antiguo y seguro destructor de vidas que llamamos alcohol". Esto lo decía el "New York Times" en un reciente editorial, tal como recoge la Memoria Fiscal a la que con harta frecuencia nos venimos refiriendo. Las cifras anuales de accidentes de trabajo son elevadísimos y de ellos, al menos un 15 por 100 se originan en el alcohol, lo que marca la gravedad de su repercusión en la seguridad del trabajo. El montante económico de la pérdida de horas laborales y los gastos de hospitalización, reducidos a los provenientes de embriaguez, es un lastre económico que gravita sobre toda la sociedad, constituyendo lo que podríamos llamar "delito económico imputable al obrero-alcohólico".

Otras manifestaciones de proyección antisocial, concretada en tipos delictivos son: contravenciones a los reglamentos de la policía, negligencia (ya aludida), exhibicionismo, incesto, etcétera (14). Lo que prueba la amplitud del espectro criminógeno de la embriaguez y hace difícil señalar de forma determinante cuales sean las conductas asociales de mayor alcance tributarias de penalización. Según la personalidad del individuo la delincuencia en estado de embriaguez puede extenderse desde la reyerta callejera hasta la violación con crimen, todo depende, al menos, de la imaginación del ebrio. La ausencia de inhibiciones, característica de todo tipo de embriaguez, se hace total en la fase terminal de la intoxicación alcohólica, con la consiguiente frecuencia de reacciones violentas del sujeto, muchas veces manifestada con sus familiares y que en casos extremos dan lugar a ciertos inexplicables parricidios: "la amabilidad con los extraños y la grosería y brutalidad con los de casa son manifestaciones que se observan casi siempre en los alcohólicos" (15). Por eso, un psiquiatra como Vallejo Nájera, dice que ciertos aspectos singulares de índole psicológica, que diferencia al alcohólico crónico de otras personas, permiten hablar de un "carácter alcohólico" (16).

Quizás sea más fácil delimitar los tipos penales en que incide el alcohol por la vía negativa de la exclusión, que por la positiva de la inclusión, pues hay delitos que escapan a toda vinculación con el alcoholismo, y son aquéllos que requieren una cierta especialización, dominio de sí mismo, serenidad en su ejecución o planificación, etcétera, es decir "claramente

(14) Quensel S., "Quelques aspects criminologiques de l'alcoolisme" Revue de Droit Penal et de Criminologie, 1964, pág. 838

(15) Codón y López Saiz, Psiquiatría Penal y Civil, Impreso de Aldecoa, Burgos, 1951, pág. 268.

(16) Vallejo Najera, A., Tratado de Psiquiatría, Salvat Editores, S. A. Barcelona, Buenos Aires, 1944, pág. 870.



inadecuados a las posibilidades del alcoholico" (17), exclusión hecha, claro está, de la embriaguez preordenada al delito en el que algunas de esas características pueden darse en el antecedente del hecho delictivo.

En el inicio de este apartado hemos dicho que los efectos del alcohol sobre la seguridad del tráfico son cada vez más espectaculares. Y lo cerramos, en lo referente al alcohol, insistiendo en el tema. Nuestro Código Penal incorpora, por la Ley de 8 de abril de 1967 y dentro del epígrafe "De los delitos de riesgo en general", la Sección 1.ª, del Capítulo II, — Título V, Libro II— cuyo articulado 340 bis a), 1.º, incrimina la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. En el preámbulo de dicha Ley se justifica la incorporación por la persistencia y continuidad con que se producen los delitos cometidos con ocasión del tránsito de automóviles (expresión esta última más afortunada que la de tráfico volcada al Código) y porque su semejanza con otros previstos en el Código Penal aconsejan la conveniencia de su inserción en el principal texto punitivo, etcétera. Es decir, que la embriaguez (también las drogas, como luego veremos), unida al aumento del parque automovilista, ha hecho necesaria la creación de nuevos tipos penales (19) y su inclusión en el Código Penal, zanjando además, con ello, la debatida cuestión de la naturaleza jurídica de tal infracción, que no era pacífica en la doctrina, pues mientras para Quintano Ripollés, tal infracción tiene carácter de mero ilícito administrativo, para Cerezo Mir se trata de un verdadero delito cuya importancia "ético-social" no ofrece dudas (20).

Por nuestra parte estimamos que se trata de un delito doloso, pues el individuo debe de saber que conduce "bajo la influencia" del alcohol (u otras drogas tóxicas o estupefacientes), aún cuando en ese momento el hecho de conducir no suponga un riesgo real, que no exige la Ley para su punición, aunque sí un riesgo potencial (el que deriva de la alteración de sus reflejos y en general de su psiquismo) (21), y que sería la razón última de su punibilidad. Se trata, pues, de un tipo doloso de los que la doctrina penal califica de peligroso presunto (22) en el que no cabe la coautoría, aunque sí el auxilio, necesario o no, al proporcionar bebidas al que se sabe ha de conducir (23).

Delito, pues, de peligro abstracto de mera actividad, como le llama

(18) Quensel, trabajo y pág. citados.

(19) Algunos de ellos tienen su precedente en la antigua Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor de 9 de mayo de 1950.

(20) Quintano Ripollés, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Madrid, 1967, págs. 481 y ss.

Cerezo Mir, "Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico", Anuario de Dcho. Penal y Ciencias Penales, 1970, págs. 596 y ss. En igual sentido, Muñoz Conde, "Derecho Penal Parte Especial, Sevilla, 1976, pág. 392.

(21) Rodríguez Devesa Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, pág. 1.019.

(22) Rodríguez Mourullo, La omisión de socorro en el Código Penal, Editorial Tecnos, Madrid, 1966, pág. 169 y ss. "la clasificación de delitos de peligro abstracto y peligro concreto debiera ser sustituida por la de delitos de peligro efectivo y de peligro presunto" (ta), nos parece más acorde con el presente caso).

(23) Quizá respecto a ello quepa su inclusión entre los delitos de propia mano, tal como definía a estos R. Devesa en Dcho. Penal Parte General, 1977, pág. 694.

Barbero Santos, que trae su origen en el alcohol (y otros tóxicos) y que para su "determinación" tiene concomitancias con el Código de la Circulación (24).

Los efectos del abuso de drogas son de mayor intensidad que los del alcoholismo, aunque éste sea cuantitativamente más extenso. El tráfico de drogas ha ganado en todos los terrenos, hasta el extremo de que, según la Memoria Fiscal del año 1980, puede contribuir a que, a corto plazo, se desarrolle en nuestra sociedad una auténtica subcultura donde los valores de racionalidad, trabajo o auto-control se verán sustituidos por los radicalmente contrarios.

En un plano objetivo el drogadicto —y menos aún el alcohólico— no es, de por sí, un delincuente, pero la criminalidad del drogadicto deviene como efecto indirecto de la necesidad de proveerse de las elevadas sumas con que afrontar el pago de las drogas. Por eso, al referirnos a los tipos penales más frecuentados por el drogadicto, casi exclusivamente a los ataques a la propiedad para subvenir a sus necesidades, habríamos de reducirnos. La interrelación directa entre consumo de drogas y comisión de delitos está por probar. Habríamos de volver a hacer referencia a la clase de droga y a la personalidad del individuo en un círculo sin fin. Para aquellos productos que sólo provoquen una inhibición semejante a la del alcohol, lo predicado para éste será válido para ellos. Muy especialmente lo dicho respecto a la negligencia y, por propio imperativo legal, para los delitos de riesgo. Pero aún esta misma similitud no es ya total, pues el vocablo "influencia" —conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes— lleva implícita la dificultad de la determinación cuantitativa del tóxico, que la alcoholemia resuelve para la embriaguez pero no así para la droga. Por eso cierto sector de la doctrina (25) ha censurado la supresión del término "manifiesta" en la Ley de 8 de abril de 1967 (26) que no adjetiva la influencia ni da a la Autoridad o a sus agentes más medios que la apreciación personal.

Pocos son, pues, los delitos que el drogadicto puede cometer cuando se halla bajo los efectos de la droga, muchos los que comete bajo los efectos de la crisis de abstinencia. El factor criminógeno droga es directo en el primer caso e indirecto en el segundo.

El letargo, la impasividad que la mayoría de sobre todo las llamadas drogas duras produce en su consumidor, no son acordes con la actividad que el individuo precisaría desplegar para cualquier acción delictiva. A lo

(24) El Decreto 1980, de 26 de julio de 1973 modifica los artículos 49 (l. e) y 292 (l. i) del Código de la Circulación, al introducir en él las normas aprobadas por el Consejo de Europa, en resolución B (73) 26 de 18 de abril de 1973, que fija en 0,8 gr. por mil la tasa de impregnación alcohólica (alcoholemia) y obliga a todo conductor a someterse a las pruebas que le indique la Autoridad o sus Agentes, para comprobar el grado de impregnación alcohólica, a la vez que faculta a éstos para ordenar la inmovilización inmediata del vehículo. Posteriormente la Orden de 17 de enero de 1974 desarrolló el Decreto citado.

(25) Del Rosal "Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación". Universidad Complutense, Publicaciones, Madrid, 1973, pág. 773. Quintano Ripollés. Tratado de la Parte Especial de Dcho. Penal, IV. Revista de Dcho. Privado, Madrid, 1967 (Infracciones contra la Comunidad Social, pág. 535).

(26) La Ley de 24 de diciembre de 1962 decía... "condujese bajo la influencia *manifiesta* de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes".

más podría situarnos en la órbita de los delitos de omisión. Sin embargo, abstracción hecha de que no toda droga produce "sopor", sino que por el contrario algunas producen "excitación", está surgiendo en un nuevo modo de delincuencia, la derivada de la conjunción entre drogas y perturbaciones del orden público (27). Pero la interrelación aludida entre droga y delincuencia está de tal modo ensamblándose que ya carece de importancia la distinción entre factor directo o indirecto. Empieza a surgir una forma única de delincuencia; la común en la que los delincuentes consumen hachís, coca o heroína a la vez que trafican con ella. Recordemos la citada estadística formulada por los directores de las prisiones españolas en 1980 "en un 60 al 90 %, los reclusos son drogadictos". Son reclusos no necesariamente por delitos de tráfico de drogas, sin embargo, la mayoría son consumidores y, por ende, mediadores en el comercio ilícito de drogas. El submundo de la delincuencia está inmerso en la drogadicción, como no podía ser menos, pues si un gran sector de la juventud no delincuente toma drogas, con más razón el delincuente no se sustrae a ellas. Con lo que se crea un círculo vicioso; el delincuente común —adicto deviene delincuente común— traficante —para seguir satisfaciéndose, etcétera. Se ha producido una osmosis criminógena en la que la droga tanto puede ser causa como efecto. Ello influye sobre la diversificación de los tipos penales en los que ya no cabe afirmaciones concretas y sí la aseveración de la multivariada de conductas punibles surgidas de tal problema osmótico.

Ello no obstante, sigue habiendo unos delitos típicos —en su aceptación gramatical no penal— de la fase intermedia del drogadicto, aquella de la abstención. De entre ellos podemos destacar tres: Robos en farmacias (1.900 en 1980); atracos a entidades bancarias por drogadictos; y falsificaciones de recetas.

Fuera del caso del robo en farmacias que, supuesto que todos tienen el mismo fin (28), es fácilmente etiquetable, en los delitos contra la propiedad, en general, de los 291.188 atentados "enjuiciados", no sabemos en que proporción la incidencia "para lograr droga" ha sido determinante. La Memoria Fiscal del presente año es en este punto menos concreta que la de 1979. Pero si insiste en dos puntos; a) una de las causas del aumento de los delitos contra la propiedad es la de procurarse dinero con que adquirir droga, y b) en los delitos contra la propiedad se dan casi tantas cifras negras como en los de tráfico de drogas (29).

Respecto al delito de falsificación de recetas para lograr el despacho de medicamentos que por contener estupefacientes son de venta restringida, cabe decir lo mismo que del de los robos en farmacias. Es un nuevo tipo creado por el delincuente, cuyo número y progresión es difícil de constatar.

(27) Memoria Fiscal citada. El Fiscal de Pamplona dice... "no pocos de los que figuran en las primeras filas de las manifestaciones no autorizadas que colman de denuestos y apedrean a la Fuerza Pública, están sometidos a los efectos de estupefacientes", pág. 65.

(28) "Se ha originado así un nuevo tipo de delito: el robo en farmacias, cuyo fin casi exclusivo es la sustracción de drogas, siendo ocasional el apoderamiento de dinero". Memoria de la Fiscalía de 1980, pág. 65, al comparar la estadística del año 1975 —cinco casos— y la de 1979 —1.900 casos—.

(29) Roger Hood y Richard Sparks, en su obra "Problemas claves de criminología", reflejan estadísticas americanas de las que resultan que el 64% de delitos menores contra la propiedad, no fueron denunciados.

### III. MEDIDAS PENALES DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN

Al haber adjetivado como "penales" las medidas de prevención y represión (de las toxicomanías), es claro que quedan fuera de ellas las actividades de persecución del delito que compete, en especial, a las Brigadas —la Central y las provinciales— de estupefacientes, "tan plétóricas de entusiasmo profesional como deficiente de medios materiales" (1) y a las Agrupaciones Antidroga de la Guardia Civil de las que puede predicarse lo mismo. La alabanza sin reservas de los funcionarios que las integran no serían sino la justa expresión del ejemplar entusiasmo que preside su diario quehacer. Como resaltar su escasez de medios no es más que lamentar la desproporción entre aquél y éstos, que de alguna manera ha propiciado el que España se haya convertido: a) base de aprovisionamiento de la droga entre América y Europa, y b) que este comercio ilícito haya logrado invadir la mayor parte del territorio nacional.

Mas, a pesar de su atractivo, sólo desde el punto de vista legal (medidas penales, referidas a medidas legales coercitivas) nos ocuparemos del problema. Para ello hay que partir de un principio: ni el bebedor ni el drogadicto es un delincuente; "La legislación española nunca considera delincuentes los drogadictos..." (2). La Ley (en su aceptación de "norma") está esperando que la conducta del individuo desemboque en un injusto tipificado para sancionarlo, aunque haya previsto que ello sucederá puesto que, en algunos casos, y son contra los que podría actuar, ya los ha sometido a las medidas preventivas de la (Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en adelante). Quizá sea ello debido a un excesivo respeto al principio de que "el Estado, en materia criminal, ha de limitarse a las perturbaciones mínimas posibles en la vida de los individuos que integran la comunidad" (3) pero sin advertir que, como luego veremos, la revisión de ese principio en el área del alcohólico y el drogadicto lejos de quebrantarlo lo reforzaría.

Sería bastante con adelantar las barreras predelictuales que indican el camino para la apreciación de la peligrosidad (tales como análisis, estudios e informes de las facetas antropológicas, psíquicas, patológicas, sociales, familiares, etcétera) para incluir como represivas y no preventivas algunas conductas en que la peligrosidad ya declarada, pudiera ser punible, pues si el Derecho es relación entre personas "relatio ad alterum", no puede dejar de estimarse que esa relación está ya quebrantada —con valoración penal indudable— en conductas que ya no son ni meros actos internos (4) ni de preparación.

(1) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1979, pág. 78.

(2) Antonio Beristain "Las drogas y su legislación en España". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1973, pág. 64.

(3) Rodríguez Devesa "Derecho Penal Español", parte general. Madrid, 1979, pág. 387.

(4) En las Partidas (P. VII, T. 31, L. II) se decía: "Pensamientos malos vienen muchas veces en los corazones de los omes, de manera que se afirman en aquello que piensan para lo cumplir por fecho. E despues asman, que si lo cumpliesen que farian mal, e arrepientense, e posende dezimos, que cualquier ome que se arrepiente del mal pensamiento, ante que començasse a obrar por él, que non meresce pena por ende; porque los primeros movimientos de las voluntades, non son en poder de los omes".

Según Florián, el fundamento de la no punición de los actos meramente preparatorios, se encuentra en el hecho de que en los mismos no existe un peligro, sino la probabilidad del mismo, y no cabe duda de que cuando por ministerio de la Ley (LPRS) se declara la peligrosidad desaparece tal condicionalidad (5). Con todo, reconocemos la dificultad que entraña el que el hecho de la embriaguez, aunque sólo lo fuera en su estudio más agudo; el alcoholismo crónico, pueda ser considerado como delito. Sería tanto como predicar la ley seca a golpe de Código Penal, pues aunque "la política criminal debe regirse por elementos racionales e irracionales" (6), luchar contra: a) los ingresos que el alcohol lleva al erario público; b) la propaganda comercial; y c) los enormes intereses creados en torno al alcohol, etcétera, es prácticamente imposible en el medio social de hoy, aún cuando queda afectada la salud pública y la ciencia médica subraye sus peligros.

No ocurre, sin embargo, así con las drogas, la misma LPRS equipara sólo en parte el alcohol a las demás drogas, pues al referirse a los "ebrios habituales y los toxicómanos" está claro que la Ley no iguala a tales ebrios con los que "usan" drogas o estupefacientes, sino con los que "abusan"; con los asiduos al consumo de drogas que puedan producir dependencia. Por otro lado quedan fuera del articulado de la LPRS los que trafican con bebidas alcohólicas y los que fomentan su consumo, pues sólo se refiere a los que trafican con drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos.

Estas referencias generales a la LPRS que venimos haciendo tienen su culmen en dos desafortunadas expresiones del precepto: el empleo de los términos; "supuestos", realmente referido a tipos de autores (7); y "probablemente" que parece desautorizar, en alguno de los tipos que contempla, al anterior (8). Pues esto supone que, como decía Gutiérrez de Cabiedes (9), el proceso de la LPRS "sólo se debe iniciar cuando exista la duda razonable de que el sujeto sea peligroso, no si existe evidencia de la ausencia de cualquier tipo de peligrosidad personal". En resumen, estimamos que algunos de los "tipos" que como medida predelictual contempla la LPRS referidos a las drogas, podrían pasar a constituir "tipos" del Código Penal.

Las parciales menciones formuladas hasta ahora de preceptos legales sobre las toxicomanías (alcohol-droga), debe completarse con la enumeración de las normas más importantes que a tal problema atañen. Para ello recogemos tanto los pasajes del Código Penal, como las normas de otra naturaleza, sin hacer distinción de las que se refieren a una u otra clase de

(5) Ferrer Sama, Antonio: "Comentarios al Código Penal" Editorial Sucesores de Nogues, Murcia, 1946, pág. 53, nota 2, tomo I.

(6) Navarrete: "Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito". Anales de la Universidad de Valencia, curso 62/63, págs. 70 y ss.

(7) Del Rosal "Política criminal de la LPRS en Peligrosidad social y medidas de seguridad", publicación citada, pág. 141.

(8) Cobo, M.: "Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970" en la publicación Peligrosidad social y medidas de seguridad, Valencia, 1974, págs. 120 y ss.

(9) "Principios procesales de la LPRS y de su Reglamento" publicado en Temas Penales, Santiago de Compostela, 1973, pág. 163.

tóxicos, pues por regla general los preceptos prohibitivos suelen englobar a ambos.

Así: Código Penal.

*Libro I, Título I, Capítulo III.* De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal; at. 9. Son circunstancias atenuantes... n.º 2 "La embriaguez no habitual, siempre que no se haya producido con propósito de delinquir".

*Libro II, Título V, Capítulo II.* De los delitos de riesgo en general, Sección 1.ª Delitos contra la seguridad del tráfico; art. 340 bis a) 1.º "El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes". Sección 2.ª De los delitos contra la salud pública; art. 344 "Los que ilegítimamente ejecutaren actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso" (10).

*Libro III, Título I, Capítulo II.* De las faltas contra el orden público; art. 570, n.º 3 "Los que causaren perturbación o escándalo con su embriaguez". Título III, De las faltas contra las personas; art. 584, n.º 7 "Los que en establecimientos públicos vendieren o sirvieren bebidas alcohólicas o permitieren la permanencia en dichos lugares a menores de dieciséis años, así como quien en los mismos lugares ocasionare maliciosamente su embriaguez". n.º 8 "Los padres, tutores o encargados de la guarda de un menor de dieciséis años, cuya embriaguez fuera imputable a su estado de descuido o abandono".

Normas Complementarias:

Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (LPRS) n.º 16/1970 de 4 de agosto, que debió entrar en vigor a los seis meses de su publicación, pero que, por Decreto-Ley 2/1971, de 4 de febrero, se prorrogó el plazo por cuatro meses más (11). Esta Ley ha sufrido las siguientes modificaciones; 1.ª Ley 43/1974, de 28 de noviembre y 2.ª Ley 77/1978, de 26 de diciembre. Esta última Ley deja "en blanco" los supuestos 2, 3, 13, 14 y 15 del art. 2.º; el art. 3.º; la medida de seguridad y rehabilitación social tercera del art. 5.º; el último párrafo del apartado 2; Los apartados 9, 10, 11 y 12 del art. 6.º; la frase final del art. 26, 1; la referencia a establecimientos de preservación del art. 35, b); se da nueva redacción al supuesto 9 del Art. 2.º; igualmente al art. 4.º

Reglamento para la aplicación de la LPRS, publicado por Decreto 1.144/1971, de 13 de mayo. Las modificaciones y supresiones que a éste

(10) Por Real Decreto-Ley 1 1977, de 4 de enero, parcialmente modificado por Real Decreto-Ley 19 1979, de 23 de diciembre, se crea, con sede en Madrid, la Audiencia Nacional compuesta por una sala de lo Penal, una de lo Contencioso-Administrativo y tres Juzgados Centrales de Instrucción, dependientes de la misma. El art. 4.º apartado c) de dicho R.D.L. atribuye a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes siempre que los mismos sean cometidos por bandas o grupos organizados y originen efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Provinciales. Según el preámbulo del R.D.L. citado, su creación responde a la necesidad de solucionar las limitaciones de investigación, dificultades de actuación, acumulación de asuntos y retrasos inevitables, en perjuicio de las exigencias de la justicia.

(11) Esta Ley tiene su precedente en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933.

afecte, según la última Ley citada, es recogido en la misma como facultad concedida al Gobierno, en las disposiciones transitorias.

Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio Único de las Naciones Unidas de 1966 sobre estupefacientes, suscrito por España y ratificado por instrumento de 3 de febrero de 1966.

Ley de Contrabando, texto refundido aprobado por Decreto 2.166/1964, de 16 de julio, rectificado el 31 de agosto, especialmente los artículos 3 y 24.

Cada uno de los preceptos y normas citados presentan indudables temas de estudio. A él han dedicado muchas y muy sustanciales páginas, buena parte de la doctrina penal española. Su sola enumeración sería harto farragosa, pero la importancia del tema y su compleja trascendencia social y penal y, ¿porqué no decirlo? los dispares criterios que sobre la materia defienden interesados grupos sociales, abonarían suficientemente el intento de abordarlos desde la perspectiva legal apuntada, más ello trascendería del tema parcelado.

## **SOBRE LAS SITUACIONES MILITARES**

**Luciano FARIÑA BUSTO**  
**Comandante Auditor del Aire**

### **I. IDEAS GENERALES. FUNCION PUBLICA Y CONCEPTO DE FUNCIONARIO. RELACIONES ENTRE EL FUNCIONARIO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA**

1. *Función pública y concepto de funcionario.* Un estudio sobre las situaciones militares exige la alusión, siquiera de forma breve y a grandes trazos, de conceptos básicos como son los relativos a la función pública, el concepto mismo de funcionario y las relaciones existentes entre éste y la Administración.

La función pública puede concebirse de modo general como el ejercicio de las competencias cuyo desarrollo se imputa a la Administración y que forman parte de la misma, cuyo ejercicio se encomienda necesariamente a una persona física que ostenta la titularidad de los diversos órganos administrativos.

Aparece así la figura del "funcionario público" que se concibe, en una primera aproximación, como "la persona que desempeña una función pública". Ahora bien, este concepto es demasiado amplio por lo que la doctrina ha venido a restringirlo afirmando que para la existencia del funcionario en sentido estricto han de concurrir las siguientes notas: a) nombramiento legal por acto administrativo; b) permanencia en el puesto; c) adscripción a una plantilla, y d) percepción de un sueldo o asignación fija con cargo a los créditos de personal de los Presupuestos Generales del Estado.

Esta concepción formulada por el Prof. VILLAR PALASI ha tenido una gran repercusión doctrinal y jurisprudencial y ha sido recogida para los funcionarios de carrera por el Texto Articulado de la Ley de funcionarios de la Administración Civil del Estado, así como aparece también en el ámbito de la Administración Local (arts. 319 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, el art. 1.º del Reglamento de Funcionarios de 30 de mayo de 1952, así como en el Texto articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Decreto de 6 de octubre de 1977), y en el de la Administración



institucional (Vid. art. 82 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas). Por otra parte leyes concretas y especiales ofrecen definiciones específicas de funcionarios a los efectos de su respectiva aplicación, así v. gr., el art. 119 del Código Penal.

Siguiendo la pauta marcada por el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios, aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964, son funcionarios públicos "las personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo".

Este concepto legal, formulado para los funcionarios civiles, es perfectamente aplicable al personal militar profesional que integra los cuadros de mando, en sus distintos grados, de las Armas y Cuerpos de los Ejércitos. Y en este sentido el art. 206 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, promulgadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, dispone que "son militares de carrera los oficiales, suboficiales y personal asimilado que forman los cuadros permanentes de los Ejércitos y han ingresado en las escalas correspondientes por los procedimientos selectivos señalados por la Ley".

Aparecen explícita e implícitamente, recogidos en el precepto transcrito las notas de profesionalidad, estabilidad y nombramiento legal, que son características del concepto de funcionario. Notas que constan explícitamente en disposiciones de diverso rango; bástenos citar al efecto, el art. 12 de la Ley de 29 de noviembre de 1878, Constitutiva de Ejército, a cuyo tenor "los sueldos, funciones y responsabilidad de todas las Autoridades militares como de todos los Generales, Jefes y Oficiales del Ejército y sus asimilados, los determinarán la Ordenanza general, las leyes de presupuestos y reglamentos especiales que se publicarán por Real Decreto con la aprobación previa y directa del Rey".

Podemos, pues, afirmar que los militares son funcionarios públicos, entendido este concepto en sentido técnico-jurídico; si bien su régimen estará afectado por determinadas especialidades que tienen su origen y razón de ser en las particulares misiones que las Fuerzas Armadas han de desempeñar en cumplimiento de los mandatos a ellas conferidos por la Constitución y demás Leyes.

2. *Relaciones entre el funcionario y la Administración Pública.* Entre el funcionario y la Administración pública se establecen dos grandes tipos de relaciones: la relación de servicio y la relación orgánica, de las cuales la primera es antecedente necesario de la segunda. En virtud de la relación de servicio una persona ostenta la cualidad de funcionario público; en virtud de la relación orgánica el funcionario se incrusta en la estructura del órgano administrativo haciéndole actuar por y para él, como parte jurídicamente integrante del mismo.

La naturaleza de la relación de servicio ha sido muy discutida habiéndose formulado en la doctrina diversas teorías:

a) *Teoría del acto soberano.* formulada por la doctrina alemana del siglo pasado, según la cual el Estado puede exigir coactivamente prestaciones de servicios a sus súbditos, cuya voluntad no posee relevancia jurídica.

Mas, como dice GARCIA TREVIJANO, la teoría del servicio civil obligatorio no puede aducirse como explicación científica en tiempos de normalidad.

b) *Teoría del acto contractual*, que a su vez presenta diversas alternativas o modalidades: inicialmente se configura la relación de servicio como un contrato ordinario de arrendamiento de servicios, de mandato o simplemente contrato innominado; más tarde se calificó como contrato administrativo, el llamado contrato de la función pública, en cuya virtud el funcionario se limitaría a aceptar las cláusulas previa y unilateralmente fijadas por la Administración. La tesis contractual supone el respeto a los derechos atribuidos al funcionario en el momento de su ingreso, de forma que si la Administración utiliza el "ius variandi", deberá compensarle económicamente. El funcionario tendría unos derechos ya adquiridos cuya privación no podría llevarse a cabo por la Administración más que por el mecanismo expropiatorio.

c) *Teoría del acto administrativo bilateral*, según la cual la relación de servicios se origina mediante un acto administrativo a cuya formación concurren conjuntamente dos voluntades, la del funcionario y la de la Administración. A este acto complejo la doctrina le denomina de distinto modo, mientras para JELLINEK es un "acto bilateral", para DUGUIT es un "acto común". Como señala GARCIA TREVIJANO, esta tesis constituye una evasión formalista de las teorías contractuales.

d) *Teorías del acto administrativo unilateral*, sostenidas por gran parte de la doctrina; así encontramos entre sus defensores a HAURIOU, KEZE, BONNARD, ROLLAND. Según esta teoría, la relación de servicio nace por un acto administrativo por cuya virtud y previa aceptación (expresa o tácita) del funcionario, queda éste sometido a una situación estatutaria, definida unilateralmente por una norma objetiva, legal o reglamentaria, de la que derivan derechos y obligaciones. En consecuencia, la Administración puede variar en todo tiempo el "estatuto" de la función sin que pueda hablarse de derechos adquiridos del funcionario.

Esta es la teoría generalmente aceptada por la doctrina científica española. Pero como de su formulación podría deducirse una excesiva rigurosidad en su aplicación, principalmente en lo concerniente a un posible ejercicio abusivo por la Administración de sus facultades de modificación del estatuto, su aplicación en nuestra Patria ha venido siendo atenuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene considerando como "inderogables" ciertos derechos atribuidos por el estatuto en el momento de su ingreso, así como reconociendo como no ajustada a derecho la modificación particular —y no con carácter de generalidad— de determinadas normas estatutarias.

## II. SITUACION ADMINISTRATIVA. CONCEPTO, NATURALEZA Y REQUISITOS

1. *Concepto doctrinal de situación administrativa*. Como ya hemos adelantado, la relación de servicio es el vínculo que une a un funcionario a

una Administración y la orgánica la que une a ese funcionario concreto a un puesto de trabajo determinado. Por la relación orgánica se es titular de un puesto de trabajo, por la de servicio se es funcionario. La relación de servicio es anterior a la orgánica, de tal forma que no se puede tener la segunda sin haber adquirido la primera; es decir, que no se puede ser titular de un puesto de trabajo sin antes ser funcionario. Así pues, no puede haber situaciones administrativas sin haber funcionarios y éstos lo serán en tanto en cuanto existe una relación de servicio. Por tanto, nota común a todas las situaciones administrativas es que en todas ellas tiene que existir la relación de servicio; si no existiese tal relación —como sucede en la separación o en el retiro— habrá otra cosa, pero no una situación administrativa en sentido estricto.

Es por ello necesario tratar de llegar a formular un concepto de situación administrativa.

Desde el punto de vista doctrinal, GERARD LUPI (1) señala que “por situaciones de los funcionarios se puede entender las diversas posiciones que un agente público puede ocupar por razón de su empleo y grado”, añadiendo que “todo funcionario debe encontrarse en una situación...; un funcionario sin situación es una cosa impensable”. Afirmación doctrinal que no es más que la traducción del principio recogido positivamente en el Estatuto francés de la función pública. Formulación que aparece también recogida en nuestra Ley de funcionarios, en el ámbito de la Administración Civil, y en la Militar por el art. 3.º del Real Decreto 734/1979 (“*las situaciones de los Generales, Almirantes, Jefes, Oficiales, Suboficiales y asimilados serán las siguientes...*”).

El autor francés citado plantea el estudio de las situaciones administrativas en dos grandes apartados: el de las situaciones administrativas normales —aquellas por las que pasan necesariamente todos los funcionarios, actividad y jubilación (para LUPI la jubilación es una situación) y situaciones administrativas excepcionales, excedencia, suspensión— caracterizadas por su temporalidad.

En la doctrina española, autores que han tratado el tema de las situaciones administrativas, como SERRANO GUIRADO (2) o GUAITA (3) no llegan a formular un concepto de situación administrativa. Por su parte DE LA VALLINA VELARDE (4) entiende por situaciones administrativas de los funcionarios públicos “aquellas en que los funcionarios, sin perder la condición de tal, continuando existiendo una relación de servicio con la Administración, pueden temporalmente dejar de prestar un servicio activo en los puestos de plantilla que le corresponden según el cuerpo a que pertenezcan”. De acuerdo con esta formulación aparecen excluidas del concepto, por una parte, la situación de actividad en cuanto situación

(1) LUPI, G.: “Les positions du fonctionnaire”, Paris, 1956.

(2) SERRANO GUIRADO, E.: “La Ley de 15 de julio de 1954 sobre situaciones de los funcionarios de la Administración civil del Estado”. Revista de Administración Pública, núm. 15, 1954.

(3) GUAITA, Aurelio: “El ascenso de los funcionarios públicos”. Revista de Administración Pública, núm. 39.

(4) DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”. Revista de Administración Pública, núm. 39, 1962.

normal de los funcionarios; y por otra, la jubilación o retiro, en cuanto que estos actos entrañan la pérdida de la condición de funcionario, la extinción de la relación de servicio que une al funcionario con la Administración.

DE LA VALLINA distingue entre situaciones de carácter general, aplicables a todo tipo de funcionarios, y situaciones de carácter especial, aplicables sólo a determinados puestos o a ciertos cuerpos de funcionarios.

2. *Naturaleza jurídica de las situaciones administrativas.* Con carácter general, y siguiendo a TORREBLANCA VERGARA (5) podemos definir esta naturaleza como la suspensión de la relación orgánica del funcionario, o más concretamente, como una modificación del contenido de la relación jurídica que une al funcionario con la Administración. En efecto, en virtud de la relación orgánica, el funcionario vendrá obligado al desempeño de un puesto de trabajo de la plantilla propia del Cuerpo o Escala a que pertenezca; con las situaciones administrativas lo que se produce es una modificación en el contenido de dicha relación.

Por otra parte, las situaciones administrativas constituyen auténticos derechos subjetivos "ex lege" de los funcionarios, con el sentido que los mismos tienen a consecuencia del carácter legal y reglamentario que la relación funcional presenta.

En tercer lugar, las situaciones administrativas vienen caracterizadas por constituir "numerus clausus"; es decir, no pueden darse situaciones diversas de aquellas que el "status" jurídico del funcionario prevé. Por tanto, todo funcionario debe de encontrarse en una de las situaciones que las normas reguladoras de su respectivo estatuto prevean.

3. *Requisitos de las situaciones administrativas.* De conformidad con cuanto hemos expuesto hasta ahora podemos señalar como requisitos de las situaciones administrativas los siguientes:

a) Constituyen una modificación de la relación jurídica que une a funcionario y Administración Pública.

b) En general, son un auténtico derecho subjetivo del funcionario.

c) Constituyen "numerus clausus"; no hay más situaciones administrativas que las que aparecen previamente configuradas en la Ley y reglamentos.

d) No puede haber funcionarios que no se encuentren en una situación administrativa. De esta nota y de la anterior se deduce el carácter de generalidad de las situaciones administrativas, afectan a todos los funcionarios.

e) Todas las situaciones se traducen en un conjunto de derechos y de obligaciones, prefijados por el ordenamiento jurídico, y que constituyen el contenido propio de cada situación.

4. *Concepto que se propone de situación administrativa.* La legislación vigente en la materia, al igual que la precedente, y tanto la reguladora de los

---

(5) TORREBLANCA VERGARA: "Las situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración civil del Estado". Ed. Instituto García Ovedad, Universidad de Sevilla, 1978.

funcionarios civiles como la concerniente a la Administración Militar, no formulan un concepto de situación administrativa; se limitan a indicar que los funcionarios se encontrarán en alguna de las siguientes situaciones, o que las situaciones... serán las siguientes, o fórmulas semejantes. Por ello se hace preciso intentar la formulación de un concepto de situación administrativa inducido de los preceptos legales.

Si partimos de la idea de que las relaciones entre la Administración y el funcionario nacen mediante el nombramiento y subsiguiente toma de posesión inicial y se mantienen —aunque con diversas modificaciones— en tanto subsista la condición de funcionario, es decir, hasta el momento en que se produce la pérdida de esta cualidad, unido ello a la afirmación de que en todo momento un funcionario ha de encontrarse, necesariamente en una situación, cada una de las cuales está integrada por un particular conjunto de derechos y obligaciones; podemos llegar a concluir que son situaciones administrativas “las diversas modalidades, establecidas por la ley, en que puede encontrarse la relación orgánica de un funcionario y que se traducen en derechos y obligaciones”. No es necesario incluir en la definición que se propone referencia alguna a la relación de servicio que ha de mantenerse en todo caso, puesto que es condición indispensable para que exista el funcionario y por tanto la misma relación orgánica.

### III. REFERENCIA HISTORICA GENERAL A LA LEGISLACION POSITIVA SOBRE SITUACIONES MILITARES

Antes de pasar al examen de cada una de las situaciones a tenor de la legislación vigente en el momento actual, parece obligado hacer una referencia a las principales disposiciones que a lo largo de los años han constituido las normas fundamentales en la materia.

1. *La Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878* contenía ya un atisbo de regulación de las situaciones militares, si bien remitía su concreción a una ley orgánica (así, por ejemplo, el art. 13 establecía que “una ley orgánica del Estado Mayor general del Ejército determinará el número de que se ha de componer el cuadro de Oficiales Generales y sus situaciones”).

A la vista de sus preceptos, el cuadro de situaciones que parecía prever la citada *Ley Constitutiva* quedaría configurado del modo siguiente:

- a) servicio activo (art. 27).
- b) excedencia (art. 29).
- c) reemplazo (art. 29).
- d) licenciado absoluto (arts. 34 y 37).
- e) retirado (arts. 32 y 37).
- f) separado del servicio (art. 32).

2. La Base 8.ª de la *Ley de 29 de junio de 1918* preveía las situaciones

en que se encontrarían los Generales, Jefes y Oficiales, que podemos esquematizar como sigue:

A) *Personal del Estado Mayor General del Ejército*: sus situaciones eran:

— *Activo*, que comprendía todos los mandos y destino que corresponden a los Oficiales Generales.

— *Primera Reserva*, que comprendía a todos los Generales que por su edad hayan sido baja en activo y no les corresponda el paso a la segunda reserva. La edad se fijaba en setenta, sesenta y seis y sesenta y cuatro años, respectivamente, para Tenientes generales, Generales de División y Generales de Brigada.

— *Segunda Reserva*, que comprendía a los Generales que por haber llegado al límite de edad establecido (dos años más por empleo, que los anteriormente señalados) deban cesar en la primera reserva y los que por sus achaques se les conceda.

— *Separados del servicio* a cuya situación pasará un Oficial General o asimilado cuando el Gobierno determine su baja en el Ejército, con arreglo a las leyes.

B) *Jefes y Oficiales, y asimilados*. Sus situaciones eran las que siguen:

— *Actividad*, que comprendía a todos los Jefes, Oficiales y asimilados que figuren en las respectivas Escalas de las diferentes Armas y Cuerpos del Ejército.

— *Reserva*, en la que se encontrarán los que procedentes de la situación de actividad causen baja en ella por edad o a petición propia sin previa declaración que les elimine del Ejército.

Las edades que determinaban el pase a la situación de reserva eran: Coroneles, 62 años; Teniente Coroneles, y Comandantes, 60; Capitanes, 56 y Tenientes y Alféreces, 51; aumentados en dos años para los Cuerpos.

— *Retirado*, a la que pasarían los que, por razón de edad o de sus achaques, no se hallasen aptos para servicio alguno en tiempo de guerra o maniobras. A esta situación se pasaba dos años después de cumplir la edad a la cual les hubiese correspondido cesar en servicio activo, si bien los subalternos permanecerían en la situación actividad hasta las edades antes señaladas y una vez cumplida esta pasarían directamente a la de retirado.

— *Separados del servicio*, que comprendía a los que causaren baja en las situaciones de activo o reserva por sentencia de Tribunal o disposición que taxativamente lo determinase, quedando desde luego separados definitivamente del Ejército.

Como podemos observar la situación de reserva era una situación intermedia entre la de actividad y el retiro, pasándose a ésta de modo automático una vez transcurridos dos años desde el cese en la primera de ellas. Hasta tal punto era una situación intermedia que la propia ley establecía expresamente el contenido de la reserva: a) seguirán perteneciendo al Ejército y a su Arma y Cuerpo correspondiente, aunque con separación de los de activo; b) se considerará como de "disponibilidad" para campaña y maniobras; c) estarán afectos durante la paz a unidades de Reserva o territorial, según su residencia, edades, aptitudes y condiciones; d) gozarán de las consideraciones y preeminencias que por sus servicios y

empleos les correspondan; e) disfrutarán del sueldo a que, como haber pasivo, tengan derecho y les esté concedido; en caso conveniente o necesario tomarán parte en iguales condiciones que si estuviesen en activo, en campaña, maniobras y movilizaciones, gozando, en estos casos, de igual sueldo de activo inherente a sus empleos, con todas las gratificaciones y emolumentos anejos al cometido o cargo que desempeñen; f) se les computará el tiempo en que sirvan en campaña para la mejora de sus derechos pasivos y para la correspondiente a la Orden de San Hermenegildo, y durante ella obtendrán las recompensas a que se hubiesen hecho acreedores por sus méritos y servicios del mismo modo que si perteneciesen a la escala activa; g) el restante tiempo que permanezcan en situación de reserva se les computará por mitad para las mejoras de sus derechos en la Orden de San Hermenegildo, sin que el abono por este concepto pueda exceder de un año.

3. *El Decreto de 23 de septiembre de 1939* contempla las situaciones en que podrían encontrarse los Generales, Jefes y Oficiales y asimilados de las Armas y Cuerpos, en todas las escalas del Ejército. Estas situaciones eran las siguientes:

1. *Escala activa y complementaria:*

- A) *Actividad:* a) con destino de plantilla; b) con destino en comisión.
- B) *Disponible:* a) forzoso; b) voluntario.
- C) *Reemplazo:* a) por enfermo; b) por herido.
- D) *Supernumerario.*
- E) *Procesado.*

2. *Escala de Complemento:*

- A) *Actividad.* B) *Disponible.* C) *Procesado.*

3. *Reserva (para Generales).*

4. *Retirado (para Jefes y Oficiales).*

Este mismo cuadro aparece reproducido en términos casi idénticos en los Decretos de 23 de septiembre de 1939 y de 17 de octubre de 1940 que establecían las distintas situaciones en que podían encontrarse los Generales, Jefes y Oficiales de la Armada y del Ejército del Aire, respectivamente.

Si bien, en el Decreto de 17 de octubre de 1940 se preveía la situación de "condenado", en la que se encontrarían los Generales, Jefes, Oficiales y Suboficiales sancionados por sentencia firme con penas que no produzcan la salida definitiva del Ejército del Aire, en tanto no extingan la pena..."

Nos interesa señalar que, mientras las disposiciones citadas van precisando a lo largo de su articulado quiénes se encuentran en cada una de las situaciones indicadas y su contenido, nada dicen respecto a las de reserva y retiro, a pesar de contemplarlas como tales situaciones.

4. *El Decreto de 12 de marzo de 1954*, con diversas modificaciones posteriores, y desarrollado por Ordenes de 27 de marzo de 1954 (Ejército de Tierra), 17 de mayo (Ejército del Aire) y 10 de junio del mismo año (Marina de Guerra), daba nueva regulación a las situaciones militares estableciendo un principio unificador, al menos desde el punto de vista formal, aunque no con todas las consecuencias por cuanto existía la posibilidad de una posible

desvirtuación a través del desarrollo en aplicación a cada uno de los tres Ejércitos. En todo caso hemos de resaltar que las Ordenes de desarrollo supieron respetar los principios del Decreto, hasta tal punto que la mayoría de sus preceptos eran una reproducción del articulado de aquel.

Con arreglo a estas disposiciones el cuadro general de las situaciones para el personal profesional y asimilados de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire queda fijado así:

- a) de plantilla,
- b) disponible,
- c) disponible voluntaria,
- d) reemplazo por herido o por enfermo,
- e) supernumerario,
- f) en servicios especiales, integrada, a su vez, por tres grupos: destinos de carácter militar, destinos de interés militar y cargos civiles.
- g) procesado,
- h) suspenso de empleo,
- i) postergado,
- j) reserva (para oficiales generales y asimilados).

Comparando este Decreto con aquellos a que había venido a sustituir observamos, por una parte, que añade tres situaciones (servicios especiales, suspenso de empleo y postergado); y, por otra, que elimina como situación militar la de retirado, si bien previene la posibilidad de que personal retirado preste servicio, estableciendo que en tal caso se les abonará la diferencia de sueldo incrementando en las asignaciones inherentes al cargo y el perfeccionamiento de trienios, sin que estos sean tenido en cuenta a efectos de derechos pasivos, excepto en caso de movilización decretada por el Gobierno (art. 12).

5. *Legislación actualmente vigente.* La materia cuyo estudio nos ocupa ha sido objeto de reciente modificación en su regulación, siendo las disposiciones fundamentales las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, y el Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo.

Las Reales Ordenanzas que, tanto por su rango de Ley formal como, sobre todo, por su trascendencia material, han de constituir punto obligado de referencia en esta como en otras cuestiones concernientes a la regulación de los Ejércitos, contienen las disposiciones básicas, a modo de Ley marco, acerca de las situaciones militares. Así, disponen:

*Art. 210.* "El militar de carrera, en tanto no pierda su empleo o pase a la condición de retirado, tiene como situaciones básicas las de actividad o reserva. En actividad podrá estar destinado en las Fuerzas Armadas o en organismos con ellas relacionados, disponible para ocupar destino y fuera del servicio activo con carácter temporal". Las situaciones que puedan derivarse de enfermedad, heridas o medidas judiciales o disciplinarias se determinarán reglamentariamente. El militar podrá pasar a supernumerario; el tiempo mínimo de servicio para poder solicitarlo, los criterios de concesión, los plazos de permanencia y las consecuencias que se deriven para su carrera serán fijadas por la Ley".

*Art. 211.* "Todo militar que acepte ser designado para el desempeño de



una función pública, se presente a elecciones para órganos representativos o participe de cualquier otro modo en la dirección de los asuntos públicos, pasará a la situación que señale la Ley, que determinará los efectos que por tal causa se deriven para su carrera”.

*Art. 232* (bajo la rúbrica “de las situaciones pasivas”). “A la situación de retirado se podrá pasar a petición propia, al alcanzar determinada edad o de oficio, como consecuencia de una resolución legalmente adoptada. En ella se percibirán unos haberes pasivos en función del empleo alcanzado y años de servicios prestados, que serán transmisibles a la familia en caso de fallecimiento del causante. Su cuantía y actualización se establecerán en perfecta analogía con los devengos del personal en activo y por ninguna causa podrá ser privado de ellos”.

El análisis de estos preceptos nos sugiere de modo inmediato una primera consideración; la de actividad no es propiamente una situación militar, es el período de tiempo durante el cual se ostenta la cualidad de militar, que comienza con su adquisición mediante el cumplimiento de los requisitos al efecto establecidos, y termina con su cese, llegada la edad del retiro, en los supuestos ordinarios. No obstante lo cual, puede admitirse, como forma de entendimiento —aunque desprovista de rigurosidad técnico-jurídica— que se trata de una situación.

En segundo lugar, que se utiliza para la regulación específica de determinadas situaciones un sistema de remisión a normas de diverso rango jerárquico mientras para los efectos que pudieran derivarse de enfermedad, heridas, etcétera, se estará a lo que disponga “reglamentariamente”, la situación de supernumerario será regulada por Ley (ley formal, se entiende).

En tercer lugar, con respecto a la situación en que haya de encontrarse el personal que desempeñe funciones públicas (no como tal funcionario militar, se entiende) o se presente a elecciones para órganos representativos o participe de cualquier otro modo en la dirección de los asuntos públicos —lo que el Real Decreto-Ley 10/1977, había denominado “actividades políticas y sindicales—, parece dejarse la puerta abierta a no exigir necesariamente la baja en el Ejército con carácter definitivo.

Hechas estas observaciones, los preceptos anteriormente transcritos nos permiten concluir que, a la vista de las previsiones contenidas en las Reales Ordenanzas, el cuadro de las situaciones militares podría ser el siguiente:

1. *Actividad*, dentro de la que se distinguiría:
  - A) Ocupando destino,
  - B) Disponible para ocupar destino,
  - C) Fuera del servicio activo con carácter temporal, en la que se encuadrarían: enfermo, herido, sometido a procedimiento judicial o disciplinario, supernumerario y excedente voluntario.
  - D) Situación especial, en tanto dure el ejercicio de cargos públicos (que podría también incluirse como una modalidad de la anterior señalada con letra C).
2. *Reserva*.
3. *Retiro*.

Finalmente, el B. O. E. de 9 de abril de 1979 insertó el *Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo*, "por el que se fijan las situaciones del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas". Constituye, pues, esta norma —de carácter meramente reglamentario— la disposición de inmediata aplicación en la materia, y que se justifica, habida cuenta del tiempo transcurrido desde la promulgación del Decreto de 12 de marzo de 1954, por la finalidad de "adaptar su redacción a las circunstancias y necesidades actuales de las Fuerzas Armadas", el propósito de homogeneizar sus denominaciones, en lo posible, con las de los funcionarios de la Administración Civil, así como por la acomodación de las situaciones al régimen retributivo establecido por el Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo.

Con arreglo al Real Decreto de referencia, las situaciones de los Generales, Almirantes, Jefes, Oficiales, Suboficiales y asimilados serán las siguientes:

1. *En servicio activo.*
2. *Disponible forzoso.*
3. *Reemplazo:* a) por herido; b) por enfermo.
4. *Excedencia:* a) voluntaria; b) especial.
5. *Supernumerario:* a) destinos de carácter militar; b) destinos de interés militar.
6. *Procesado.*
7. *Suspenso de empleo.*
8. *Prisionero de guerra.*
9. *Desaparecido.*
10. *Reserva.*
11. *Retiro.*
12. *Situaciones particulares:* a) Ley de reserva (Ley de 17 de julio de 1953); b) en servicios civiles y en expectativa de servicios civiles (Ley de 17 de julio de 1958), y c) situación especial contemplada por el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero.

El simple cotejo de este cuadro con el que ofrecía la legislación anterior, contemplada en el Decreto de 12 de marzo de 1954 y disposiciones complementarias, nos permite apreciar algunas diferencias entre las que destacan las siguientes.

Se sustituye la denominación de la situación "de plantilla" por la de "servicio activo", probablemente para equiparar la denominación con la correspondiente de los funcionarios civiles; sin embargo, a la vista del art. 210 de las Reales Ordenanzas parece más propia la anterior, por cuanto en servicio activo se está en tanto en cuanto se pertenezca a los Ejércitos, antes de la llegada del retiro, lo que es distinto de que efectivamente se desempeñe un destino.

Se configura con más propiedad la situación de "excedencia", atribuyendo esta denominación a la voluntaria (antes "supernumerario"); la razón parece ser la misma expresada de establecer denominaciones homogéneas con las de los funcionarios civiles.

Se incluyen en la regulación general las situaciones de prisionero de guerra y de desaparecido, lo que era necesario a la hora de integrar en un texto único la regulación general de las situaciones, y es obvio que las

circunstancias que pueden dar origen a ambas situaciones son típicas de la actividad de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Desaparece la situación de postergado, sin que la Exposición de Motivos contenga explicación alguna acerca de este punto.

Finalmente, no queremos dejar de señalar dos aspectos que nos parecen de interés. Es el primero que, a pesar de la proximidad de las fechas de la promulgación de las Reales Ordenanzas y el Real Decreto aludido, no parece que haya existido la debida y conveniente coordinación entre sus redactores, lo que se pone de relieve significativamente en la situación de supernumerario, respecto a la cual la Ley —Reales Ordenanzas— se está refiriendo, a nuestro entender, a la excedencia voluntaria empleando la denominación anterior.

El segundo aspecto, que creemos de mayor trascendencia jurídica es el relativo al rango normativo de la disposición. A nuestro criterio las situaciones militares, del mismo modo que el régimen de ascensos, el retributivo y el sancionador —ya sea en vía judicial o disciplinaria— deberían revestir la forma de Ley, y así lo prevén las propias Reales Ordenanzas acerca de alguna situación concreta; mandato éste que si bien no vincula al órgano que encarna el poder legislativo —por aplicación del principio “lex posterior derogat anterior”— si vincula a la Administración Pública en tanto que, por definición el Reglamento como manifestación de la facultad normativa de la Administración ha de estar subordinada a la Ley; y la Administración pública no dispone de poderes jurídicos suficientes para hacer quebrar la reserva de Ley formal establecida por el propio Poder Legislativo. Sin que a esta argumentación sea obstáculo la alegación que pudiera esgrimirse de que el poder reglamentario es más flexible y se adapta mejor a las modificaciones que las necesidades de las Fuerzas Armadas, por su propia función, pueden requerir. Antes al contrario, a tales necesidades atiende el repertorio —suficientemente amplio— de situaciones; a ello añadamos el principio de seguridad jurídica, consagrado constitucionalmente, y la equiparación de trato —que el mismo Real Decreto recoge como una de las finalidades— con el régimen de los funcionarios de la Administración Civil, cuyo sistema de situaciones se encuentra sometido al principio de reserva de Ley.

#### IV. LAS SITUACIONES MILITARES EN PARTICULAR

Pasamos ahora al examen de cada una de las situaciones en particular, para lo cual hemos prescindido de adoptar un criterio sistemático, prefiriendo seguir el mismo orden establecido por el propio Real Decreto, no carente, por otra parte, de una cierta lógica, al menos desde el punto de vista cronológico, en el orden normal de pasar de una situación a otra; dejando a salvo, naturalmente, aquellos supuestos en que no pueda establecerse con absoluta rigidez tal orden temporal.

##### Uno. *SITUACION DE SERVICIO ACTIVO*

1. *Quiénes están en esta situación.* En la situación de servicio activo se

encuentra todo el personal que ocupa destino de los previstos o asignados para su Arma, Cuerpo y empleo en las Fuerzas Armadas, Organismos militares y Ministerio de Defensa.

2. *Contenido y efectos.* La situación de servicio activo es la situación administrativa plena, en la que el funcionario se encuentra en plenitud del goce y ejercicio de todos sus derechos y deberes.

Es, por otra parte, la situación inicial de todo aquel que comienza la carrera militar, comenzando por el otorgamiento del correspondiente nombramiento o empleo, incorporación a su destino y toma de posesión.

El art. 4.º del R. D. 734/1979 se refiere de modo expreso a los efectos de esta situación en orden al cómputo de tiempo de servicio y al aspecto económico, dispiniendo que:

— El tiempo permanecido en esta situación es válido a todos los efectos conforme a las disposiciones vigentes en cada Ejército. Lo que tiene especial relevancia en el régimen de ascensos, cuyas normas reguladoras omitimos citar aquí por no ser objeto específico de nuestro estudio.

— En el orden económico, percibirán las retribuciones básicas, las complementarias, las pensiones y recompensas y las indemnizaciones que correspondan con arreglo a la legislación vigente.

El personal que sea nombrado mediante Decreto para el desempeño de cargos en la Administración Militar que tengan cifrados en presupuestos sueldos y retribuciones complementarias, específicas, dejará de percibir las retribuciones básicas correspondientes a su empleo y antigüedad, a no ser que renunciare al sueldo correspondiente al cargo; en este caso percibirá la totalidad de retribuciones de carácter personal a que se refiere el art. 2.º del R. D. 734/1979.

El régimen retributivo, cuyas disposiciones principales están contenidas en el Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, el Decreto 346/1979, de 22 de febrero, sobre retribuciones complementarias, y en el Decreto 176/1975, de 30 de enero, sobre indemnizaciones por razón de servicio, se articula del modo siguiente:

A) *Retribuciones básicas*, constituidas por:

a) *Sueldo*, cuya cuantía se fijará manteniendo la proporcionalidad de diez, cuatro y seis, según los grupos a que se refiere el art. 14 del R. D.-Ley 22/1977.

b) *Grado de la carrera militar*, que resultará del empleo militar alcanzado y de la permanencia en el grupo correspondiente.

c) *Trienios*, constituidos por una cantidad fija determinada en función de los grupos aludidos.

d) *Pagas extraordinarias*, de cuantía igual cada una de ellas a la suma de una mensualidad de los conceptos sueldos, grado y trienios.

La cuantía de las retribuciones básicas se fijará en los Presupuestos generales del Estado.

B) *Retribuciones complementarias*, que serán ordinarias y especiales.

a) *Ordinarias* son:

— *Complemento de destino*, que corresponderá a la responsabilidad derivada del que se desempeñe.

— *Complemento familiar*, en proporción a las cargas familiares.

b) *Especiales*, integradas por los conceptos de:

— *premios por particular preparación*,

— *especial preparación técnica*, y

— *gratificaciones por servicios extraordinarios y ordinarios de carácter especial que retribuirán esta clase de servicios*.

C) *Indemnizaciones* que por razones de servicio puedan corresponderle, así como por residencia en aquellos lugares del territorio nacional en que se establezca por el Gobierno.

Sin embargo, el conjunto de derechos y deberes que constituye el contenido propio de la situación plena o de servicio activo no se agota en los dos aspectos señalados, sino que es de mayor amplitud, lo que nos permite establecer un esquema de derechos y deberes, además de los ya referidos, no sin antes advertir que nos referiremos tan sólo a aquéllos que inciden directamente en el orden estrictamente administrativo, dejando fuera de nuestra consideración todos aquellos otros que las Reales Ordenanzas contemplan bajo la rúbrica de “deberes y derechos civiles y políticos”.

1) *Derecho al cargo*, en un doble sentido:

a) El derecho al empleo, que es un derecho subjetivo perfecto. Así, según el art. 209 de las Reales Ordenanzas (como también el art. 30 de la Ley Constitutiva de 29 de noviembre de 1878) establece de forma tajante que “el empleo militar, conferido con arreglo a la Ley, constituye una propiedad con todos los derechos establecidos”; aserto legal que se refuerza limitando taxativamente las causas de pérdida del mismo; renuncia voluntaria, sentencia firme de tribunal competente o pérdida de la nacionalidad española.

b) Derecho al desempeño de un destino, pero en este caso tiene una especial importancia el interés del servicio. El art. 216 de las Reales Ordenanzas establece que “los destinos... se proveerán por antigüedad; mérito o elección, con estricto cumplimiento de la legislación vigente y ajustándose a criterios en que prevalezca el interés del servicio, la justicia y la equidad”. En concordancia con este precepto, las disposiciones reguladoras de la provisión de destinos en cada Ejército, además de señalar aquellos que han de asignarse por libre designación, prevén los supuestos de cobertura de vacantes o destino por necesidades del servicio; si bien hemos de observar que esta expresión no siempre ha sido rectamente entendida, pues no ampara la absoluta libertad. Se trata de lo que en Derecho Administrativo se denomina “concepto jurídico indeterminado” —distinto de la discrecionalidad—, respecto del cual la Administración no dispone de varias soluciones alternativas igualmente válidas, sino de una sola, por lo que estimamos que su concurrencia o no podrá ser objeto de revisión jurisdiccional, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

2) *Derecho a la carrera administrativa*, concretado en el *derecho al ascenso* (art. 215 de las Reales Ordenanzas).

La carrera militar es especialmente alentada y protegida por la Ley —“la formación permanente deberá ser preocupación constante del que ejerce la profesión de las armas” (art. 212); “el militar de carrera deberá tener un deseo constante de promoción a los empleos superiores” (art. 214)

hasta tal punto que "la falta de interés en perfeccionar las condiciones requeridas para merecer el ascenso es muestra de poco espíritu militar" (art. 214, in fine).

3) *Derecho a la suspensión temporal del deber de desempeño del destino o cargo encomendados*, concretado en: a) permisos periódicos; b) permisos extraordinarios que por razones personales o familiares estableciesen las disposiciones reglamentarias; c) licencias por asuntos propios, y d) licencias por enfermo.

4) *Derecho a la asistencia y seguridad social*, en los términos previstos en la Ley de 27 de junio de 1975 y disposiciones reglamentarias y complementarias.

A su lado y bajo la denominación más genérica de "acción social" se reconoce "el derecho a residencia, viviendas y acuartelamientos dignos" (art. 195 Reales Ordenanzas).

Los servicios de asistencia de las Fuerzas Armadas atenderán en lo posible los problemas que plantean a sus miembros y familias las condiciones específicas de la vida militar y, muy especialmente, las derivadas de la movilidad de los destinos. La solución de las dificultades económicas, educativas y de adaptación al medio social serán objeto de preocupación constante y preferente (art. 196). Como claramente se deduce del tenor del precepto se trata más bien de una declaración programática, que ha de adquirir efectividad mediante la promulgación de disposiciones concretas.

5) *Derecho a recibir recompensas, condecoraciones y honores*.

Los derechos tienen su contrapartida de *deberes*. De entre los deberes de carácter general a que se alude en los arts. 26 y siguientes de las Reales Ordenanzas, por lo que aquí nos interesa, resaltamos los siguientes:

1. *Deber de respeto a la Constitución* y de cumplimiento ejemplar de los deberes generales de todos los ciudadanos (arts. 26 y 168 Reales Ordenanzas).

2. *Obligación de observar estrictamente las normas sobre uso legítimo de la fuerza* (art. 170).

3. *Deber de residencia* en el lugar de su destino (art. 175 Reales Ordenanzas).

4. *Disponibilidad permanente para el servicio*.

3. *Extinción*. La situación de servicio activo cesa por el pase a otra situación, y de manera particular por pasar a las reservas o retiro, en las condiciones y requisitos que más adelante examinaremos al contemplar esas dos situaciones.

## Dos. *DISPONIBLE FORZOSO*

1. *Quiénes se encuentran en esta situación*. Estarán en situación de disponible forzoso todo el personal que procedente de cualquier situación quede pendiente de pasar a otra.

De donde se deduce que tiene carácter de situación "puente", de ahí la nota de transitoriedad insita en la misma.

Normalmente se dará cuando se haya cesado en cualquier situación que no sea la de servicio activo, antes de pasar a ésta. Y también cuando se cese en el destino, lo que se producirá normalmente por ascenso o por

transcurso del tiempo inicialmente previsto para su ocupación, en tanto no le sea asignado otro.

2. *Contenido y efectos.*

2.1. *Cómputo de tiempo de servicio.* El tiempo permanecido en esta situación es válido a los efectos que correspondan conforme a las disposiciones vigentes para las Fuerzas Armadas. De particular importancia es para el cumplimiento de condiciones de ascenso, puesto que con arreglo a las diversas normas reguladoras de éste en los respectivos Ejércitos, el tiempo permanecido en situación de disponible sólo es válido para el cumplimiento del requisito de efectividad o permanencia en el empleo, pero no para el relativo a tiempo de destino efectivo.

2.2. *De orden económico.* A) Durante los seis primeros meses que se permanezca en esta situación se percibirán las retribuciones básicas, las de carácter personal, el complemento de destino y las indemnizaciones que pudieran corresponderle.

B) Transcurridos seis meses y hasta que se le otorgue destino se produce una disminución en los haberes, puesto que las retribuciones complementarias se reducen a "un complemento cuya cuantía será igual al setenta y cinco por ciento del de destino, y las indemnizaciones que pudieran corresponderle".

Este distinto trato merece una cierta crítica en cuanto que establecido con carácter general y sin tener en cuenta los motivos que pudieron haber originado el pasar a esta situación.

3. *Extinción.* La situación de disponibilidad cesará como regla cuando se pase a otra de las previstas, y en particular por la asignación de nuevo destino.

Tres. *SITUACION DE REEMPLAZO.* La situación de reemplazo está ya consolidada en la legislación sobre situaciones militares, y la misma locución "de reemplazo" tiene un sabor inequívocamente militar. De ella dice el Diccionario de la Real Academia lo siguiente: "dícese de la situación en que queda el jefe u oficial que no tiene plaza efectiva en los cuerpos de su arma, pero sí opción a ella en las vacantes que ocurran" y mucho tiene que ver la concepción académica con la regulación positiva, como veremos inmediatamente.

El R. D. 734/1979, distingue dentro de esta situación dos modalidades, atendiendo al origen de las mismas: por herido y por enfermo.

A) *Reemplazo por herido.*

1. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Estará en esta situación el personal herido en acto de servicio o con ocasión de él (6) si a los cuatro meses de causada la lesión no se encuentra en condiciones de prestar servicio (art. 6.º-a) uno).

2. *Contenido y efectos.*

---

(6) Art. 256 Código de Justicia Militar: "Para los efectos de este Código se consideran actos del servicio todos los que tengan relación con los deberes que impone al militar su permanencia en los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire. El mismo precepto califica como actos del servicio de armas todos los actos militares que reclaman en su ejecución el uso, empleo o manejo de las mismas, con arreglo a las disposiciones generales que rijan y a las órdenes particulares que dicten los Jefes en su caso."

2.1. El tiempo permanecido en esta situación se considera válido a los mismos efectos que si continuase prestando servicio en el destino en que fue herido; lo que es perfectamente lógico habida cuenta la causa de la lesión. Pero esta afirmación ha de ser objeto de matizaciones, ya la expresión "los mismos efectos" no parece que sea total y literalmente aplicable al cumplimiento de las condiciones de ascenso; en primer lugar, tal cumplimiento exige un tiempo de efectividad en el empleo y un tiempo de servicio prestado desempeñando un destino; en segundo lugar, porque así se deduce del párrafo segundo del ap. 3, letra a) del art. 6.º del Real Decreto sobre situación: "caso de corresponderle el ascenso y no haber podido cumplir las condiciones de aptitud a causa de la situación de reemplazo (luego, durante la permanencia en la situación de reemplazo tales condiciones no se cumplen), se deberán cumplir al cesar en esta y se ascenderá entonces con ocasión de vacante, recuperando la antigüedad y puesto en la escala que le hubiese correspondido de no haber sido herido, siempre de acuerdo con las disposiciones de cada Ejército".

2.2. *Producción de vacante.* El pase a la situación de reemplazo producirá vacante para el ascenso, y el exceso por la vuelta a la de disponible forzoso o la que corresponda, se amortizará aplicando el turno de normas establecido en cada Ejército.

2.3. *Derechos económicos.* La situación de reemplazo por herido es objeto de especial protección en el orden económico, puesto que en ella se percibirán las retribuciones que le correspondiesen como si estuviese destinado en la misma Unidad, Centro o Dependencia en que prestaba sus servicios en el momento de ser herido o en el que se encuentra destinado en el momento de pasar a la situación de reemplazo por herido, de resultar este último más beneficioso. Si no se hallare en situación de servicio activo, percibirá las retribuciones que correspondan a su último destino.

Difícil será encontrar, salvo supuestos de excepción y debidos a motivaciones de muy diversa índole, casos en que se pueda resultar herido si no es en situación de servicio activo, atendido el concepto que de esta fórmula el R. Decreto de situaciones; a no ser que aquí, con la expresión "servicio activo" se está refiriendo a la permanencia en "actividad"; si así fuera nos encontraríamos con una falta de depuración terminológica que, por ofrecer dificultades de interpretación, debería haberse procurado no introducir.

Cuando las lesiones se produzcan en acto de servicio en el extranjero o estando con disfrute de remuneraciones especiales por razón de la misión que en él se desempeñe, se continuarán percibiendo, mientras se permanezca fuera del territorio nacional, hasta reintegrarse al mismo, en cuyo momento se aplicará el régimen retributivo que se deriva de los dos supuestos anteriormente expresados, en sus respectivos casos.

Cuando la permanencia en el extranjero fuera por razón de destino se aplicará el régimen del primer supuesto.

### 3. *Extinción.*

3.1. Se cesa en esta situación al producirse el alta por curación según certificado médico expedido por el Tribunal Médico Militar correspondiente; y en todo caso, a los cuatro años de permanencia en esta situación.



3.2. *Efectos del cese.* A su término el interesado pasará a la situación de disponible forzoso o a la que corresponda de no ingresar en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria (7).

El precepto adolece de cierta oscuridad. Parece evidente que si la causa del cese en la situación es la curación de las heridas, se pase a la situación de disponible forzoso, como situación provisional en la que se permanece en tanto no se pasa a otra. Asimismo, podrá ingresar en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria si cumple los requisitos exigidos en la legislación específica al respecto. Ahora bien, de no ser estas las dos salidas, ¿qué quiere decirse con la expresión "la (situación) que corresponda"? Quizá se haya pensado en la posibilidad de que el interesado haya solicitado la excedencia voluntaria, puesto que el paso por la de disponible es necesario al menos desde el punto de vista ideal, aunque en la realidad pueda suceder que al mismo tiempo en que cesa (naturalmente por curación) en la situación de reemplazo por herido, sea designado para un destino ordinario (servicio activo) o alguno de los que dan lugar a las situaciones de excedencia especial o supernumerario.

B) *Reemplazo por enfermo.*

1. *Quiénes pasan a esta situación.* Se encontrarán en situación de reemplazo por enfermo aquellos que hayan agotado los plazos señalados para las licencias por enfermo.

2. *Contenido y efectos.*

2.1. *El tiempo que se permanezca en esta situación es válido a los efectos que correspondan de acuerdo con las disposiciones vigentes para las Fuerzas Armadas.* Damos aquí por reproducidas las consideraciones formuladas en este punto respecto a la situación de reemplazo por herido.

2.2. *El pase a esta situación producirá vacante para el ascenso, y el exceso por la vuelta a la de disponible forzoso o la que corresponda se amortizará aplicando el turno normal establecido en cada Ejército.*

2.3. *Derechos económicos.* Si el enfermo se encontraba en situación de servicio activo se considerará a efectos retributivos como destinado en la misma Unidad, Centro o Dependencia, en que prestaba sus servicios en el momento de caer enfermo.

En otro caso, percibirá las retribuciones correspondientes a la situación que tenía antes de pasar a reemplazo por enfermo.

3. *Extinción.* La situación de reemplazo por enfermo no permite continuar indefinidamente en la misma, sino que se establece una duración máxima: dos años consecutivos o cuatro discontinuos en esta situación darán lugar al pase a la que proceda según la legislación vigente (art. 6.º-b) uno, pár. segundo).

El precepto sugiere dos cuestiones. La primera es la relativa al cómputo del plazo de cuatro años, respecto de la cual parece que habrán de entenderse referidos exclusivamente a la situación y no estarían comprendidos en el cómputo los previos periodos de licencia por enfermo.

---

(7) Ley 5/1976, de 11 de marzo. Reglamento y Cuadro de lesiones y enfermedades aprobado por Decreto 712/1977, de 1 de abril.

La segunda cuestión hace referencia a la determinación de cuál sea la situación a la que haya de pasarse como consecuencia del transcurso de estos plazos. En los supuestos normales podrá ser una de las siguientes, según la respectiva jerarquía militar del afectado: reserva o retiro, y en ambos casos, por causa de inutilidad física o bien por haber llegado a la edad señalada, antes de obtener la curación.

Cuatro. *SITUACION DE EXCEDENCIA*. La situación de excedencia se configura principalmente por constituir una cesación temporal en el ejercicio de su empleo, bien por conveniencia particular, bien por haber sido designado mediante Decreto para el desempeño de un cargo civil.

Aparecen así las dos modalidades de excedencia que contempla el Real Decreto: la excedencia voluntaria y la excedencia especial.

El Texto Articulado de la Ley de Funcionarios de la Administración civil del Estado contempla como tercera modalidad la de excedencia forzosa, que tiene un cierto paralelismo con la situación militar de disponible forzoso. En efecto, si la excedencia forzosa procede por reforma de plantilla o supresión de la plaza de que sea titular el funcionario cuando signifique el cese obligado en el servicio activo, o por imposibilidad de obtener el reingreso en aquel en los casos de cese forzoso en la situación de supernumerario; disponible forzoso estará aquel que, procedente de cualquier situación quede pendiente de pasar a otra, y esa situación de procedencia puede ser perfectamente la de supernumerario, procesado, o incluso la misma de excedencia voluntaria o especial.

A) *Excedencia voluntaria*.

1. *Quienes se encuentran en esta situación*. Estarán en excedencia voluntaria aquellos a quienes se conceda el cese temporal en el ejercicio de su empleo, a petición propia, por necesidad particular o conveniencia también particular, y cumpla las condiciones que se establecen en el art. 7.º del Real Decreto de situaciones.

La excedencia voluntaria, en la concepción positiva se identifica por la concurrencia de dos elementos que permiten diferenciarla de otras situaciones: el primero de ellos es el de "cese temporal en el ejercicio de su empleo" que la diferencia de la situación de servicio activo, pero es común con otras situaciones pues también comportarán el cese en el ejercicio del empleo y con carácter temporal las de disponible, reemplazo, procesado, suspenso de empleo. El segundo elemento es el relativo a la causa del cese, cual es la necesidad o conveniencia particulares del afectado, lo que la diferencia netamente de las situaciones aludidas, que tienen su origen en otras motivaciones que son ajenas a tal necesidad o conveniencia particulares.

Estos elementos nos permiten señalar una diferencia con la misma situación de los funcionarios civiles. El art. 45 del Texto articulado de la Ley de funcionarios de 1964 prevé como causas de la excedencia voluntaria: pertenecer a otro Cuerpo de la Administración o ser titular de otra plaza del Estado o de la Administración local; en caso de matrimonio de la mujer funcionario; por interés particular del funcionario. La segunda causa no podría producirse actualmente en las Fuerzas Armadas, por razones

obvias. De las otras dos, la Administración militar sólo reconoce la de interés particular y no contempla la posibilidad que el militar puede pertenecer a otro Cuerpo de la Administración. Por el principio de congruencia en la producción de normas jurídicas nos parece difícil sostener que existe aquí un olvido del legislador; pensamos mejor que se trata tal vez de una omisión intencionada que entraña el mantenimiento de las características propias de las Fuerzas Armadas. Nos permitimos observar que se olvida aquí el principio de personalidad jurídica única de la Administración del Estado (art. 1.º de la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Admón. del Estado), así como que las características propias de las Fuerzas Armadas no quedarían desvirtuadas por la admisión de causa de excedencia voluntaria la pertenencia a otro Cuerpo de la Administración. Tan sólo surgiría un inconveniente en el caso de que ese otro Cuerpo fuera uno también militar, habida cuenta del mantenimiento del principio de ascenso por la previa y necesaria posesión y desempeño de los grados inferiores para acceder a los superiores.

La cesación en el ejercicio del empleo que la excedencia supone ha de ser temporal; es decir, que tiene un límite mínimo y otro máximo de permanencia en la situación, como más adelante veremos.

2. *Requisitos.* El pase a la situación de excedencia voluntaria requiere el cumplimiento de unos determinados requisitos, a saber:

a) Ha de ser a petición propia; en consecuencia, se concede por la Administración.

b) Se exige previa prestación de un tiempo mínimo de servicios, que se cifra en cinco años de servicios efectivos desde la obtención de la categoría mínima de su Escala, de Arma o Cuerpo, o que se encuentre comprendido dentro de las limitaciones propias y particulares de cada Ejército (art. 7.º-a)-dos).

Señalemos que la categoría mínima de las Escalas del Cuerpo de Suboficiales es la de Sargento, y en cuanto a los Oficiales, de modo general, salvo algún caso particular de Cuerpos Auxiliares, la de Teniente; de modo que a este efecto no es computable el empleo de Alférez, cuando se ostenta la condición de Alumno de Academia Militar.

c) Su concesión constituye un derecho, si bien condicionada por las necesidades de servicio, en cuya virtud "se podrá denegar la petición".

A este efecto interesa subrayar que el concepto de "necesidades del servicio" constituye un concepto jurídico indeterminado y no un acto discrecional de la Administración, de tal forma que la denegación habrá de ser motivada, a fin de que pueda ser sometida a revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa.

La materia ha sido desarrollada por la O. M. 2260/1979, de 10 de julio, por la que se dictan normas para la concesión del pase a la situación de excedencia voluntaria (D.O.E.A. núm. 84, de 14 de julio), con arreglo a la cual se prevé el establecimiento de un porcentaje máximo de personal que pueda estar en la situación de excedencia voluntaria en cada empleo de las distintas Armas, Cuerpos y Escalas de los tres Ejércitos; sistema que se había establecido ya en la Armada con anterioridad, siendo la última de las disposiciones la Orden 333/76, de 30 de marzo.

Fijado tal porcentaje la concesión se hará según el orden determinado por la fecha de entrada de las instancias en el Registro General del correspondiente cuartel General de cada Ejército, sin relación alguna con la antigüedad de los solicitantes. Lo que parece exigir, implícitamente, que los porcentajes máximos sean publicados en los periódicos oficiales.

Una vez alcanzado el porcentaje máximo establecido, las instancias de aquellos a quienes no hubiera correspondido la concesión, y las que se reciban posteriormente quedarán numeradas por orden riguroso de recepción, para tenerlas en cuenta, si procede, en sucesivas concesiones, salvo que el interesado exprese por medio de una instancia posterior que no desea acogerse ya a la situación de excedencia voluntaria.

Si algún titular de instancia no atendida fuera ascendido a un empleo superior, manifestará por medio de otra si persiste en su deseo de optar a la situación de excedencia voluntaria en el nuevo empleo, en cuyo caso se numerará en último lugar entre las no atendidas de dicho superior empleo.

d) Habiendo permanecido ya en situación de excedencia voluntaria no podrá solicitarse por segunda o ulteriores veces hasta que hayan transcurrido tres años desde que se haya cesado en ella.

En la situación de excedencia voluntaria habrá de permanecerse un mínimo de un año y un máximo de cinco, sin perjuicio de lo que se expresará respecto a este límite máximo.

### 3. *Contenido y efectos*

3.1. *Cómputo de tiempo.* El tiempo permanecido en excedencia voluntaria no será válido a ningún efecto, excepto para la efectividad en el empleo (art. 7.º-5).

3.2. *Detención en la escala.* El acceso a esta situación determinará la detención en la Escala y empleo, en el puesto que se ocupe.

Esto supone una innovación respecto de la legislación anterior, que sólo preveía la detención en la escala y empleo transcurridos tres años, seguidos o alternos, en la situación de supernumerario (hoy excedencia voluntaria) y en el puesto que se ocupase al cumplir el citado plazo de tres años.

La regulación vigente supone, pues, un régimen menos beneficioso que el anterior; sobre todo si pensamos que en determinadas ocasiones el período de licencia por asuntos propios puede no ser suficiente para atender las necesidades particulares, por lo que el afectado se verá abocado a solicitar la excedencia voluntaria con la grave consecuencia que para su carrera militar comporta la detención inmediata en su empleo y escala con la consiguiente pérdida de puestos, que será definitiva.

Como puede suceder que a la entrada en vigor de la disposición se encuentran en situación de supernumerario personas que no se habían visto afectados por la detención en el empleo al no haber transcurrido todavía aquel plazo de tres años, el Real Decreto incluye una disposición transitoria directamente dirigida al mantenimiento de los derechos adquiridos. Así, se preceptúa que "... aun los que cambien automáticamente de denominación, continuarán disfrutando de los derechos económicos y de otro orden que se les reconocían anteriormente, hasta que cesen en esas situaciones o,

voluntariamente, renunciasen a ellos para acogerse a las que ahora se establecen”.

3.3. *Producción de vacante.* El pase a excedencia voluntaria producirá, en su caso, vacante para el ascenso y el exceso que se derive del cese en la misma se amortizará según las normas vigentes al respecto (art. 7.º-7).

3.4. *Derechos económicos.* Consecuentemente con la naturaleza de esta situación, caracterizada por el cese en el ejercicio del empleo, el excedente voluntario no tendrá derecho a las retribuciones básicas ni tampoco a las complementarias, percibiendo exclusivamente, aunque por entero determinadas retribuciones de carácter estrictamente personal, a saber: las pensiones de mutilación y recompensas, las gratificaciones por pérdida de aptitud de vuelo o paracaidismo, y las gratificaciones por tiempo de permanencia en unidades o Servicios de submarinos, buceadores, buzos y vuelo (art. 7.º-8).

#### 4. *Extinción*

4.1. *Formas de cese.* En la situación de excedencia voluntaria se cesará por haberlo así dispuesto la Autoridad competente, en cualquier momento, por necesidades del servicio (art. 7.º-4), pasando a la que se disponga, o bien a petición del interesado (art. 7.º-3 in fine).

El interesado podrá formular su petición una vez transcurrido el período mínimo de un año de permanencia en la situación. Concedido el cese en la excedencia se pasará a la situación de disponible forzoso, que será el supuesto normal, o la que corresponda, supuesto excepcional (art. 7.º-3 in fine).

Sin embargo, el interesado *deberá* solicitar el cese en la excedencia una vez transcurridos cinco años seguidos en ella. Si no lo hiciera continuará en excedencia voluntaria hasta que le corresponda el retiro forzoso por edad o inutilidad física, sin poder volver a la de servicio activo, salvo que el reingreso se produzca por orden de Autoridad competente por necesidades del servicio (art. 7.º-6).

Constituye esta otra importante diferencia con la legislación anterior, a pesar de la reforma introducida en 1967, con arreglo a la cual podía permanecer en excedencia voluntaria de modo indefinido hasta alcanzar la edad de retiro, pero pudiendo solicitar el reingreso en cualquier momento, si bien no recuperando la antigüedad una vez transcurridos los tres primeros años, al cabo de los cuales se producía la detención en la escala o empleo.

De acuerdo con el Real Decreto vigente, salvo el reingreso por orden superior, el transcurso de cinco años seguidos sin solicitar aquél determina, de hecho, la pérdida definitiva de la carrera militar, al imposibilitarse el reingreso al servicio activo.

4.2. *Efectos del cese.* El cese en la excedencia voluntaria comporta la finalización de la inmovilización en la escala, pero no se recupera la antigüedad, pues la pérdida de puestos será definitiva (art. 7.º-6).

#### B. *Excedencia especial*

1. *Antecedentes.* Esta situación tiene sus antecedentes, primero en la situación de “supernumerario”, aunque con diferentes modalidades para

los tres Ejércitos (8); y más recientemente en la situación denominada "servicios especiales, grupo cargos civiles", regulada en el Decreto de 12 de marzo de 1954, modificado en este punto por el Decreto 2754/1965, de 20 de septiembre.

La regulación últimamente citada, hasta ahora vigente, incluía en esa situación al "personal nombrado mediante Decreto para el desempeño de cargos civiles". Es preciso, sin embargo, advertir, que tal regulación se ha visto sustancialmente afectada por las innovaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, que regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las Fuerzas Armadas, y el Real Decreto 706/1977, de 1 de abril, dictado en desarrollo de aquél.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* La prohibición del desempeño de cargos políticos y sindicales impuesta a los miembros de las Fuerzas Armadas, a fin de mantener la neutralidad política de éstas ha incidido de modo decisivo en la regulación actual de la situación de excedencia especial.

Así, pasará a esta situación "el personal nombrado mediante Decreto para el desempeño de cargos civiles, cuando conforme a las disposiciones en vigor puede aceptar el nombramiento sin estar obligado a pasar previamente a la situación especial o de retirado" (art. 7.º-a)-1).

La excedencia especial tiene de común con la voluntaria el constituir un cese temporal en el ejercicio del empleo militar; pero se diferencia de ella en que, en la que ahora contemplamos, este cese temporal viene determinado por el nombramiento para el desempeño de un cargo civil, continuando pues en la prestación de servicios a la Administración, bien que por título jurídico distinto.

3. *Requisitos.* Pueden resumirse en los siguientes: a) Nombramiento por Decreto; b) para el desempeño de un cargo civil; c) que este cargo pueda aceptarse sin necesidad de pasar previamente a la situación especial o de retirado.

Son los requisitos descritos en los dos últimos apartados lo que exigen una especial consideración. En primer lugar, el "cargo civil" ha de ser objeto de una delimitación positiva y negativa; positivamente son cargos civiles todos aquellos que están encuadrados en la Administración civil del Estado, y negativamente, que no se trate de cargos que sean considerados como de interés para la defensa nacional, pues en este caso nos encontraríamos ante la posibilidad de inclusión en otra situación, cual será la de supernumerario, destinos de interés militar (art. 8.º-b)-1).

En segundo lugar, que no se trate de un cargo que según el Real

---

(8) Ejército de Tierra, Decreto de 23 de septiembre de 1939, art. 5.º "a la situación de supernumerario pertenecerán los Generales, Jefes y Oficiales y asimilados que: a) Pasen al servicio de otros Ministerios, desempeñando un destino de carácter civil...". Armada, Decreto de 23 de septiembre de 1939, art. 5.º "pasarán a la situación de supernumerario 1.º los que sean nombrados para el desempeño de cargos de carácter civil dependientes de otros Ministerios o pasen a prestar sus servicios a Organismos de actividad afines a la Marina...". Ejército del Aire, Decreto de 17 de octubre de 1940, art. 5.º "a la situación de supernumerario pertenecerán los Generales, Jefes y Oficiales y asimilados que: a) los que presten servicio en las industrias aeronáuticas, líneas aéreas o empresas civiles de Aviación; b) pasen al servicio de otros Ministerios, desempeñando un destino de carácter civil...".

Decreto-Ley 10/1977 tenga la consideración de político o sindical, o que, aún teniéndola, haya recaído autorización expresa para su aceptación sin estar obligado a pasar previamente a la situación especial o de retirado.

Se considerarán cargos políticos o sindicales, según el art. 4.º-1 del Real Decreto 706/1977, "los que se obtengan por elección o por nombramiento directo de libre designación en cualesquiera de los niveles jerárquicos y áreas territoriales del Estado; en las Entidades de la Administración local, cuando lleven consigo el ejercicio de la autoridad gubernativa o delegada de cualquier ministerio civil (exceptuándose los Comandantes Generales de Ceuta y Melilla); en la organización o asociaciones de carácter sindical". Los que no estén comprendidos en estos conceptos no tendrán la consideración de cargos políticos o sindicales; conclusión esta a la que podríamos llegar si entendemos que la norma tiene carácter excepcional y por lo tanto ha de ser objeto de interpretación estricta; sin embargo, al objeto de disipar las dudas que pudieran suscitarse, los arts. 4.º-2 y 5.º del Real Decreto últimamente citado especifican aquellos cargos que no tienen la consideración de carácter político o sindical.

Resta señalar que el pase a la situación de excedencia especial se producirá de modo automático sin solicitud del interesado, de modo que, insertado en el Boletín Oficial del Estado el correspondiente Decreto de nombramiento, deberá publicarse a continuación el acto administrativo correspondiente —que tendrá distinto rango jerárquico según el grado militar del interesado— ordenando la nueva situación.

#### 4. *Contenido y efectos*

4.1. *Cómputo de tiempo.* El tiempo permanecido en esta situación se computará como de efectividad en el empleo, pero no será válido para el cumplimiento de las restantes condiciones para el ascenso ni para el ingreso en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo u obtención de la Cruz a la Constancia en el Servicio, ni para mejorar los derechos adquiridos en relación con las mismas (art. 7.º-b)-2).

4.2. *Repercusión en orden al ascenso.* La permanencia en esta situación no impedirá el ascenso del interesado, que se le concederá, de conformidad con las disposiciones que lo regulan en cada Ejército, si tuviere cumplidas las condiciones exigidas. El cumplimiento de las condiciones ha de referirse necesariamente al momento anterior a pasar a la excedencia especial.

Si le correspondiese el ascenso y no reuniese las condiciones exigidas, permanecerá en su empleo hasta que, una vez cumplidas, le sea concedido el ascenso, pero sólo recuperará su puesto en el escalafón y antigüedad correspondiente cuando hubiere cumplido las condiciones dentro de los tres años contados a partir del momento en que le hubiese correspondido el ascenso.

Obsérvese que el "dies a quo" para el cómputo de los tres años para cumplir condiciones no es el del cese en el cargo para que fue nombrado —como sucedía con anterioridad sino el del momento en que le hubiese correspondido el ascenso. Con este mecanismo parece que se trata de forzar al afectado a elegir en vez de continuar su carrera militar en su trayectoria inicial o permanecer en el cargo civil pero truncando, en cierto modo, su

carrera militar. Lo que, si bien parece acertado desde la perspectiva de una entrega absoluta al servicio de las Fuerzas Armadas, no deja de ser susceptible de cierta crítica si pensamos que en la mayoría de las ocasiones el nombramiento vendrá determinado por la competencia personal y profesional del interesado quién, aunque con otro contenido de funciones, sigue sirviendo a la Nación; y viéndose así privados los Ejércitos de individuos de indudable valía, en la mayoría de los casos.

Si no cumplierse las condiciones en el plazo indicado, una vez que las cumpla ascenderá con ocasión de la primera vacante que se dé al ascenso, pero la antigüedad será la que corresponda a dicha vacante, y la pérdida de puestos en el escalafón se considerará como definitiva (art. 7.º-b)-2, párrafo final).

4.3. *Producción de vacante.* El pase a excedencia especial producirá, en su caso, vacante para el ascenso.

4.4. *Derechos económicos.* En el orden económico hay que distinguir entre las retribuciones básicas y las de carácter personal. Respecto de las primeras se podrá optar por las asignadas en los Presupuestos al cargo que ocupe o por las del empleo militar que ostente. En cuanto a las retribuciones de carácter personal, consistentes en pensiones de mutilación y recompensas, gratificaciones por pérdida de la aptitud de vuelo o paracaidismo y por tiempo de permanencia en unidad de submarinos, buceadores, buzos y vuelo, se percibirán de su propio Ejército.

Nada se dice respecto a las retribuciones complementarias, pero parece lógico que sean a cargo del Departamento u Organismo en que preste los servicios, toda vez que aquellas serán las correspondientes al cargo que ocupe.

Salvo las retribuciones personales señaladas, todas las demás, serán satisfechas con cargo al Departamento u Organismo a que esté adscrito, incluso las retribuciones básicas de su empleo militar si optó por ellas. Así parece desprenderse del último párrafo del art. 7.º-b)-4, que comentamos, habida cuenta de la locución "en cualquier caso" con que tal precepto se inicia.

## 5. *Extinción*

5.1. *Forma del cese.* Se producirá como consecuencia del cese en el cargo para que fue nombrado, y éste a su vez por destitución o dimisión, a petición propia. En uno y otro caso el procedimiento será el mismo que el del nombramiento.

5.2. *Efectos del cese.* Acordado el cese en la situación de excedencia especial, se pasará a la de disponible forzoso y de esta a la de servicio activo o a otra que pueda corresponderle según los casos. El exceso que de ello se derive estará sujeto a las normas vigentes en cada momento sobre amortización.

## Cinco. *SUPERNUMERARIO*

1. *Antecedentes.* Esta situación tiene sus antecedentes, de modo parcial, en la de la misma denominación prevista en el art. 5.º de los Decretos de 23 de septiembre de 1939 para el Ejército de Tierra y la Armada, y de 17 de octubre de 1940, para el Ejército del Aire. El más inmediato en el



art. 7.º del Decreto de 12 de marzo de 1954, que la recogía bajo la denominación de "servicios especiales, grupo de destinos de carácter militar y grupo de destinos de interés militar".

Estas dos modalidades han venido a ser recogidas en el art. 8.º del R. D. 734/1979 vigente, pero con la nueva denominación de "supernumerario", con un contenido semejante, aunque no idéntico, a la de igual denominación del Texto articulado de la Ley de funcionarios civiles. Una y otra, aunque integradas bajo la misma denominación, tienen contenido y consecuencias distintas, como veremos a continuación, por lo que puede afirmarse que se trata de dos situaciones distintas que son objeto de regulación bajo única denominación por razones de inercia.

## 2. *Destinos de carácter militar*

2.1. *Quiénes pasan a esta situación.* El personal destinado a Fuerzas y Servicios Militares y a puestos asignados a militares en función de su condición de tales, dependientes de otro Ministerio u Organismo (art. 8.º-a)-1). Se trata, pues, de puestos estrictamente militares, bien por la propia naturaleza de los servicios prestados o porque deban ser desempeñados por personal militar, aunque no tengan objetivamente aquél carácter. En uno y otro caso la dependencia orgánica será de un Ministerio que no sea el de Defensa o de organismo no integrado en éste. Ello tiene lógicas consecuencias en orden al cómputo del tiempo permanecido en esta situación.

2.2. *Requisitos.* Para el pase a esta situación han de cumplirse determinados requisitos formales, a saber: a) formulación de propuesta por el Ministerio u Organismo de que se trate, correspondiente a sus necesidades; b) informe favorable del Ejército respectivo; c) aprobación de la propuesta por el Ministerio de Defensa (art. 8.º-a)-1).

## 2.3. *Contenido y efectos*

2.3.1. *Cómputo del tiempo.* Consecuentemente con el carácter militar de los puestos provistos, el tiempo permanecido en esta situación es válido a todos los efectos, incluso en cuanto a la aptitud para el ascenso si el destino es de los que sirven para cumplir condiciones específicas para el mismo, de acuerdo con las normas que lo regulen en el Ejército de procedencia (art. 8.º-b)-2).

Habrá que estar, pues, a las disposiciones reguladoras de los ascensos, y de modo particular a las relaciones de destinos señaladas en cada caso como aptas para el cumplimiento de condiciones específicas de ascenso. Lo que nos excusa de tratar la materia en mayor profundidad por quedar fuera del ámbito de nuestro estudio.

2.3.2. *Producción de vacante.* El pase a supernumerario producirá, en su caso, vacante para el ascenso (art. 8.º-a)-3).

Esta disposición puede producir, en una primera aproximación, cierta perplejidad si no un contrasentido, una vez que se afirma que se trata de destinos militares en sí o que daban ser cubiertos por personal militar. Consecuentemente con ello, en la plantilla de cada Ejército debería haberse tenido en cuenta la provisión de tales destinos, por lo que no habría lugar a producir vacante. Y así vino a entenderlo en relación con los puestos servidos por el personal del Ejército del Aire en la Subsecretaría de

Aviación, actualmente integrada orgánicamente en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Orden de 14 de noviembre de 1979.

2.3.3. *Derechos económicos.* Las retribuciones personales correspondientes a pensiones de mutilación y recompensas, gratificaciones por pérdida de aptitud de vuelo o paracaidismo y por tiempo de permanencia en Unidades o servicios de submarinos, buceadores, buzos y vuelo, se percibirán del Ministerio de Defensa, salvo que fueran satisfechas con cargo al presupuesto del Ministerio y organismo de que se trate.

Las restantes retribuciones —habrá que entender tanto las básicas como las complementarias— se percibirán del Ministerio u Organismo citados, conforme al presupuesto propio de éste (art. 8.º-a)-4).

Ahora bien, nada se dice sobre la posibilidad de opción entre percibir las retribuciones básicas y complementarias que no sean las antes expresadas, que le hubieran correspondido por razón de su empleo militar, y las que tenga asignadas el puesto servido. Entendemos que es congruente tal postura del Real Decreto con la inicialmente mantenida respecto a las características del cargo, ya señaladas. No se trata de un cargo civil, sino de un destino militar, por sí mismo o que deba ser desempeñado por militares en su condición de tales. Por lo tanto, las retribuciones serán las mismas que le corresponderían como si prestase servicio activo en organismos del Ejército respectivo, dependiente del Ministerio de Defensa, abonándose con cargo a la específica consignación presupuestaria al efecto prevista del Ministerio u Organismo, que así habrá de tenerlo consignado habida cuenta de la naturaleza y características del puesto.

#### 2.4. *Extinción*

2.4.1. *Formas del cese.* Se producirá mediante el cese en el puesto del Ministerio u Organismo. Pero entendemos que en este caso no es necesario pasar por la situación de disponible forzoso, pues el interesado podrá solicitar directamente un destino de los propios de su Ejército, pasando directamente a la situación de servicio activo.

2.4.2. *Efectos del cese.* Si el pase a esta situación ha producido vacante en el empleo o escala respectivos, es lógico que el cese en aquella y la vuelta a la situación de servicio activo determine exceso, que se amortizará con aplicación de las normas aplicables al respecto (art. 8.º-a)-3).

#### 3. *Destinos de interés militar*

3.1. *Quiénes pasan a esta situación.* El personal que, a petición propia, preste servicios en otros Departamentos, Organismo internacional, Organismo autónomo o Empresa, en un determinado puesto o función, que, no siendo militar, sea considerado por el Ministerio de Defensa como de interés para la Defensa Nacional, a propuesta del Ejército correspondiente.

Requiere, por lo tanto, la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Petición del interesado para la prestación de los servicios de referencia; de donde se deduce que no podrá producirse el nombramiento sin que concurra la voluntad del afectado.

b) Que los servicios se presten en Departamento distinto del de Defensa o en organismo autónomo o empresa no dependientes de aquel Ministerio, o incluso en organismos internacionales. Al hablar de empresa

parece que habrá de entenderse "empresa pública" o empresa nacional, aunque adopte la forma jurídica de sociedad anónima; por lo que entendemos que si la empresa es de carácter estrictamente privado tanto por la procedencia de su capital como por la forma jurídica que haya adoptado y el ámbito de su actividad industrial comercial o fabril, no se estará en el caso de la situación que ahora contemplamos.

c) Que el puesto o función desempeñados no sean, por sí mismo militares.

d) Que exista acto expreso del Ministerio de Defensa declarando el citado puesto o función de interés para la defensa nacional a propuesta del Ejército correspondiente.

No precisa el Real Decreto el alcance de la expresión "Ejército correspondiente"; en el sentido de si ha de entenderse como tal el de procedencia del interesado o de aquél con cuya misión, según la Ley Orgánica de bases para la Defensa Nacional, esté más próxima la actividad del Departamento, Organismo o Empresa. Aún pareciendo admisible la interpretación en el primer sentido, no lo es menos que haya que tener una cierta dosis de objetividad, de tal forma que si se trata de personal del Ejército del Aire, la empresa ha de tener relación, p. ej., con la industria aeronáutica.

3.2. *Contenido y efectos.* El contenido de la situación es idéntico a la situación de excedencia especial, lo que confirma el parecer, ya expresado, de que no estamos, en rigor, en presencia de modalidades de una misma situación, la de supernumerario.

3.2.1. *Cómputo del tiempo.* El tiempo permanecido en esta situación se computará como de efectividad en el empleo, pero no será válido para el cumplimiento de las restantes condiciones para el ascenso ni para el ingreso en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo u obtención de la Cruz de la Constancia en el Servicio, ni para mejorar los derechos adquiridos en relación con las mismas.

3.2.2. *Repercusión en orden al ascenso.* La permanencia en esta situación no impedirá el ascenso del interesado, que se le concederá, de conformidad con las disposiciones que lo regulen en cada Ejército, si tuviese cumplidas las condiciones exigidas. El cumplimiento de las condiciones ha de referirse necesariamente al momento de producirse el pase a esta situación.

Si le correspondiese el ascenso y no reuniese las condiciones, permanecerá en su empleo hasta que una vez cumplidas, le sea concedido aquél, pero sólo recuperará su puesto en el escalafón y antigüedad correspondiente cuando hubiera cumplido las condiciones dentro del plazo de tres años contados a partir del momento en que, en condiciones de servicio activo, hubiera ascendido.

Las consideraciones formuladas en torno a la fijación del "dies a quo" son las mismas que las ya expuestas en sede de situación de excedencia especial, a las que nos remitimos.

Si no cumpliera las condiciones en el plazo indicado, una vez que las cumpla ascenderá con ocasión de la primera vacante que se dé al ascenso.

pero la antigüedad será la que corresponda a dicha vacante, y la pérdida de puestos se considerará como definitiva (art. 8.º-b)-2).

3.2.3. *Producción de vacante.* El pase a esta situación producirá, en su caso, vacante para el ascenso. Aquí, contrariamente a lo que sucede, en la modalidad anterior, sí que es completamente lógica esta consecuencia, puesto que el servicio aparece totalmente ajeno no sólo a la estructura orgánica de los Ejércitos, sino también a la misión directamente encomendada a los mismos y demás organismos militares.

3.2.4. *Derechos económicos.* En este orden, se percibirán del Ministerio de Defensa exclusivamente las retribuciones de carácter personal por pensiones de mutilación y recompensas, gratificaciones por pérdida de aptitud y tiempo de permanencia (art. 8.º-b)-4). Las demás retribuciones, aunque, nada se diga al respecto, serán las que correspondan por el puesto desempeñado y con cargo al presupuesto del Departamento, organismo o Empresa.

### 3.3. *Extinción*

3.3.1. *Forma del cese.* Se producirá como consecuencia de la cesación en el desempeño del puesto que determinó la aplicación de la misma, pasándose, por tanto, a la de disponible forzoso, como situación "puente", antes de pasar a la de servicio activo o a otra que pudiera corresponderle o solicite.

3.3.2. *Efectos del cese.* Reingresando al servicio activo, el exceso de plantilla que de ello se derive está sometido a las normas vigentes sobre amortización (art. 8.º-b)-3).

## Seis. PROCESADO

1. *Antecedentes.* La situación de procesado como tal situación administrativa, y con esta denominación no aparecía recogida en la Ley de 29 de junio de 1918, cuya Base 8.ª llevaba como rúbrica la de "situaciones de Generales, Jefes y Oficiales". Aparece con esta denominación en los Decretos de situaciones de 1939 y de 1940, así como en el Decreto de 12 de marzo de 1954; y es regulada actualmente en el Real Decreto 734/1979, que le dedica su artículo 9.º.

2. *Quiénes pasan a esta situación.* Se encontrarán en la situación administrativa de procesado el personal que lo haya sido por auto judicial firme. Tiene, pues, su origen en una actuación ajena al ámbito administrativo, y concretamente en una resolución judicial dictada en un proceso penal.

En el orden procesal, el procesamiento constituye una decisión judicial que tiene carácter constitutivo respecto de la persona afectada, y desde el momento en que tal decisión se pronuncia, que ha de revestir necesariamente la forma de auto (9). El procesamiento se acordará "cuando resulten indicios racionales de criminalidad contra persona o personas determinadas" (art. 553, par. primero, del Código de Justicia Militar, y precepto

---

(9) Según el art. 486 C. J. M. "las resoluciones que dicten los Jueces Instructores se denominarán: Autos cuando decidan sobre situación, bienes o derechos de los inculcados". En cuanto a su forma, el art. 487 dispone que "los Autos se redactarán fundándolos en Resultandos y Considerandos concretos y limitados a la cuestión que decida...".

concordante L. E. Crim.). Además son de especial referencia el mismo art. 553, pár. segundo C. J., y art. 555 del mismo.

Señalemos, además que la situación de procesado es de carácter temporal, que dura en tanto en cuanto se mantenga el procesamiento en el proceso penal correspondiente.

3. *Requisitos.* El pase a esta situación requerirá, en primer lugar y como antecedente necesario, que se haya dictado auto de procesamiento y que éste haya adquirido firmeza; y en segundo lugar que se dicte el correspondiente acto administrativo, que habrá de adoptarse de modo inmediato y sin ninguna otra formalidad, siempre que el delito que se impute al procesado judicialmente sea de carácter doloso.

Así se deduce del inciso inicial del pár. segundo del apartado uno: "el pase a la situación de procesado será preceptivo cualquiera que fuese la índole del supuesto delito cometido, salvo cuando el procedimiento sea derivado de infracciones culposas comprendidas en el Código Penal Común o en Leyes Penales especiales comunes" (10).

Cuando el delito que se imputa sea de carácter culposo (11) no da lugar a la constitución automática de la situación administrativa de procesado, sino que la regla general será la irrelevancia de la actuación judicial en la esfera administrativa. Ahora bien, aún así podrá declararse al presunto culpable en esta situación previo informe de la Autoridad judicial militar. En efecto, dispone el art. 9.º que "no obstante lo establecido anteriormente, la Autoridad judicial militar, teniendo en cuenta los antecedentes del encartado, la trascendencia del hecho, los daños producidos o podido producir, así como las demás circunstancias concurrentes, podrá elevar el correspondiente informe al Ministerio, quien discrecionalmente resolverá si el inculcado pasa o no a la situación prevista en este artículo".

Aunque la redacción literal del párrafo transcrito pudiera llevar a la conclusión de que pudiera comprender tanto el supuesto de delito doloso como el de delito culposo, nos inclinamos por restringir su aplicación a este último supuesto, no ya solamente por lo que el dolo supone de querer, conscientemente, la acción y el resultado dañoso que de ella se deriva, sino también porque creemos que la dicción reglamentaria "el Ministerio... resolverá si el interesado pasa o no a la situación..." ha de ponerse en directa e inmediata relación con la propuesta al efecto formulada por la Autoridad judicial militar, que ha de referirse a la excepción a la regla general.

#### 4. *Contenido y efectos*

4.1. *Cese en el ejercicio de cargos.* El efecto más inmediato que

(10) La expresión "Leyes penales especiales comunes" adolece de imprecisión técnica e induce a confusión, puesto que leyes especiales es concepto excluyente y opuesto al de leyes comunes. Pudiera entenderse que se refiere a leyes penales especiales, respecto del Código Penal, y no militares, utilizando entonces el adjetivo común como opuesto a ley militar. En consecuencia quedarían incluidas en el ámbito de aplicación del precepto comentado, por ejemplo, la Ley Penal y disciplinaria de la Marina Mercante y la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, que pueden considerarse leyes penales especiales respecto del Código Penal, y no militares pues tipifican infracciones que no son típicamente militares, aunque hasta ahora venga atribuido el enjuiciamiento de aquellas a órganos encuadrados en la Jurisdicción de la Marina de Guerra o del Ejército del Aire.

(11) Recordemos que con arreglo a la técnica de nuestro Código penal no existen "crimina culposa", sino un "crimen culpae"; art. 565 tratándose de delitos, y arts. 586 y 600 tratándose de faltas, si bien la comisión de estas es intrascendente al tema que tratamos, pues no son objeto de procesamiento.

produce la declaración de situación de procesado es el de cese en los cargos, mandos, destinos o comisiones que desempeñe el interesado (art. 9.º-1).

4.2. *Cómputo de tiempo.* La eficacia que la situación administrativa de procesado despliega en orden al cómputo del tiempo permanecido en la misma, ha de tener necesariamente en cuenta la posible adopción de medidas cautelares personales en el proceso, es decir, según se haya acordado o no la prisión preventiva, así como los casos en que se haya decretado el sobreseimiento o recaído sentencia absolutoria.

Como principio general, el tiempo de procesado sólo es válido a efectos de perfeccionamiento de trienios, derechos pasivos, efectividad y antigüedad en el empleo (art. 9.º-2, inciso primero).

Pero en los casos en que se haya decretado el sobreseimiento (12) o se haya dictado sentencia absolutoria, el tiempo permanecido en la situación de procesado será válido a todos los efectos, excepto para la aptitud para el ascenso. Las condiciones de ascenso podrán cumplirse al cesar en dicha situación y, una vez cumplidas, ascenderá con la primera vacante que se dé al ascenso, recuperando su puesto en el escalafón y la antigüedad correspondiente, siempre de acuerdo con las disposiciones de cada Ejército.

Por otra parte, cuando haya recaído sentencia condenatoria habrá que distinguir según que durante la tramitación de la causa el procesado haya estado o no en prisión preventiva, y en el primer caso, que la condena sea superior o inferior al tiempo de privación provisional de libertad.

Si se acordó la prisión preventiva (13) la duración de ésta producirá los efectos propios de la situación de suspenso de empleo, cuando al dictarse sentencia firme ésta imponga pena superior a la de arresto mayor y el tiempo de prisión preventiva se compute como de condena a efectos de abono de la misma (art. 9.º-2, inciso segundo). Lo que implica una doble consecuencia. En primer lugar, un tratamiento más riguroso cuando se haya decretado la prisión preventiva y concurren los requisitos expresados en el precepto. En segundo lugar, que se produce necesariamente un desfase entre la situación procesal y la administrativa, puesto que habrá que esperar al momento en que se dicte sentencia, y bien pudiera suceder que por razones estrictamente procesales se hubiera mejorado la situación personal del procesado al haberse acordado la libertad provisional antes de la finalización de la Causa.

La alusión al abono de la prisión preventiva creemos que carece de relevancia, puesto que tal abono ha de realizarse en todo caso, para el cumplimiento de la condena por imperativo de la Ley (art. 217 C.J.M. y 48 Código Penal), teniendo declarado la jurisprudencia que el abono de la prisión preventiva para el cumplimiento de la condena no constituye en modo alguno una facultad del Tribunal, ni ha de instarse por el condenado, sino que ha de aplicarse de oficio; hasta tal punto que el art. 790 C.J.M., al señalar las reglas a que ha de ajustarse la redacción de la sentencia, dispone (núm. 5.º) que "el fallo... expresará... el abono de la prisión preventiva...".

Finalmente señalemos que no debe sorprender la referencia del

(12) Arts. 718 y ss. C. J. M. y preceptos concordantes LECRim.

(13) Arts. 673 y ss. C. J. M. y preceptos concordantes LECRim.

precepto que analizamos a la pena de arresto mayor, siendo así que tal pena, aún estando prevista en el Código Penal (art. 27) no aparece recogida en la enumeración del art. 209 C.J.M. La disposición es congruente con el Código castrense, y ello puesto que con arreglo al mismo la pena mínima por delito tiene, en su grado mínimo, una duración superior a la del arresto mayor (cuya extensión según el Código penal es desde un mes y un día a seis meses), puesto que la privación de libertad hasta seis meses constituye en el Código de Justicia Militar corrección por falta grave, a tenor del art. 415 del mismo.

Si la condena fuera por tiempo inferior al permanecido en prisión preventiva, la diferencia de tiempo se computará, a todos los efectos, como de permanencia en la situación de procesado; de corresponderle por edad el pase al Grupo de Destino de Arma o Cuerpo, Escala de Tierra y Grupo B, Actividad condicionada o Retiro, el tiempo de procesado será válido a efectos de completar el que faltara para cumplir las condiciones de aptitud para el ascenso.

4.2. *Producción de vacante.* Nada dice el art. 9.º del Real Decreto sobre este punto, por lo que con arreglo a criterios de interpretación sistemática habrá que concluir que la declaración de estar incrucho en la situación de procesado (salvo cuando por haber sufrido prisión preventiva, en su caso, se produzcan los efectos de la suspensión de empleo) no produce vacante para el ascenso.

A la misma conclusión habrá que llegar si tenemos presente que la situación administrativa de procesado —aún suponiendo el cese en los cargos, mandos, destinos o comisiones que se desempeñen— tiene un carácter estrictamente temporal y, por lo tanto, provisional o de pendencia, que no implica el cese en el ejercicio del empleo (que es el que determina la existencia de vacante para el ascenso, como en el caso de excedencia) hasta que recaiga la sentencia.

Sin embargo pueden invocarse también argumentos en contra de esta postura, de entre los que merecen citarse estos dos: que la mera eficacia de cese en cargos, mandos, destinos o comisiones conjuntamente con la propia significación del procesamiento, deben dar ocasión a producir vacante; que ello es congruente con la reducción de retribuciones básicas que se señala al procesado, reducción que no debería tener lugar si se continuase en el ejercicio del empleo.

A su vez, también es cierto que tal reducción en la cuantía de la retribución supone una medida cautelar, a resultas de la resolución definitiva mediante la sentencia que en su día habrá de recaer.

4.3. *Derechos económicos.* Quien se encuentre en situación de procesado percibirá: a) el ochenta por ciento de las retribuciones básicas y de los premios por particular preparación; b) por entero las pensiones de mutilación y recompensas, la gratificación por pérdida de aptitud de vuelo o paracaidismo y por tiempo de permanencia en Unidades o servicios de submarinos, buceadores, buzos y vuelo; premios por títulos aeronáuticos siempre que se hubiera acreditado el derecho correspondiente por los servicios prestados con anterioridad al uno de enero de 1967; complemento familiar, así como las indemnizaciones que pudieran corresponderles.

En caso de sobresimiento o absolución se abonará la diferencia que resulte como si hubiera permanecido en el destino o situación en que se hallaba antes de ser procesado.

Finalmente, si hubiera recaído sentencia condenatoria imponiendo pena de duración inferior al tiempo permanecido en la situación de procesado, ya fuera en libertad provisional o en prisión preventiva, se abonará la diferencia de haberes que resulte por el tiempo que exceda de la condena como si hubiera permanecido en la de disponible forzoso.

### 5. Extinción

5.1. *Formas de extinción.* Se producirá como consecuencia de la terminación del correspondiente proceso penal, a saber:

a) Mediante el sobreseimiento (14) ya sea definitivo o provisional, puesto que en ambos casos cesa la efectividad de la acción penal iniciada, bien que en el sobreseimiento provisional se produzca una mera suspensión hasta tanto no aparezcan nuevos elementos que permitan la reapertura del sumario, o transcurra el plazo de prescripción. Cualquiera que sea la modalidad del sobreseimiento, la firmeza del auto mediante el cual se acuerde producirá el efecto del cese en la situación administrativa de procesado.

b) Una vez que haya recaído sentencia absolutoria, y en cuanto ésta adquiera firmeza.

c) Finalmente, cuando recaiga sentencia condenatoria, sin perjuicio de que en este supuesto se origine el paso a una situación administrativa distinta, si la pena impuesta no es alguna de las que producen la baja en las filas del Ejército, pues si así fuera se originaría la extinción de la relación que unía al funcionario con la administración.

5.2. *Efectos.* Los efectos de la extinción de la situación de procesado serán distintos según sea la forma de terminación del proceso penal, a que hemos aludido.

La sentencia condenatoria determinará, como hemos adelantado, la extinción de la relación jurídica de funcionario o el pase a la situación de suspensión de empleo, según que la pena o penas impuestas excedan o no, respectivamente, de tres años.

Si el proceso ha concluido mediante auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, los efectos del cese en la situación de procesado tienen una doble consecuencia, en orden al cumplimiento de condiciones de ascenso, y en el aspecto retributivo:

a) Por lo que se refiere al primer punto, el tiempo de procesado será válido a todos los efectos, excepto en cuanto a la aptitud para el ascenso cuyas condiciones podrán cumplirse al cesar en dicha situación y, una vez cumplidas, ascenderá con la primera vacante que se dé al ascenso, recuperando su puesto en el escalafón y la antigüedad correspondiente, siempre de acuerdo con las disposiciones de cada Ejército (art. 9.º-2, pá. segundo).

b) En el aspecto retributivo, tendrá derecho a percibir la diferencia

---

(14) Arts. 634 y ss. LECrim.; arts. 718 y ss. C. J. M.



que resulte como si hubiera permanecido en el destino o situación en que se hallaba antes de ser procesado (art. 9.º-3, in fine).

### Siete. *SITUACION DE SUSPENSO DE EMPLEO*

1. *Antecedentes.* La situación de suspenso de empleo con la denominación y contenido análogo al vigente aparece en el Decreto de 12 de marzo de 1954, no contemplándose en las disposiciones anteriores.

Su regulación vigente se encuentra contenida en el art. 10 del Real Decreto 734/1979, con remisión expresa a los art. 220, 231 y 226 del Código de Justicia Militar.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Según el art. 10 del Real Decreto "la situación de suspenso de empleo se aplicará en los casos previstos en los artículos 220 y 231 del Código de Justicia Militar..." (15).

A la vista de tales artículos podemos concluir que se encontrarán en situación de suspenso de empleo los Oficiales y Suboficiales que, mediante sentencia firme, sean condenados, por delitos comprendidos en el Código de Justicia Militar, a penas privativas de libertad de hasta tres años, y por delitos comunes a penas de prisión menor por menos de tres años y de arresto mayor.

3. *Requisitos.* Exigese como requisito principal la firmeza de la sentencia condenatoria, así lo establece el art. 10-1, pár. segundo del R. Decreto.

No requiere, sin embargo, el cumplimiento efectivo de la condena; es más, incluso la nueva redacción dada al art. 231 del Código de Justicia Militar prevé que los efectos de la suspensión de empleo se produzcan como consecuencia de penas de arresto mayor "en los que se hubiere otorgado el beneficio de remisión condicional", solución que nos parece, cuando menos, no equitativa.

La remisión condicional, a tenor de lo preceptuado en los arts. 93 Código Penal y 245 C.J.M. "deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta", durante el período por que se otorgue el beneficio, y si durante éste período el condenado vuelve a delinquir queda sin efecto la remisión concedida, debiendo cumplir efectivamente la pena privativa de libertad inicialmente suspendida. Y en este caso es evidente que durante el tiempo de ese cumplimiento no podrían aplicarse las consecuencias de una suspensión de empleo ya producida; de otro modo tales efectos se duplicarían.

Entendemos, pues, que sería más congruente con la institución de la remisión condicional que, aplicada ésta quedase también sin efecto la suspensión de empleo, la cual desplegaría toda su eficacia en el caso de comisión de nuevo delito durante el plazo de la remisión.

4. *Contenido y efectos.* Los efectos de la suspensión de empleo serán los establecidos en el art. 226 C.J.M., y comenzarán a contar desde el

---

(15) El art. 220 C. J. M. dispone que "las penas de privación de libertad hasta tres años inclusive, llevarán consigo las accesorias de suspensión de empleo para los Oficiales y Suboficiales..."; y según el art. 231 del mismo Código "las penas de la Ley común impuestas a Oficiales y Suboficiales producirán los efectos siguientes... las de prisión menor por menos de tres años y arresto mayor, en las que se hubiere otorgado el Beneficio de remisión condicional: suspensión del empleo militar.

momento de la notificación de la sentencia firme y su duración será la de la condena.

De acuerdo con este precepto, en relación con previsión del art. 10 R. D. 734/79, estos efectos que constituyen el contenido propio de la situación que ahora examinamos serán los siguientes:

4.1. *Privación de todas las funciones propias del empleo militar*, y en consecuencia el tiempo permanecido en esta situación no será válido a ningún efecto (16).

4.2. *Pérdida de puestos en la escala*. Como regla, la situación de suspenso de empleo implicará la pérdida del número de puestos en el escalafón del Arma o Cuerpo a que pertenezca el interesado, que procedan durante el tiempo de la condena, en la forma y alcance que establece el art. 226 C.J.M., remisión esta totalmente inoperante pues el indicado precepto se limita a remitirse a su vez "a las disposiciones administrativas aplicables".

Pero se exceptúa de esta consecuencia "aquellos a quienes se imponga la suspensión de empleo como consecuencia de penas de arresto mayor" (17).

La determinación del número de puestos a perder en cada caso se hará de acuerdo con una precisa regla que expresa el art. 10-2 del Real Decreto: "se computará el número de ascensos producidos durante los últimos cinco años en el Arma o Cuerpo y Escalas respectivas, y se dividirá por cinco, a fin de determinar los que corresponda por año. El cociente resultante será el número de puestos a perder por cada año o fracción de condena".

4.3. *Producción de vacante*. El pase a la situación de suspensión de empleo ocasionará vacante para el ascenso, pasando el interesado, al cesar en la misma, a la de disponible forzoso. El exceso que se produzca entonces se amortizará. Pero esta regla se exceptúa cuando la suspensión venga originada por condena a penas de arresto mayor impuestas por delitos culposos del Código Penal o leyes penales especiales comunes. Está refiriéndose el precepto, obviamente al delito de imprudencia punible tipificado en el art. 565 del Código penal y concordantes, p. ej., de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y Ley penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. En tales casos ni tan siquiera se produce la pérdida de destino, pues según el art. 10-4 R. D., tras el cumplimiento de la pena "se reintegrará el interesado a su destino, en situación de actividad".

4.4. *Efectos económicos*. Durante el transcurso de la suspensión de empleo sólo se percibirá la parte de sueldo que en concepto de pensión alimenticia se establezca con este fin por disposición administrativa de

(16) El art. 226 C. J. M. establece que "el tiempo de la suspensión no será de abono para el servicio".

(17) Observamos que el art. 226 C. J. M. (en su redacción vigente según Ley 43/1971, de 15 de noviembre, no afectado por la reforma introducida por la Ley Orgánica 9/1980) incurre en una cierta inexactitud por cuanto incluye bajo la rúbrica de "efectos de las penas" —de las previstas en el propio Código, naturalmente— al citado artículo, y se refiere en él expresamente a las penas de "arresto mayor" que, sin embargo, no aparece en la enumeración que de las penas hace su art. 209. La colocación indicada para esta excepción hubiera sido en el art. 231, o cuando menos en el capítulo VI, del título V del Tratado II, de los efectos especiales que producen para los militares las penas comprendidas en la Ley común.

carácter general, remitiéndose pues para concretar los efectos a las disposiciones reglamentarias, pero introduciendo un elemento de seguridad jurídica al prever una regulación general de la materia, eliminando la posibilidad de criterios discrecionales que pugnarían con el sentido jurídico riguroso en materia sancionadora, como la de esta situación.

El art. 10-5 R. D. 734/79, concreta tales efectos, atribuyendo al suspenso de empleo el ochenta por ciento de sus retribuciones básicas y de los premios por particular preparación, la totalidad de las pensiones de mutilación y recompensas y gratificaciones, complemento familiar, y cuantas retribuciones de carácter personal se establezcan en el futuro, siempre que no esté subordinada a la percepción de un sueldo con cargo al ejército correspondiente, así como la totalidad de las indemnizaciones que pudieran corresponderle.

5. *Extinción.* La permanencia en la situación de suspensión de empleo tendrá una duración igual a la de la condena que la origina, de modo que extinguida ésta cesará aquella.

Al término de la suspensión se pasará a la situación de disponible forzoso, salvo cuando la pena haya sido de arresto mayor por delito culposos, en que se reintegrará a su destino.

#### Ocho. PRISIONERO DE GUERRA

1. *Antecedentes.* La situación de prisionero de guerra aparece por vez primera incluida en un texto único regulador de las situaciones militares, en el Real Decreto vigente.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Según el art. 11-1 del citado Real Decreto "se considerará en esta situación a quienes, sin menoscabo de su honor militar, hayan sido aprehendidos por el enemigo en tiempo de guerra o acto de servicio y sean sometidos a cautiverio".

Así pues, conforme al precepto citado se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Aprehensión por el enemigo, circunstancias que no ofrece mayores dificultades.

b) En tiempo de guerra o acto de servicio. En cuanto al concepto de tiempo de guerra se plantea la cuestión de si basta una mera situación de hecho o es necesario que se trate de una situación de derecho, es decir, que haya sido previamente declarado el estado de guerra. Resulta difícil dar una solución clara a esta cuestión, sobre todo en el momento presente en que parece superado el concepto tradicional de la guerra como enfrentamiento manifiesto de fuerzas combatientes regularmente organizadas y constituidas, y cuando se reconoce por multitud de tratadistas del tema modalidades de acción violenta en la que se adoptan y emplean tácticas y medios típicamente militares. Por otra parte nuestra Constitución, vigente ya en la fecha de promulgación del Real Decreto de situaciones, no contempla la situación de estado de guerra con esta denominación (18).

(18) El art. 116 se refiere a los estados de alarma, de excepción y sitio, remitiéndose a la correspondiente Ley orgánica, que todavía no ha visto la luz a la vida del Derecho a través de las páginas del Boletín Oficial del Estado. El tema es tratado recientemente por J. F. HIGUERA GUIMERA, "La previsión constitucional de la pena de muerte (Comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978)". Ed. Bosch, Barcelona 1980, pág. 50 y ss.

El concepto de acto de servicio habrá de integrarse fundamentalmente por la vía de la remisión al art. 256 del Código de Justicia Militar.

c) Sometimiento a cautiverio, circunstancia que parece venir a completar la de efectiva aprehensión por el enemigo.

d) La aprehensión por el enemigo y el sometimiento a cautiverio han de serlo sin menoscabo del honor militar. De todos los requisitos exigidos este es el de más difícil concreción, por cuanto que el concepto de honor militar es algo que todos intuimos y en el exámen de supuestos concretos podríamos discernir si ha habido o no menoscabo del honor militar. En todo caso, y a modo de orientación habría que acudir, entre otros preceptos de derecho positivo de los que se podrían inducir conceptos generales, a los preceptos contenidos en los arts. 338 y siguientes del Código de Justicia Militar en los que el bien jurídico protegido es precisamente el honor militar. Con arreglo a ellos podría decirse que existe menoscabo del honor militar en los supuestos de cobardía; la entrega, rendición o abandono al enemigo de fuerzas o plaza sin haber empleado todos los medios a su alcance; la capitulación de más fuerzas que las comprometidas, en condiciones más ventajosas que para los demás a sus órdenes, o adhiriéndose a la capitulación estipulada por otro aún contando con medios para la defensa.

3. *Contenido y efectos.* La situación de prisioneros de guerra despliega una particular eficacia, precisamente como consecuencia de lo excepcional de la misma y de las particulares circunstancias en que se produce.

3.1. *Cómputo de tiempo.* El tiempo permanecido como prisionero de guerra será válido a todos los efectos, salvo en cuanto la aptitud para el ascenso. Pero si durante el cautiverio tuviese cumplidas las condiciones de ascenso, se le concederá.

De no reunirlos, permanecerá en su empleo hasta que sea liberado, en cuyo momento el tiempo permanecido en cautividad le será computado como de efectividad, destino y mando, pudiendo ascender en la forma establecida en las disposiciones en vigor, recuperando en su caso, el puesto en el escalafón.

3.2. *Producción de vacante.* La constitución en cautiverio no determina automáticamente la posibilidad de que se cause vacante. Se establece, por así decirlo, una dilación o demora en este efecto, previendo el art. 11-2 del Real Decreto de situaciones la necesidad de que transcurra un año desde la aprehensión para que se ocasione la vacante.

3.3. *Derechos económicos.* Como parece lógico, el prisionero de guerra no podrá percibir por sí los emolumentos que pudieran corresponderle, y al mismo tiempo tampoco sería justo que cesase el derecho a percibir los que le correspondían si hubiere estado presente.

Se llega así a una solución intermedia, a virtud de la cual las retribuciones que le correspondan le serán abonadas a su esposa e hijos, y en su defecto, a los parientes que conforme a la legislación de derechos pasivos y por el orden que en ella se establece, y todo ello previa información testifical.

Por lo que se refiere al "quantum", se percibirán por entero tanto las

retribuciones de carácter personal a que se refiere el art. 2.º del Real Decreto, como las que por razón del empleo, situación y destino que viniera desempeñando, corresponderían al prisionero de guerra al caer en cautividad (art. 11-4).

4. *Extinción.* La forma normal de extinción vendrá determinada por la liberación del cautivo. En tal caso se reincorporará al servicio —salvo que por razón de edad le hubiese correspondido pasar al retiro o reserva—, dándose a la amortización el exceso que del reintegro se derive.

#### Nueve. *SITUACION DE DESAPARECIDO*

1. *Concepto y antecedentes.* La desaparición de una persona ignorándose el paradero de la misma es contemplada por las leyes civiles generales, configurándola como una situación transitoria —la ausencia, que el art. 181 del Código civil concibe como la desaparición de una persona de su domicilio o del lugar de su residencia sin haberse tenido de ella más noticias— durante la cual es necesario arbitrar una serie de medidas tendentes a la protección jurídica de las titularidades patrimoniales y de todo orden que afectaban al ausente, medidas que son antecedente de la declaración de fallecimiento por presunción de éste, siempre que transcurran determinados plazos de duración variable según la situación de hecho en que el ausente o desaparecido se hubiera encontrado (vid. arts. 192 a 194 y concordante del Código civil).

Pues bien, tal situación de hecho ha de ser tenida necesariamente en cuenta por la legislación militar, así por una parte los arts. 365 y siguientes del Código de Justicia Militar castigan como delito contra los fines y medios de acción del Ejército el abandono de destino o residencia, por otra las disposiciones administrativas contemplan la desaparición como circunstancia que origina unos determinados efectos en la situación militar del afectado.

Prescindiendo de disposiciones más remotas en el tiempo —como las reguladoras de la desaparición en acciones de guerra en Marruecos—, la situación administrativa de los desaparecidos era regulada por los preceptos siguientes:

a) El art. 368 del C.J.M., a cuyo tenor, en todos los casos de abandono de destino o residencia, “el Oficial o Suboficial que dejare transcurrir dos meses sin justificar debidamente su situación, será dado de baja administrativamente en el Ejército, sin perjuicio de la resolución que recayere en el procedimiento ni de la rehabilitación administrativa a que en su día pudiera haber lugar” (19).

b) Las órdenes de 5 de agosto de 1954, 13 de febrero de 1958 y 20 de agosto del mismo año, para la Armada, el Ejército del Aire y de Tierra, respectivamente, según las cuales el personal desaparecido en acción de guerra, accidente —de mar o aviación— y otros análogos en función del servicio, no será dado de baja y figurará como presente en nómina hasta que

(19) El precepto se completa con la R. O. de 13 de marzo de 1900 (C. L. núm. 52) y O. de 4 de febrero de 1943. Además, en el aspecto económico se establecen determinados efectos en el art. 133 del Reglamento para la Revista de Comisario de los Cuerpos y clases del Ejército aprobado por R. D. de 7 de diciembre de 1892, así como por R. O. de 25 de abril de 1902.

transcurra un año a partir de la fecha en que ocurrió el accidente, salvo que con anterioridad se expida por las Autoridades competentes certificación de su fallecimiento.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Con arreglo a la legislación vigente pasarán a esta situación "quienes hayan desaparecido de su destino o lugar de residencia habitual sin que existan indicios de que la desaparición sea debida a ninguna de las causas previstas en los arts. 365 y siguientes del Código de Justicia Militar" (art. 12 R. D. 734/79).

Así pues, se configura la situación militar de desaparecido como la ausencia involuntaria del destino o lugar de residencia habitual, deslindándose expresamente de la voluntaria, que constituiría el delito de abandono de destino o residencia, con las consecuencias administrativas prevenidas en el art. 368 C.J.M., antes citados, y disposiciones complementarias.

### 3. *Contenido y efectos*

3.1. *Declaración de baja.* Establece el art. 12-2 que "cuando la desaparición se haya producido en campaña o en accidente o en acciones de cualquier naturaleza en que haya intervenido por razón de servicio o con ocasión de él, el interesado no será dado de baja en su Ejército hasta que transcurran dos años contados a partir de la fecha en que se produjo el hecho determinante de la desaparición, salvo que, por las Autoridades competentes se expida certificado de su fallecimiento". En la misma forma se procederá si la desaparición hubiere tenido lugar con ocasión ajena al servicio (art. 12-4, proposición inicial).

Añadiéndose que transcurridos dos años desde la desaparición se reputará, a todos los efectos militares como fallecido, publicándose la baja en el Diario Oficial del Ejército de procedencia.

Puede apreciarse, según lo que acaba de exponerse que la situación de desaparecido tiene una duración de dos años (salvo, claro está, reaparición dentro de ese plazo).

¿Cuándo comenzará la situación de desaparecido? Será necesaria la publicación del correspondiente acto administrativo o resolución, en la que se fijará la fecha del comienzo de la situación. Pero esta fecha, si bien podrá fijarse con mucha aproximación, si no con exactitud, en caso de accidente o acción de servicio o incluso en campaña —cuando se conozca exactamente la acción en que intervino—, y será aquella la del hecho determinante de la desaparición, puede ofrecer alguna dificultad cuando la desaparición se produzca con ocasión ajena al servicio, en cuyo caso desde el instante en que se observe la ausencia habrá que dejar transcurrir el tiempo mínimo prudencialmente suficiente para realizar las pesquisas oportunas en su búsqueda. En todo caso podría acogerse la regla práctica de computar como fecha de la desaparición aquella en que éste se observó una vez que las pesquisas no dieran resultado cierto respecto a la averiguación de su existencia o fallecimiento.

3.2. *Cómputo del tiempo.* El tiempo que se permanezca en la situación de desaparecido o bajo la declaración de fallecido no tendrá en principio valor ni efecto alguno (art. 12-5 inciso inicial).

3.3. *Producción de vacante.* El desaparecido no ocasionará vacante

de modo inmediato, sino solamente una vez que haya transcurrido un año desde la desaparición.

3.4. *Derechos económicos.* Declarada la situación de desaparecido y en tanto ésta dura, las retribuciones correspondientes serán percibidas por los familiares que tengan derecho a ello conforme a las disposiciones ordenadoras de los derechos pasivos. A cuyo efecto habrá de practicarse la correspondiente información testifical, que se llevará a cabo aplicando las normas del Texto Refundido de la Ley de Derechos pasivos, aprobado por Decreto de 13 de abril de 1972, y Reglamento para su aplicación.

Los parientes a quienes se acredite el derecho percibirán por entero las retribuciones de carácter personal a que alude el art. 2 del R. D. 734/79, y las que por razón del empleo, situación y destino que viniera desempeñando correspondieran al desaparecido al producirse esta circunstancia. Pero si la desaparición se produjere con ocasión ajena al servicio sólo tendrán derecho a percibir por entero las retribuciones básicas, las de carácter personal antes aludidas, y las indemnizaciones que pudieran corresponderle.

Obsérvese el diverso tratamiento recibido en el orden económico según que la desaparición se produzca en acto de servicio o con ocasión de él, y fuera del mismo.

Finalmente señalemos que la percepción de estas retribuciones se hará con carácter provisional, hasta que se produzca la declaración de fallecimiento y consiguiente publicación de la baja, en cuyo caso se aplicará íntegramente la legislación sobre derechos pasivos, o hasta que el desaparecido reaparezca.

4. *Extinción: Causas y efectos.* La situación de desaparecido cesará, en primer lugar, por el transcurso de dos años sin reaparición, y consiguiente declaración de baja; lo que determinará la modificación en el título jurídico a virtud del cual los parientes, en su caso, perciban las retribuciones, que pasarán a ser haberes pasivos.

En segundo lugar por la reaparición o regreso del desaparecido, y en su caso declarado fallecido, y reincorporación al Ejército de procedencia, que tiene particulares efectos por la razón misma que la motiva. veamos:

a) El reaparecido causará alta en el Ejército de procedencia y pasará a la situación de disponible forzoso (art. 12-5).

b) Se realizará la correspondiente investigación tendente a determinar las razones que le impidieron o retrasaron el reintegro al puesto de destino, en atención a cuyo resultado el tiempo permanecido en esta situación podrá computarse como válido a todos los efectos de conformidad con las disposiciones vigentes para las Fuerzas Armadas.

De la redacción del texto parece deducirse que el cómputo del tiempo de la desaparición como válido no se producirá de modo automático, sino que se atribuye a la Administración una facultad discrecional que estará inmediata y directamente influenciada por las causas determinantes de la desaparición y el modo de producirse esta, a resultas de la investigación practicada. Lo cual es perfectamente comprensible, aún teniendo en cuenta que tal como está regulada la situación que ahora examinamos, aparece deslindada de los supuestos de los art. 365 y ss. C.J.M., como hemos dejado

ya oportunamente señalado. Pero no es menos cierto que en ocasiones no podrá realizarse el discernimiento entre unas u otras causas hasta el momento de la reaparición, si llega a producirse.

c) El exceso que, como consecuencia del reingreso se produzca, se dará a la amortización, aplicando las reglas vigentes en cada Ejército.

d) En el aspecto económico, el Ejército de procedencia adoptará las resoluciones pertinentes respecto a la liquidación que corresponda, y subsiguiente abono de las retribuciones al interesado. Siendo aplicable al caso el plazo de prescripción de cinco años de las acciones para exigir el abono de los créditos contra la Hacienda Pública, a tenor de lo dispuesto en la vigente Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977.

### Diez. SITUACION DE RESERVA

1. *Concepto y antecedentes.* Con la misma denominación de situación de reserva se designan dos situaciones distintas tanto formalmente consideradas como en su contenido. Por una parte se encuentra la situación de reserva como la propia de los Oficiales Generales al cesar en actividad, y por otra la situación de reserva como situación particular referida a los Jefes y Oficiales acogidos a la Ley de 17 de julio de 1953. Examinamos aquí la primera de ellas por tratarse de una situación de aplicación general.

En cuanto a sus antecedentes han quedado apuntados al hacer la referencia histórica a las disposiciones que han venido regulando las situaciones militares, de entre las que interesa destacar aquí, por ser el texto que acaba de ser sustituido, el art. 11 del Decreto de 12 de marzo de 1954, a cuyo tenor "pasarán a la situación de reserva por edad o a petición propia los Oficiales Generales o sus asimilados. Sus haberes serán los que con arreglo a las disposiciones vigentes les correspondan, y de serles asignado algún destino activo por Decreto y Orden Ministerial sus devengos serán los que con arreglo al cargo o empleo figuren en presupuesto".

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* En la regulación vigente, el art. 13-1 del Real Decreto 734/79 establece que pasarán a la situación de reserva "los Generales, Almirantes y sus asimilados, por edad, a petición propia, falta de aptitud psicofísica o profesional o por declaración legal de no apto para el servicio, de conformidad con las disposiciones vigentes en la materia".

Del precepto reproducido se deduce de modo inmediato que la reserva se caracteriza precisamente por constituir la cesación en la relación jurídica como tales funcionarios —equiparado al retiro— pero que despliega unos particulares efectos en atención a la jerarquía militar de los afectados, de modo que no puede decirse que se trata propiamente de un cese total en la relación de servicio. Así por ejemplo, los Generales en reserva mantienen el derecho al uso del uniforme en todo momento y no perciben haberes pasivos, como veremos.

Desaparecida la distinción que hacía la Base 8.ª de la Ley de 1918 entre primera y segunda reserva, la edad de pase a la reserva viene fijada actualmente en setenta, sesenta y ocho y sesenta y seis años, respectivamente para los Tenientes Generales, Generales de División, Generales de Brigada y sus asimilados. Si bien aquella distinción se mantiene en cierto



modo, aunque atenuada, mediante el establecimiento de un "Grupo B", sin mando de Armas, o "Grupo de Destino de Arma o Cuerpo", tratándose de Oficiales Generales de las Armas, que se produce por razones de edad cuatro años antes del pase a la reserva. Pero esto no constituye propiamente una situación administrativa distinta de la de servicio activo, al menos desde el punto de vista que nosotros adoptamos en este trabajo.

3. *Contenido y efectos.* El pase a la reserva de los Oficiales Generales tiene como efecto fundamental y de modo genérico su cese en el servicio activo, si bien en determinados casos podrán seguir desempeñando destino.

Pero como ya hemos adelantado tiene, al menos en el orden económico, consecuencias distintas al retiro. En efecto, el art. 13-2 del R. D. 734/79 establece que el personal en reserva percibirá las retribuciones que le correspondan de conformidad con la legislación vigente en cada momento.

La legislación vigente al respecto esta constituida principalmente por la disposición final sexta del Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración civil del Estado y Personal Militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire. A tenor de la misma "los Oficiales Generales y asimilados en la situación de reserva percibirán las retribuciones básicas establecidas en el título II del presente Real Decreto-Ley (sueldo, grado, trienios y pagas extraordinarias), en la misma cuantía que si estuviesen prestando servicio activo, percibiendo las complementarias correspondientes únicamente cuando desempeñen destino de plantilla. A partir de la fecha de su pase a la situación de reserva dejarán de perfeccionar el grado por permanencia y los trienios".

No perciben, pues, haberes pasivos, con la importante consecuencia de la no disminución cuantitativa de sus retribuciones básicas.

4. *Extinción.* La situación de reserva cesará por el fallecimiento del interesado, como causa normal. Excepcionalmente estimamos que también será causa del cese en la misma la separación de las filas del Ejército como consecuencia de resolución judicial adoptada de conformidad con las disposiciones vigentes, en particular los previstos en el Código de Justicia Militar.

### Once. SITUACION DE RETIRO

1. *Concepto.* El retiro puede ser considerado en una doble acepción: como acto administrativo que declara el pase a la situación de retiro, y esta misma situación. En este segundo sentido fijamos nuestra atención aquí.

Conviene advertir que conforme al concepto que hemos propuesto de situación administrativa, el retiro no está comprendido en ella, y es que, en rigor no es una situación administrativa de funcionario, pues por naturaleza supone el cese o extinción de la relación de servicio que unía al funcionario con la Administración.

El Real Decreto de situaciones vigente lo considera como una situación, pero nos permitimos creer que sin demasiado convencimiento, pues como única razón para su regulación en él señala el hecho que regula también la situación de reserva de los Oficiales Generales: "Asimismo, hallándose regulada por Decreto de 12 de marzo de 1954 la situación de Reserva a la que pasan los Oficiales Generales, se ha considerado conve-

niente incluir la de Retirado, toda vez que, aun cuando implica la baja del personal en los Ejércitos, parece necesario dejar constancia de la misma, puesto que el personal retirado no se desvincula de manera absoluta de las Fuerzas Armadas, ya que conserva determinados derechos y deberes que por su naturaleza son inextinguibles”.

Entre estos derechos y deberes “inextinguibles” (expresión, por otra parte, no muy concreta) se encuentra indudablemente el derecho a seguir ostentando el empleo militar, ya que éste, como hemos visto ya, “constituye una propiedad”, que “sólo podrá perderse por renuncia voluntaria, en virtud de sentencia firme de tribunal competente o pérdida de la nacionalidad española” (art. 209 Reales Ordenanzas). De donde se deduce, además, que son conceptos distintos el de “empleo militar” y el de “situación de activo”. En suma, un militar retirado sigue ostentando su empleo militar, pero por estar retirado de la posesión de aquel no pueden derivarse todas las consecuencias, derechos, prerrogativas y deberes que comporta estando en activo.

Por otra parte, las mismas Reales Ordenanzas se refieren al retiro en los artículos 223 y 224, que colocan bajo la rúbrica “de las situaciones pasivas”, lo que es de por sí suficiente significativo en orden a lo que aquí se mantiene.

2. *Quiénes se encuentran en esta situación.* Causas. Según el art. 223 Reales Ordenanzas “a la situación de retirado se podrá pasar a petición, propia, al alcanzar determinada edad o por oficio, como consecuencia de una resolución legalmente adoptada”; causas que son concretadas por el art. 14-2 del Real Decreto de situaciones que especifica como tales la “edad, petición propia, falta de aptitud psicofísica o profesional, o por declaración legal de no apto para el servicio”.

Preceptos que a su vez son completados por el Art. 22 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos, aprobados por Decreto de 13 de abril de 1972.

A) *Retiro por edad.* Se dispondrá este retiro cuando se alcancen las edades señaladas, o que en lo sucesivo se señalen, para el pase a esta situación.

Las edades vigentes, con carácter general, para el retiro son: Coronel y Capitán de Navío, 64 años; Teniente Coronel, Capitán de Fragata, Comandante y Capitán de Corbeta, 62 años; Capitán y Teniente de Navío, 58 años; Alférez, 58 años; Subteniente y Brigada, 56 años; Sargento, 54 años. Salvo algunos supuestos especiales que carecen de relevancia.

El retiro por edad es siempre forzoso y habrá de decretarse automáticamente al alcanzar el interesado la que para cada caso esté legalmente establecida, cualquiera que sea la situación militar en que se encuentre.

B) *Retiro por inutilidad física.* El retiro forzoso por inutilidad física se acordará después de declararse definitivamente en el oportuno expediente tramitado de oficio o a instancia del interesado.

Esta modalidad de retiro se decretará de oficio o a instancia del interesado, cualquiera que sea la situación militar en que se encuentre, y tanto en uno como en otro caso, sin excepción alguna, habrá de acreditarse en el oportuno expediente de inutilidad, previo necesariamente al retiro.

C) *Retiro voluntario.* Podrá solicitarse y obtener en cualquier tiempo

y cualquiera que sea la situación militar del interesado en relación con el servicio. De donde parece desprenderse que el retiro voluntario constituye un derecho del funcionario militar, sin que su concesión sea una facultad discrecional de la Administración, sino una facultad reglada. Solicitando el retiro, existe derecho a su obtención que no podrá ser denegado.

3. *Contenido y efectos.* El efecto principal, que caracteriza al retiro, es precisamente la de constituir causa de extinción de la relación de servicio, que se produce, en general con carácter definitivo.

Así, el art. 14-2 del Real Decreto establece que "el pase a esta situación es definitivo, excepto cuando el retiro lo haya sido por inutilidad física y posteriormente desaparezcan las causas determinantes de la misma"; disposición que confirma el art. 23-5 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos: "el retiro constituye una situación definitiva, y ninguno de los que entren en ella podrá volver al servicio activo de las armas en tiempo de paz...", exceptuándose el caso particular del retirado por inutilidad física, declaración que será revisable en cualquier tiempo, en tanto el interesado no cumpla la edad de retiro forzoso, si la inutilidad hubiese desaparecido y así se declarase por disposición especial y expresa.

En consecuencia con lo cual, el efecto fundamental de la situación de retiro es el derecho a la percepción de haberes pasivos, "en función del empleo alcanzado y años de servicios prestados".

Por su parte, el art. 224 de las Reales Ordenanzas dispone que "los militares retirados mantendrán, con arreglo a lo que determine la Ley, los derechos del personal en activo, y recuperarán aquellos a los que renunciaron voluntariamente al incorporarse a la vida militar". Naturalmente que la proposición inicial es demasiado genérica, además de venir matizada por la referencia expresa "a lo que determine la Ley"; y en cuanto a la recuperación de los derechos renunciados (con independencia de la falta de rigor en la expresión, puesto que la renuncia es un acto dispositivo definitivo, además de la doctrina de los propios actos), el más importante de ellos es el relativo a la imposibilidad de desplegar actividades políticas y sindicales que, una vez retirado podrán realizarse en su plenitud, lo que concuerda además, con el Real Decreto-Ley regulador de aquella materia, que exige al militar el retiro.

4. *El retiro para el ejercicio de actividades políticas y sindicales.* Por último hemos de señalar que la pretensión de ejercicio de actividades políticas y sindicales por miembros de las Fuerzas Armadas con grado inferior al de Oficial General, determina la obligación de solicitar y obtener el pase a la situación de "retirado", con los derechos pasivos y asistenciales que le correspondan (art. 5.º-1 Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero).

Con independencia de las consideraciones extrajurídicas implícitas en el tema, y que podrían poner en cuestión la tajante solución adoptada por nuestro legislador en esta materia, en las que no podemos entrar por la índole de este trabajo, sí debemos señalar la trascendencia de esta solución puesto que el retiro es definitivo y comporta la pérdida de la carrera militar por una actividad que puede, y lo es en la mayoría de las ocasiones, ser mucho más breve que la actividad profesional.

En orden a las consecuencias administrativas, el problema más

importante que a nuestro modo de ver se plantea es el de la calificación de este retiro como voluntario o forzoso. La cuestión es de relieve toda vez que, según la legislación de derechos pasivos, para causar pensión, caso de retiro voluntario, se precisa haber cumplido veinte años de servicios efectivos, en tanto que para causar pensión por retiro forzoso basta con tener perfeccionados tres trienios, y dos para causar pensión familiar ordinaria.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el Real Decreto-Ley 10/1977, por el personal militar profesional —una de las cuales es precisamente la de solicitar el pase a la situación de “retirado”— será constitutivo de falta leve, de falta grave o causa para la instrucción de expediente gubernativo al amparo del art. 1.011 del Código de Justicia Militar, según que la infracción se hubiera cometido por primera, segunda o tercera vez, respectivamente.

#### Doce. *SITUACIONES PARTICULARES*

El Real Decreto 734/1979 cierra su articulado con una mención expresa a “situaciones particulares” que merecen un breve comentario, precisamente por su carácter de particularidad y tener recudido su ámbito personal de aplicación.

A) *Situación de reserva creada por la Ley de 17 de octubre de 1953* (desarrollada por O. de 28 de julio del mismo año). A esta situación podrán pasar los Jefes y Oficiales pertenecientes al primer grupo de la Escala activa de las Armas y Cuerpo de Estado Mayor y del Cuerpo de Intendencia que habiendo ingresado en el Ejército con anterioridad a 1 de julio de 1939 lo soliciten voluntariamente.

Quienes pasen a esta situación de reserva serán baja definitiva en la Escala de procedencia y alta en la nueva situación permaneciendo en ella hasta que por su edad les corresponda el retiro para su escala y empleo.

Esta situación comporta particulares efectos pues aún habiéndose producido la baja en el Ejército, el personal acogido a esta Ley,

— percibirá sus retribuciones como si estuvieran en activo, gozando de las variaciones que afecten al personal en activo, que tengan efectos pasivos;

— perfeccionará trienios, y

— continúan sometidos a la jurisdicción castrense en las mismas condiciones que señalan las disposiciones vigentes para el personal en situación de actividad.

Finalmente señalemos que quienes reúnan las condiciones exigidas gozarían de un plazo de seis meses, a contar de la fecha de promulgación de la Ley, para acogerse a la situación regulada en la misma.

B) *Situación en Servicios Civiles y en expectativa de Servicios Civiles, creada por la Ley de 17 de julio de 1958.* Conforme a esta Ley podrían acogerse a la misma los Jefes y Oficiales de las Armas y Cuerpos del Ejército de Tierra en situación de actividad, permitiéndoles servir destinos civiles, aun siendo una situación militar.

Daba derechos, hasta el retiro por edad, al percibo de las retribuciones militares, al ascenso al empleo inmediato y a la perfección de trienios hasta

el retiro, además del mantenimiento del derecho a disfrutar de vivienda militar por dos años. En la Administración civil perciben los complementos, gratificaciones e incentivos de la Ley de Funcionarios.

Como puede observarse se trata de situaciones militares que no son aplicables con carácter de generalidad (sólo afectan a determinado personal del Ejército de Tierra, y durante un determinado período de tiempo; han tenido su razón de ser, muy probablemente, en una determinada política de personal tendente a aligerar los cuadros de mando del Ejército permitiendo reducir sus efectivos a dimensiones que se aproximarán a un ideal de estricta eficacia operativa.

C) *Situación especial creada por el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero.* El real Decreto-Ley de referencia impuso a los miembros de las Fuerzas Armadas la prohibición de participar en actividades políticas y sindicales en tanto mantuviesen su pertenencia a los Ejércitos, y arbitró un procedimiento para quienes desearan participar activamente en la vida política, pero sin que los Ejércitos se vieran en modo alguno involucrados en esa actividad estrictamente personal de sus miembros. El procedimiento fue el de impedir que continuasen perteneciendo a las Fuerzas Armadas. Los Jefes, Oficiales, Suboficiales y clases profesionales habrían de solicitar el retiro, como hemos dejado expuesto; tratándose de Oficiales Generales, habrán de solicitar y obtener el pase definitivo a "situación especial" que, con el exclusivo fin de posibilitar el ejercicio de aquellas actividades crea el Real Decreto-Ley.

Respecto a esta "situación especial", el art. 5.º del citado Real Decreto-Ley se limita a disponer:

— los que voluntariamente se acogieran a ella, a la que se puede acceder desde cualquier otra de las situaciones existentes en el Generalato, tendrán los mismos derechos económicos y asistenciales que pudieran corresponderle en la situación de reserva.

— a los demás efectos, incluso los jurisdiccionales, la "situación especial" queda equiparada a la de "retirado".

Parece pues que se trata de una situación intermedia entre reserva y retiro, lo que plantea algunos interrogantes, como los siguientes: si el pase a esta situación es definitivo y la solicita un Oficial General ya en reserva, ¿podrá volver a ésta?; la equiparación, incluso a efectos jurisdiccionales, al retiro, ¿quiere decir que en caso de comisión de delito conocerá la jurisdicción ordinaria?

Estas y otras cuestiones creemos que deben ser resueltas por la norma de rango adecuado a fin de sentar criterios seguros que nuestro Estado de Derecho demanda, y quizá fue una ocasión desaprovechada la que brindaba el Real Decreto de situaciones, a fin de dar un adecuado encaje sistemático a las consecuencias del ejercicio de actividades políticas por los miembros de las Fuerzas Armadas. Las reformas que se anuncian en materia de personal pueden ser una nueva ocasión para afrontar esta problemática.

## CONCLUSIONES

*Primera.* Se propone como concepto de situación administrativa militar "las diversas modalidades, previstas por el ordenamiento, en que puede encontrarse un militar, y que se traducen en derechos y obligaciones".

*Segunda.* En consecuencia tendrían tan sólo la calificación de situaciones aquellas que, dentro de la posición general de activo, supongan una modificación en el régimen jurídico del militar.

Con arreglo a ello la denominada situación de servicio activo no sería una situación en sentido técnico, sino precisamente la posición normal del militar en la plenitud de su ejercicio como tal. Sin embargo, en sentido amplio, y así lo vienen admitiendo la generalidad de la doctrina, puede considerarse como auténtica situación administrativa.

En cambio no puede considerarse en modo alguno como situación la de retiro, que por su propia naturaleza supone la extinción de la relación de servicio existente entre el funcionario y la Administración. No se opone a esta conclusión el mantenimiento de ciertos derechos, algunos de los cuales revisten un cierto carácter honorífico (el uso del uniforme en determinados casos, por ejemplo) y otros de carácter asistencial para cuya percepción se ha realizado en su momento la correspondiente prestación; otros, en fin, consecuencia lógica de la relación jurídica extinguida pero convertida en una posición pasiva.

El retiro encontraría su inclusión lógica entre las causas de extinción de la relación de servicio, que tendría su contrapunto en la inclusión de un precepto relativo a los requisitos que, con carácter general, determinan la adquisición de la condición de funcionario militar.

*Tercera.* La larga enumeración de situaciones militares podría reducirse, eliminando alguna de ellas, como la de desaparecido. La problemática que plantea la desaparición de un militar puede resolverse sin necesidad de crear una nueva situación administrativa, que tal como aparece configurada aparece perfectamente limitada en el tiempo y con corta duración.

*Cuarta.* La constante remisión que el Real Decreto 734/1979, hace a la regulación de otras materias (ascensos, retribuciones, derechos pasivos, principalmente) directamente relacionadas con cada situación militar, demuestra lo fragmentario de la ordenación positiva de la relación jurídico-administrativa de la función pública militar, por lo que sugerimos la elaboración de un Estatuto del Militar, del que el primer paso ha sido la promulgación de las Reales Ordenanzas, cuya aplicación esperamos fecunda en los años venideros.

Se ha pretendido con el presente trabajo realizar una exposición de la legislación vigente en materia de situaciones militares, planteando los principales problemas y cuestiones que suscita en el momento presente, legislación que, a no dudarlo, se verá afectada por las disposiciones que en

este momento prepara el Ministerio de Defensa, según reiteradas manifestaciones públicas del Excmo. Señor Ministro.

Aunque durante la preparación hemos procedido a realizar una auténtica labor de recopilación de disposiciones relacionadas todas ellas con la función pública militar, así como a la creación de un fichero de notas jurisprudenciales, a la hora de plasmar nuestro trabajo dándole redacción definitiva hemos prescindido de alardes de erudición tanto doctrinal como jurisprudencial —teniendo en cuenta, por otra parte, que la jurisprudencia es más bien parca, afrontando aspectos muy concretos y en relación a casos muy particulares que poca trascendencia tienen en el plano general—, limitándose a exponer reflexiones personales, maduradas a lo largo del tiempo, derivadas de la inclinación del autor al campo del Derecho administrativo, en particular a lo concerniente a la Administración militar por razones profesionales y de vocación.

## EL COMERCIO DE MATERIAL DE GUERRA AERONAUTICO Y EL DERECHO DE LA NEUTRALIDAD

Juan Gonzalo MARTINEZ MICÓ  
Comandante Auditor  
Doctor en Derecho

De una manera general, el Derecho de la neutralidad establece la prohibición para los Estados neutrales de prestar apoyo a los beligerantes, aún en el supuesto de que se otorgue a ambos, en todos los asuntos que afectan a la guerra.

El suministro de material de guerra a los beligerantes puede revestir dos formas:

### A. *Suministros por las Autoridades del Estado neutral.*

1. Es el caso de empresas estatales que fabrican aeronaves militares o motores de aviación, así como material de repuesto, y cuya construcción tiene lugar bien en establecimientos oficiales, dependientes, por tanto, directamente de las Autoridades neutrales, bien en industrias que trabajan bajo control estatal. El Derecho de Gentes condena totalmente este tipo de entregas en cuanto suponen un apoyo directo prestado a los beligerantes (1). Si esta fabricación de material aeronáutico de guerra se efectuase en territorio de los beligerantes, éstos se sentirían investidos del recíproco derecho a destruir semejantes instalaciones en terreno enemigo para disminuir así su potencial bélico. En cambio, si se permite a los neutrales

---

(1) En marzo de 1915 se dijo, de fuentes no oficiales, que el Ministerio italiano de Guerra había concedido autorización para la exportación al Gobierno francés de unos pocos modelos del avión biplano "Caproni" 300 h. p. Al parecer, sin embargo, las máquinas nunca fueron entregadas. Si las máquinas hubieran sido entregadas por el Gobierno italiano, el suministro de las mismas habría constituido una violación grave de la neutralidad. Si, por el contrario, la provisión hubiera estado a cargo de contratistas privados y el Ministerio de Guerra italiano se hubiera limitado a intervenir para levantar una prohibición de exportación de aeronaves que pudiera haber establecido el Ministerio del Interior, no parece que Italia hubiera violado su neutralidad con la entrega (SPAIGHT: *Air Power and War Rights*. London: Longmans. Green; 3 ed. 1947. pág. 466.



fabricar directamente por cuenta de las Potencias beligerantes, se pone al abrigo de toda destrucción los medios de fabricación de material bélico aeronáutico. Esta distinción no es admisible.

2. Las Reglas de la guerra aérea de 1923 prohíben formalmente, en su art. 44, "la provisión directa o indirecta por un Gobierno neutral a una Potencia beligerante de aeronaves, piezas sueltas, material, suministros o municiones para las mismas (1). Se trata de aplicar a la guerra aérea un principio bien arraigado en Derecho Internacional: que en tiempo de guerra, un Gobierno que permanece neutral no debe suministrar armas o material de guerra a un Gobierno beligerante.

El carácter de la prohibición del art. 44 es absoluto. Comprende todo suministro directo de material de guerra, aviones militares (2), motores, etcétera, por vía de cesión entre las administraciones militares neutral y beligerante.

---

(1) Los Estados parte en los conflictos armados que se han sucedido desde 1945 han recibido a menudo una ayuda substancial de los terceros Estados, tanto en tropas como en material de guerra. Puede decirse, pues, que la mayoría de los Estados no involucrados en un conflicto no han observado en el curso de los últimos treinta años el Derecho de la neutralidad. Durante la guerra del Próximo Oriente, los Estados Unidos y la Unión Soviética suministraron armas y otro material de guerra a las dos partes en conflicto. Incluso después de la suspensión de hostilidades acordada por egipcios e israelíes en junio de 1967, obedeciendo al mandato de las Naciones Unidas, 24 bombarderos Topolev 16, 60 CB Sukho 17 y 50 Mig-21 llegaron a los arsenales egipcios (*Historia de un año de tregua*, por Antonio TORRECILLAS VELASCO, Revista Ejército, noviembre 1968, pág. 8). Durante el conflicto irano-iraquí, los servicios de escucha de la radio-televisión israelí captaron mensajes que indicaban la creación de un puente aéreo entre Libia e Irán; aparatos iraníes cargaban armas, municiones y aviones proporcionados por Libia y los llevaban a Irán, tras sobrevolar Grecia, Bulgaria, Turquía y la Unión Soviética (El País, 10-X-80, pág. 1 y 11-X-80, pág. 5). El Daily Telegraph informó que Siria había entregado secretamente a los persas armas y material militar: rampas de misiles suelo-aire, lanzacohetes antitanque, municiones, minas y explosivos y pertrechos militares (El País, 26-IX-1980, pág. 3).

SCHNLER cuestiona la licitud del recurso a la fuerza por parte de los Estados implicados en el conflicto contra esas actividades hostiles desplegadas en el territorio de terceros Estados. Al estimar que el tránsito de material de guerra por el territorio de un Estado neutral o el suministro de armas por este último no son considerados como un acto de agresión, concluye que no se justificaría el uso de la fuerza contra los Estados que violan de esta forma el Derecho de la neutralidad. Sin embargo, como el suministro de armas es contrabando de guerra podría dar lugar a medidas coactivas no bélicas contra esos terceros Estados (*L'emploi de la force sur un Etat non belligerant*'), Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela. Editorial Tecnos, Madrid, 1979).

(2) Durante la I Guerra Mundial se entabló una discusión respecto del carácter del hidroavión. El problema era determinar si los hidroaviones debían ser considerados como barcos de guerra, ya que, de acuerdo con las disposiciones del XIII Convenio de La Haya, los Estados neutrales debían impedir que estos últimos fuesen construidos, armados y equipados dentro de su jurisdicción siempre que se considerara que estaban destinados al servicio de uno u otro de los beligerantes (art. 8).

Los Gabinetes de La Haya y Washington sostuvieron que se trataba de "cosas sui generis", que debía considerárseles como aparatos militares especiales moviéndose en los aires y que no se debían asimilar ni a los vehículos terrestres ni a las naves, en contra de la tesis de Alemania según la cual las Potencias neutrales debían prohibir la exportación de dichos aparatos por constituir, en realidad, navíos de guerra.

En respuesta a la protesta formulada por el Gobierno alemán contra la entrega a Gran Bretaña y Rusia de hidroaviones fabricados en territorio norteamericano, el Gobierno de los Estados Unidos afirmó el 29 de enero de 1915 que el hecho de que dichos aviones "estuviesen equipados con aparatos que les permitían elevarse y volar sobre el mar" no les daba el carácter de barcos en forma tan definitiva como para que pudieran aplicárseles las reglas respectivas y ya aceptadas de Derecho Internacional (FENWICK, Charles G.: *Derecho Internacional*. Buenos Aires, 1963, pág. 571). Se sostuvo, en consecuencia, que los aviones sólo representaban un contrabando condicional de guerra y que podían ser entregados libremente por los ciudadanos neutrales a los beligerantes. Hoy a la vista del art. 44 de las Reglas, los Estados neutrales deben vigilar para que no sean exportados.

¿Cabe considerar como una violación de la neutralidad las entregas indirectas o suministros de material militar aeronáutico llevados a cabo por sociedades privadas neutrales, constituidas antes de la apertura de las hostilidades, y en las cuales el Gobierno neutral estuviera interesado financieramente? En los casos en que el gobierno neutral tenga el control financiero de la empresa hasta el punto de que pueda ser considerado como su dueño absoluto, parece claro que el suministro de aeronaves militares constituiría una violación del Derecho Internacional. En los demás supuestos, la empresa privada no pierde su carácter de tal por el hecho de que el Estado tenga una participación, aunque ésta sea importante; el suministro del material aeronáutico se reputa hecho por personas privadas y, por consiguiente, no está prohibido de ningún modo.

3. Supongamos que un Gobierno acostumbra normalmente a vender sus excedentes de material militar aéreo a una compañía de comercio que tiene una opción, dimanante de un contrato, a disponer de ellos de la forma más ventajosa para sus intereses y supongamos que esta compañía los vende a un Gobierno beligerante, permaneciendo neutral el Gobierno que primitivamente vendió los equipos. ¿Constituiría tal venta una infracción del deber de neutralidad? La respuesta no es fácil. Si la compañía se limitó a facturar simplemente los pertrechos o, todavía más, si sencillamente actuó como comisionista del Gobierno vendedor, la operación rozó peligrosamente el carácter de una venta directa del Gobierno neutral al beligerante. Si, por el contrario, la compañía trabajó, de cualquier manera, sobre el material, sometiéndolo a un proceso de reciclaje o llevó a cabo en él transformaciones importantes, el supuesto no sería muy diferente del de su fabricación de origen en fábricas privadas y en ese caso no cabría formular ninguna objeción a la venta hecha al beligerante. Todo depende de las circunstancias dadas en cada caso concreto y no cabe formular una regla general aplicable a todos los casos que puedan presentarse.

4. En el caso de venta de material de guerra por un beligerante a un Gobierno neutral, no parece que haya ninguna infracción del derecho de la neutralidad por parte del Gobierno neutral al obtener material bélico procedente de fuentes beligerantes. El Gobierno holandés hizo una compra importante de cañones a las fábricas Skoda de Austria en 1915 y en octubre de 1917 se dijo que doce grandes aeroplanos mandados para el ejército holandés habían llegado a Bentheim (Hanover) y estaban allí a la espera de ser trasladados por pilotos holandeses. La compra de municiones, incluso la hecha al Gobierno beligerante mismo, no parece estar prohibida por ninguna regla de Derecho Internacional.

5. Un país puede ser al mismo tiempo beligerante y neutral. Gran Bretaña, en lucha con Alemania, era neutral con relación a Finlandia, en guerra a su vez con Rusia, en 1939-41. Y Finlandia era neutral con respecto a Gran Bretaña. La complicación no afecta a los derechos y obligaciones de los países cuya relación, inter se, sea la de beligerante y neutral. A Finlandia se le autorizó a conseguir libremente armamento procedente de Gran

Bretaña, cuyas necesidades propias en ese momento eran muy apremiantes. Chamberlain proporcionó en marzo de 1940 en la Cámara de los Comunes una lista del armamento suministrado (que incluía aviones), aclarando que el Gobierno había facilitado el suministro de este armamento a Finlandia a través de firmas privadas.

6. El suministro o la prestación a un beligerante de "servicios" incompatibles con la neutralidad (asistencia hostil) está también prohibido.

LEBON (1) estudia los casos de asistencia hostil marítima indirecta con respecto a la guerra aérea. En cuanto al transporte ocasional de personas con destino al país enemigo, distingue el transporte de tropas y el transporte de agentes diplomáticos.

Un Estado neutral no puede emplear aeronaves suyas para el transporte de soldados, marinos y personas, en suma, destinadas al servicio militar de un beligerante. Eso sería un acto de socorro directo realizado con violación de los deberes de la neutralidad.

El transporte de agentes diplomáticos pertenecientes a los beligerantes en una aeronave neutral debe ser considerado como lícito.

#### B. *Suministro de material aéreo por personas privadas neutrales*

1. Si los Estados neutrales tienen la obligación de impedir en el ámbito de su jurisdicción toda acción estatal para con los beligerantes que guarde relación con la guerra, no existe, en cambio, una obligación general de impedir también las acciones llevadas a cabo en territorio neutral por personas privadas en favor de uno u otro beligerante ni de oponerse al comercio de los particulares. El principio fundamental que inspira esta norma es el de que el comercio y tráfico privado han de verse trastornados lo menos posible por la guerra. La conducta de los particulares no puede ser causa de responsabilidad internacional en tanto no suponga un quebramiento de los deberes del Estado neutral.

2. Sin perjuicio de las afirmaciones anteriores, la cuestión, desde un punto de vista general, de si el Estado neutral está obligado, conforme al Derecho Internacional, a impedir el comercio de sus propios súbditos no ha sido pacífica en la doctrina.

Ha habido autores (GESSNER y KOUSSEROW) que entienden que en el caso de comerciar los particulares hay una violación de la neutralidad

---

(1) LEBON, Emile: *La guerre aérienne dans ses rapports avec le Droit international*. Université de Nancy, 1923, pág. 218.

(1). A este criterio respondió la legislación norteamericana de la neutralidad contenida en los "Neutrality Acts" de 31 de agosto de 1935 y 29 de febrero de 1936 dictados con motivo de la guerra italo-etiópica. Las leyes citadas declararon ilegal la exportación de armas, municiones o material de guerra desde cualquier localidad de los Estados Unidos o sus posesiones hacia un puerto de los Estados beligerantes o hacia un puerto neutral para trasbordarlas a un país beligerante o ponerlas a su disposición. En la Proclama del Presidente relativa a la primera de esas leyes, fechada en 26 de septiembre de 1935, se enumera detalladamente el material de guerra cuya exportación para los beligerantes quedaba prohibida, incluyéndose en él las aeronaves construidas o en piezas.

El grupo más numeroso admite la validez de las entregas hechas por las personas privadas neutrales; la neutralidad de un Estado no se ve perjudicada por el hecho de que sus nacionales suministren municiones de guerra a un beligerante.

3. La práctica de los neutrales es conforme, en general, con la teoría que autoriza el comercio de las personas privadas neutrales, por su propia cuenta y riesgo.

La guerra de 1914-1918 fue testigo —dice SPAIGHT (2)— de la aplicación de la doctrina de la libertad de suministros del neutral de una forma sin precedentes. Los Estados Unidos se convirtieron en el gran arsenal de los Aliados. No sólo los cañones y explosivos sino toda la maquinaria que permitió a Gran Bretaña organizar la producción masiva de municiones era procedente de América. Los ingenieros estadounidenses y las industrias de fabricación de maquinaria fueron movilizadas en favor de los Aliados. Para motores de avión y, hasta cierto punto, para aeronaves, Gran Bretaña contó con la industria francesa en los primeros días de la guerra. Realmente, sin la famosa máquina de rotación francesa, que desempeñó tan importante papel en el desarrollo de la aviación, no habría habido probablemente fuerzas aéreas aliadas en 1914. Pero también se pidieron aviones a los Estados Unidos y las órdenes de compra dadas por británicos y rusos a la Compañía Curtiss, en Hammondsport, Nueva York, dieron lugar a una protesta alemana en 1915.

Se dio incluso el caso de suministrar material de guerra a un país que estaba, de hecho, en guerra con otro país aliado de aquél al que pertenecía el suministrador. La firma alemana que fabricaba los famosos aviones Albatross se comprobó que había vendido algunos aparatos a Italia, que estaba, entonces, en guerra con Austria, aliada de Alemania, pero no con Alemania misma. El Director de la fábrica fue implicado personalmente en el asunto y condenado por un Tribunal alemán, en 1915. Había violado las

---

(1) J. KROELL: *Traité de Droit International Public Aerien*. Paris, 1936. Tomo II, pág. 307.

(2) SPAIGHT: *Opus cit.*, pág. 468.

leyes de su país, pero, con arreglo al Derecho Internacional, su actuación no había afectado a la neutralidad de su Estado.

Con el estallido de la II Guerra Mundial, los Estados Unidos se declararon neutrales en los primeros días de septiembre de 1939, embargando, al mismo tiempo, los pedidos de armamento efectuados por los países implicados en el conflicto. Con la adopción de la "Neutrality Act", de 4 de noviembre de 1939, desapareció la cláusula que prohibía las exportaciones de armas. El nuevo sistema establecido autorizaba todo tipo de compras de material de guerra a Francia e Inglaterra, con la condición de pago al contado y transporte en sus propios buques (cláusula cash and carry). El nuevo principio de pago al contado "seguida manteniendo las apariencias de una neutralidad estricta por parte de los Estados Unidos, porque los norteamericanos quedaban en libertad de vender armas igualmente a los alemanes y a los Aliados. Pero, de hecho —confesaba CHURCHILL—, nuestro poderío marítimo impedía todo tráfico alemán, mientras Francia e Inglaterra podían comprar cuanto quisiesen en tanto tuvieran medios de pago al contado" (1). De este modo, pudieron recibir los Aliados, en 1940, 2.884 aviones de los cuales 2.308 estaban destinados a la Gran Bretaña (2). Alemania no contaba con el dominio marítimo y en aquel entonces no se empleaba aún la vía aérea a través del Atlántico para el transporte de material aéreo. Sin embargo, la situación financiera británica entró en crisis a finales de 1940. Sus reservas disponibles en dólares eran prácticamente iguales a los encargos efectuados y aún pendientes de entrega (3). Inglaterra no podía seguir manteniendo el sistema de compra al contado. La continuación del envío de suministros a Inglaterra encontró una solución en la "Lend and lease Act", de 11 de marzo de 1941, que autorizaba el préstamo y arriendo de material de guerra a todas las naciones cuya defensa pareciera vital para los Estados Unidos. La ley constituye un hito importante en la historia de las entregas de material bélico a los neutrales (1).

4. En el ámbito de la neutralidad en la guerra terrestre y marítima, el art. 7 de los Convenios V y XIII de 1907 establece que una Potencia neutral no está obligada a impedir la exportación o el tránsito de armas, municiones y, en general, de todo lo que puede ser útil a un ejército o a una escuadra, por

(1) Winston CHURCHILL: *Memorias: "su hora mejor"*, pág. 306.

(2) Vista la evolución tan rápida como desfavorable que la situación de Francia experimentó durante el mes de junio de 1940, Inglaterra consiguió la cesión de los contratos sobre material de aviación que los franceses habían suscrito con la industria americana por importe de 600 millones de dólares, incluido el valor del material terrestre también concertado (JIMENEZ RIOJA, Miguel: *La ayuda interaliada en la II Guerra Mundial*. Revista Ejército, Abril 1979, núm. 471, pág. 16).

(3) Las compras que los británicos estaban llevando a cabo eran muy importantes. En el verano de 1940 se había hecho ya planes para adquirir 3.000 aviones al mes en los Estados Unidos. Así lo declaró Lord BEAVERBROOK en su alocución de 24 de julio de 1940, reproducida en el "Daily Telegraph" de 25 de julio.

(1) De todas formas, antes de que la "Lend and lease Act" fuese aprobada, la ayuda que los Estados Unidos habían proporcionado ya a Gran Bretaña era de primer orden. Así hay que considerar la actuación de Washington al permitir que cincuenta aviones Curtiss fueran devueltos a fábrica como excedente posibilitando, de este modo, su compra por la Gran Bretaña y Francia. Sin duda que semejante operación podía ser objetada con arreglo al Derecho de la neutralidad.

cuenta de uno u otro de los beligerantes. De esta norma hay que deducir, por tanto, que un Estado neutral no está obligado, ni siquiera en caso de conflicto armado, a impedir la exportación o el tránsito de material bélico con destino a un Estado en guerra.

El precepto debe ser entendido, sin embargo, como dice KURZ (2), en el sentido de que sólo el Estado neutral puede decidir libremente si autoriza o no las entregas de material de guerra que son hechas por los particulares a un país extranjero en guerra.

No es necesario que el material de guerra exportado bajo autorización por los particulares vaya con destino a una persona privada; el destinatario puede ser tanto un órgano oficial como una empresa privada; por ejemplo, un comerciante o un intermediario.

El art. 7 anterior deja a los neutrales en libertad de decidir por sí mismos si deben prohibir, limitar o someter a regulación la exportación de material de guerra que lleven a cabo las entidades privadas. Sin embargo, el Estado neutral no debe aplicar como mejor le parezca en cada caso las restricciones que haya ordenado. Este principio de la libertad del comercio neutral está, sin embargo, limitado por la obligación de tratar de manera igual a ambos beligerantes en lo que respecta a los bienes de importancia militar. El art. 9 del Convenio relativo a la neutralidad en la guerra terrestre impone a los neutrales el deber de aplicar uniformemente a todos los beligerantes las medidas que hubieren tomado, en razón de su política de neutralidad, para limitar o prohibir la exportación del material de guerra (3). El particular conserva la libertad de decidir lo que va a fabricar y a qué

---

(2) Coronel E.M.G. H-R. KURZ: *Exportación de materiel de guerre et neutralité*. Revue Militaire Suisse, Junio 1969, pág. 253.

(3) El deber de imparcialidad del neutral se ejerce en el dominio de la neutralidad militar y de la neutralidad económica.

En el dominio de la neutralidad militar tiene una manifestación en los arts. 45 y 46 de las Reglas de La Haya.

El deber de imparcialidad en las relaciones económicas aboca en el tema de la neutralidad económica. El Estado neutral tiene un derecho fundamental: mantener sus relaciones comerciales con el mundo exterior y, en particular, con los beligerantes. Este derecho está sólo limitado por el deber de imparcialidad en el comercio del material de guerra. Fuera de esto, está el vasto dominio de todos los otros intercambios comerciales.

Es imposible tratar los problemas planteados por las aeronaves comerciales y las mercancías neutrales en la guerra aérea. Son problemas estrechamente ligados a la guerra económica que se hacen los beligerantes y a la vigilancia cada vez más estrecha que ejercen sobre el comercio de los Estados neutrales.

Sobre el deber de imparcialidad en el ámbito de la Comunidad económica europea, dice DOMINICE:

"Le principe du traitement paritaire des belligérants, qui oblige l'Etat neutre a appliquer a ceux-ci d'une maniere egale toutes les prescriptions et restrictions qu'il peut edicter — notamment en matiere de commerce de materiel de guerre et d'emprunts financiers —, entrerait en contradiction directe avec les obligations du Traité de Rome, et plus particulierement la liberte de circulation des marchandises et des capitaux, des lors qu'un membre de la Communauté serait implique dans un conflit. Le respect de ses obligations par l'Etat neutre pourrait également etre mis en peril a l'égard des belligérants tous extérieurs aux Communautés, dans la mesure où la politique commerciale commune, prévue par les articles 113, 114 et 228 du Traité de Rome, ne serait pas en accord avec le principe du traitement paritaire, en d'autres termes lorsqu'elle aurait por objet ou pour effect de favoriser l'une des parties au conflit. (DOMINICE, Christian: *Les neutres face a la CEE*, en *Miscellanea*, W. J. Ganshof van der Meersch, pág. 91).

cliente quiere entregar sus productos. El principio del tratamiento paritario a los beligerantes, propio del derecho de la neutralidad, se aplica únicamente a las limitaciones y restricciones ordenadas por el Estado mismo pero no, sin embargo, a la libertad de comercio del particular; ésta no sufre ninguna cortapisa; a este respecto, el Estado tiene el deber de asegurarse de que sus súbditos aplican bien, en el plano práctico, el principio de la imparcialidad.

5. Para contestar a la pregunta de si un Gobierno neutral está obligado a impedir la expedición de material aeronáutico a los beligerantes, las Reglas de la guerra aérea de La Haya quisieron aplicar a la misma el principio ya enunciado en el art. 7 de los Convenios V y XIII de 1907, disponiendo en su art. 45 que "con reserva de lo que preceptúa el art. 46, una Potencia neutral no estará obligada a impedir la exportación o el tránsito, por cuenta de un beligerante, de aeronaves, piezas sueltas, material, suministros o municiones para las mismas" (1).

Según el Derecho consuetudinario actual, no existe ninguna obligación por parte de los neutrales de prohibir el suministro de material de aeronáutica militar efectuado por personas privadas neutrales a Potencias beligerantes. Cada una de las personas neutrales es libre de actuar del modo que mejor convenga a sus intereses. Los Estados que hayan permanecido neutrales son libres de autorizar o prohibir los suministros efectuados por sus súbditos.

Según el Informe del Comité de Expertos de La Haya, relativo al art. 45 transcrito, un Gobierno neutral no está obligado a impedir la compra por un Gobierno beligerante de artículos de contrabando a individuos que se encuentren en jurisdicción neutral. La compra de artículos de contrabando, en estas condiciones, constituye una transacción comercial que el Gobierno neutral no está obligado a impedir de ningún modo, sin que ello afecte al derecho del otro beligerante para adoptar todos los medios que el Derecho Internacional autoriza con el fin de impedir la entrega de estos efectos a su adversario (2).

Por lo demás, es perfectamente aplicable al art. 45 del Proyecto de Reglas de La Haya las consideraciones hechas a propósito del art. 7 de los Convenios V y XIII de 1907.

---

(1) El Estado neutral está, pues, autorizado a prohibir el tránsito de suministros de guerra, como hizo Suiza durante la guerra franco-alemana y, en parte, durante la II Guerra Mundial, dejando libre la exportación, con la condición de que estas medidas sean aplicadas uniformemente a todos los beligerantes.

No es necesario que el principio de trato uniforme encuentre expresión en normas dirigidas a todos los beligerantes; lo importante es que la actitud del Estado neutral sea conforme a ese principio de imparcialidad en todas las disposiciones que promulgue relativas a la guerra.

(2) Sin embargo, el art. 216 del Código marcial mejicano de 1933, vigente en este punto, dentro de los "delitos contra la seguridad exterior de la nación", castiga, como violación de la neutralidad, con cinco años de prisión... al piloto de una aeronave que durante una guerra en que no intervenga México, transporte contrabando de guerra para cualquiera de los beligerantes. (Boletín Jurídico Militar. Tomo IX, núms. 1 y 2. México, enero y febrero, 1943, pág. 53).

6. El art. 2 del Convenio sobre la neutralidad en la guerra terrestre establece que el Estado neutral ha de impedir en el ámbito de su soberanía el paso de suministros organizados por los Estados beligerantes. En cambio, los envíos privados de municiones no caen bajo esta prohibición.

Del art. 45 de las Reglas de la guerra aérea se desprende también una diferencia de régimen jurídico: de una parte, una prohibición de tránsito aplicable a las expediciones de material de guerra aeronáutico, organizados por uno de los Estados beligerantes (1); de otra, una permisión para los transportes organizados por las personas privadas neutrales por cuenta de un Estado en guerra.

La solución prohibitiva para el primer supuesto, que no viene recogido expresamente en el precepto, es la que domina en la doctrina.

Según LE GOFF (2), el Estado neutral no debe dejar pasar en tránsito a través de su espacio aeronaves públicas beligerantes que transporten material de guerra aérea. Ello sería considerado como una asistencia hostil.

KROELL, por su parte (3), cree que el envío en tránsito a través del territorio neutral de material de guerra aeronáutico, de motores de aviación, de piezas sueltas utilizadas en aeronaves militares, accesorios (aparatos de fotografía, paracaídas), etcétera, caen en la misma prohibición. Una Potencia neutral que tolerase el paso por vía aérea, terrestre o fluvial de artículos de esta clase expedidos por un Estado a sus fuerzas militares, empeñados en la guerra en otro territorio, cometería una grave violación de las reglas de la neutralidad.

CASTREN cree que un Estado neutral no está obligado a impedir el transporte de piezas sueltas de aeronaves, de suministros o municiones para las mismas por cuenta de un beligerante (4).

Esta obligación que el Estado neutral tiene de prohibir el paso a través de su territorio de transportes aéreos públicos beligerantes que contengan municiones o aprovisionamientos puede chocar, dentro del marco de la Comunidad Económica Europea, con los principios que, con arreglo al Tratado de Roma, deben regir la política común de los transportes. La

---

(1) Con motivo del conflicto irano-iraquí, la Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores español difundió un comunicado que, textualmente, decía: "Ante ciertas noticias procedentes de Kuwait según las cuales aviones norteamericanos estarían utilizando bases aéreas españolas para suministrar repuestos a la aviación de Irán, la Oficina de Información Diplomática desmiente categóricamente que ninguna base española o de utilización conjunta con Estados Unidos haya servido para que aviones en ruta a Irán repostaran o efectuaran ningún otro tipo de escalas técnicas". (Del diario ABC, 28-9-1980, pág. 19).

(2) LE GOFF: *La guerre aérienne*. Revue General de l'Air, 1955, pág. 165.

(3) KROELL: Opus cit., Tomo II, pág. 301.

(4) CASTREN: *The present law of war and neutrality*. Helsinki, 1954, pág. 593.

El Decreto referente a las cuestiones de neutralidad de Finlandia contiene una disposición especial con el fin de impedir el transporte de combustibles y otras provisiones, por medio de buques o de aeronaves, a las Potencias beligerantes desde territorio finlandés (art. 15).



libertad de tránsito estaría aquí en contradicción con el Derecho de la neutralidad.

7. En cuanto a los envíos privados de suministros, el Estado neutral no está obligado, con arreglo al Derecho Internacional, a impedir el transporte de municiones compradas por un beligerante a sus nacionales. Puede, a su arbitrio, prohibir o permitir tales transportes (1). Ordinariamente tales transportes son permitidos cuando las municiones u otros pertrechos no son, en realidad, propiedad de un beligerante. Si ya han pasado a ser definitivamente propiedad beligerante, como, por ejemplo, cuando el material es enviado de una parte del ejército a la otra, el autorizar que sea transportado a través de territorio neutral constituiría una violación de la neutralidad. Siendo entonces material beligerante, debe ser internado (2).

El si un material dado es o no propiedad del Gobierno es una cuestión de hecho. La circunstancia de que haya sido llevado a establecimientos oficiales y pagado con cargo a partidas presupuestarias, sería una prueba fehaciente de que lo es. Hasta que realmente sea entregado en los depósitos o almacenes oficiales sería considerado como material de un contratista pendiente de entrega y su paso a través de territorio neutral no estaría prohibido por el Derecho Internacional, aunque podría estarlo por el propio Derecho interno de un Estado neutral. El que las municiones sean inspeccionadas por agentes de un Estado beligerante en las fábricas del contratista o en un puerto neutral antes de su embarque no es considerado, en la práctica, como si les convirtiese en mercancías beligerantes. Se entiende que la operación de suministro prosigue hasta que la mercancía llegue a su destino en el territorio beligerante.

8. Obsérvese, finalmente, que el Derecho trazó una clara distinción entre las esferas pública y privada. Mientras los Gobiernos de los Estados neutrales tienen el deber de abstenerse de entregar a los beligerantes ciertas mercaderías o algunos servicios, tales mercancías o servicios pueden ser proporcionados por personas particulares. Este principio fundamental del Derecho tradicional de la neutralidad ha ido sufriendo una invalidación gradual, como observa SKUBISZEWSKI (3). El Derecho no previó que el

---

(1) En la I Guerra Mundial, mientras permanecía todavía neutral, Rumania se negó a tolerar que ningún envío procedente de los Imperios Centrales con destino a Constantinopla pasase a través de su territorio.

(2) Bulgaria, en tanto que permaneció neutral, internó un cierto número de aviones alemanes que habían volado hasta Lom Polanka y desde allí remitidos por ferrocarril a Constantinopla; esto fue en marzo de 1915. Poco antes había autorizado precisamente el paso de algunos envíos, pero Bulgaria, entonces, pareció darse cuenta de sus obligaciones como neutral y detuvo posteriores envíos. Con todo, parece que algunos aparatos procedentes de Alemania consiguieron llegar todavía por vía férrea. El Corresponsal de la Agencia Reuter en Atenas informaba el 1 de julio de 1915 que, según un mensaje procedente de Constantinopla, cuatro aeronaves desmontadas en piezas habían llegado allí hacía poco, vía Bulgaria; iban escondidas entre los envíos de medicamentos.

(3) SKUBISZEWSKI: *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de cultura económica. México, 1973, pág. 770. Editado por Max SORENSEN.

Estado neutral, como ente distinto de sus comerciantes y hombres de negocios, un día decidiría regular o participar en la vida económica de la nación. Actualmente, aún los Estados que mantienen una economía de mercado libre y protegen la propiedad privada de las empresas comerciales y de intercambio, introducen una serie de controles de importación y exportación, supervisan el comercio con países extranjeros, imponen restricciones cambiarias y regulan los negocios en muchos de sus detalles. Así, un particular o una sociedad están frecuentemente imposibilitados para entrar en contactos comerciales con un cliente extranjero —especialmente durante la guerra— sin algún tipo de autorización y supervisión por parte del gobierno. Después de 1945, aumentó considerablemente el número de países que introdujeron el monopolio estatal en el comercio exterior. Sin embargo, los Convenios de La Haya distinguen, como hemos visto, entre el comercio privado y el gubernamental, y discriminan contra este último. La distinción entre Estado neutral y comerciante neutral ya no parece justificada, a juicio de SKUBISZEWSKI, y la correspondiente diferencia en sus derechos y deberes carece actualmente de importancia (1). Por eso algunos autores han sugerido que las prohibiciones sobre actos de los Estados neutrales deberían extenderse también a los actos de las personas neutrales. De esta forma, se disuadiría, además, a los Estados de recurrir a personas intermediarias para escapar de las prohibiciones que afectan a los actos de los Estados neutrales (2).

(1) W. G. FRIEDMANN: *The Growth of State Control over the Individual...* British Year Book of International Law, vol. 19, 1938, pág. 118, 130 y ss. AKEHURST sostiene también que la antigua distinción entre actos de Estados neutrales y actos de personas neutrales, establecida en los Convenios de La Haya de 1907, se encuentra hoy superada, al ejercitar los gobiernos un estrecho control de las transacciones económicas por medio de la licencia de exportación, controles de cambios, etc. (*Introducción al Derecho Internacional*. Madrid, 1972, pág. 400). Es más; como dice Raymond ARON, los Estados han reemplazado, desde hace mucho tiempo, a los comerciantes de cañones. Los traficantes de armas... se asemejan hoy a artesanos comparados con las comisiones estatales creadas en Washington Londres o París para promover la venta de tanques o de aviones en el extranjero (ABC, 24-I-1982, pág. 17).

(2) Según la información del periódico "The Sunday Times" de Londres, de 26 de julio de 1981, el accidente de un avión de carga argentino "CL-44", caído en territorio de la Unión Soviética el 18 de julio de 1981, reveló la existencia de un acuerdo secreto para la venta de material de guerra israelí a Irán. El acuerdo fue negociado en Londres, en contra del embargo norteamericano, para proporcionar a las autoridades iraníes 360 toneladas de piezas de repuesto para carros de combate y munición, con el fin de facilitar medios para que Teherán pudiese continuar la guerra contra Irak.

Para realizar las entregas de los pertrechos de guerra, se buscó a un súbdito escocés, conocido traficante de armas, que alquiló en Buenos Aires el avión CL-44, un turbohélice de la compañía Transportes Aéreos Rioplatenses (TAR), con el que viajó a Tel-Aviv, vía Miami y Amsterdam. El intermediario escocés murió en el accidente al igual que los demás ocupantes del aparato.

El Gobierno israelí desmintió la existencia de un acuerdo para suministrar armas a Irán, pero el periódico británico, basado en el testimonio de un súbdito suizo, socio del escocés fallecido, afirma que se trataba de mandar pertrechos de guerra, en doce viajes de avión, desde Tel-Aviv a Teherán, vía Larnaca (Chipre), cuyo aeropuerto era utilizado como base estratégica de operaciones. Fuentes responsables de Nicosia aseguraron que el avión argentino había realizado ya tres vuelos entre Israel e Irán los días 12, 14 y 17 de julio, con sendos envíos de material de guerra, pero al regresar el avión a Tel-Aviv en su cuarto viaje, fue interceptado y atraído hacia territorio de la Unión Soviética por la red de auxilio a la navegación aérea de ese país, cuando volaba a la altura de la frontera entre la U.R.S.S. y Turquía (El País y Las Provincias, 26-VII-1981; Hoja del Lunes de Valencia, 27-VII-1981).

## LOS CAPITULOS X, XI Y XII DEL CODIGO PENAL DE CHECOSLOVAQUIA

*Nota introductoria y traducción de*  
**Antonio MILLAN GARRIDO**  
**Capitán Auditor**  
**Diplomado en Derecho Penal Militar**

A la constitución, al término de la Primera Guerra Mundial, de la República checoslovaca, ésta declaró vigentes, en materia penal, el Código austriaco de 1852 y el húngaro de 1878, los que se aplicarían según la antigua adscripción del territorio o la región dentro del desaparecido imperio austro-húngaro.

Fracasados diversos intentos, Checoslovaquia no logra la unificación de sus leyes penales sino tras la Segunda Guerra Mundial, una vez implantado en el país el nuevo régimen socialista, con el Código penal aprobado por ley 86/1950, de 12 de julio.

El Código penal de 1950, en el que es patente la influencia de la legislación soviética y más concretamente del Código penal de la URSS, tuvo por objeto esencial asegurar, con medios represivos, el establecimiento y la consolidación del socialismo en Checoslovaquia. El extremado rigor de este texto, en el que aparecían, con frecuencia, la muerte y la cadena perpetua como penas únicas, fue mitigado, al menos parcialmente, en la reforma llevada a cabo por la ley 63/1956, de 19 de diciembre.

Posteriormente, la legislación penal checoslovaca sufrió una revisión integral por ley 140/1961, de 29 de diciembre. No se trata, sin embargo, de un Código penal nuevo, como a veces se afirma, sino de un texto refundido en el que se introducen las reformas derivadas de los principios aprobados por el Comité Central del Partido Comunista checoslovaco en diciembre de 1960.

La última reforma, hasta el momento, fue llevada a cabo por la ley 56/1965, de 17 de junio que, por lo que al Derecho penal militar respecta, solamente modificó la redacción del artículo 283 (de la deserción al extranjero) en el sentido consignado en el texto.

El Derecho checoslovaco sigue, en lo que a nosotros nos interesa, la técnica de casi todos los países del Este de incluir los delitos militares en el

Código penal (1), en este caso, en los capítulos X, XI y XII (artículos 259 a 295) del texto de 1961, si bien dentro del capítulo X aparece, junto a los delitos contra las leyes y usos de la guerra, tradicionalmente considerados por la legislación militar aún cuando su objetividad jurídica exceda, en mi opinión, del potencial bélico del Estado, alguna otra figura, como la apología del fascismo (art. 260), cuya ubicación no puede considerarse en modo alguno afortunada (2).

## CAPITULO X DE LOS DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

### Del genocidio

#### *Art. 259*

1. Aquel que, con la intención de aniquilar, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso
  - a) someta a sus miembros a condiciones de vida dirigidas a ocasionarles su destrucción física, completa o parcial
  - b) tome medidas encaminadas a impedir el nacimiento de niños en el seno de la colectividad
  - c) traslade por la fuerza niños de un grupo a otro
  - d) cause la muerte o lesión grave de un miembro de la colectividad
 será castigado con privación de libertad de doce a quince años o con la pena de muerte.
2. La misma pena se impondrá a quien participe en los hechos previstos en el párrafo anterior.

### Del apoyo y la propaganda del fascismo o cualquier otro movimiento análogo

#### *Art. 260*

1. Aquel que apoye o propague el fascismo o cualquier otro movimiento análogo tendente a suprimir los derechos y libertades del pueblo obrero o predique el odio nacional, racial o religioso, será castigado con privación de libertad de uno a cinco años.
2. La pena será de tres a ocho años de privación de libertad
  - a) cuando el hecho previsto en el párrafo primero se haya cometido por medio de la prensa, el cine, la radiodifusión, la televisión o con cualquier otro medio de similar eficacia;
  - b) cuando tenga lugar el hecho en tiempo de guerra.

#### *Art. 261*

Aquel que manifieste públicamente su simpatía por el fascismo u otro

(1) *Vid.*, sobre las ventajas e inconvenientes de esta técnica legislativa de incriminación conjunta o unitaria, mi nota introductoria a la traducción de *Los títulos X y XI del Código penal rumano*, en "Revista Española de Derecho Militar", n.º 37, Madrid, 1979, pp. 221 y ss.

(2) El texto completo, en *Code pénal Tchécoslovaque de 1961*, dentro de "Les Codes Pénaux Européens", Publié par le Centre Français de Droit Comparé, Comité de Legislation étrangère et de Droit international, Pres. Marc Ancel, tome IV, Paris, 1971, pp. 2.009 a 2.103, del cual han sido traducidos los capítulos objeto de esta información (pp. 2.085 a 2.094).

movimiento análogo, de los previstos en el artículo 260, será castigado con privación de libertad de seis meses a tres años.

### **De la utilización de un medio prohibido de combate**

#### *Art. 262*

1. Cualquier persona que, en tiempo de guerra o durante un conflicto armado

- a) ordene la utilización de un medio prohibido de combate, o
  - b) haga intencionadamente uso de dicho medio
- será castigada con privación de libertad de dos a siete años.

2. La pena será de cinco a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando del hecho previsto en el párrafo primero se hayan derivado consecuencias de particular gravedad.

### **De los tratos inhumanos en tiempo de guerra**

#### *Art. 263*

1. Aquel que, en tiempo de guerra, tratando inhumanamente a la población civil desarmada, los refugiados, los heridos, los miembros del ejército que hayan depuesto las armas o los prisioneros de guerra, viole las normas de derecho internacional será castigado con privación de libertad de tres a diez años.

2. La pena será de ocho a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando del hecho previsto en el párrafo anterior se haya derivado una muerte o lesión de gravedad.

### **Del saqueo en zona de operaciones de guerra**

#### *Art. 264*

Aquel que, en la zona de operaciones de guerra, sobre el campo de batalla o en lugares afectados por las actividades bélicas

a) se apodere, aprovechando el infortunio ajeno, de algo que no le pertenezca

b) destruya arbitrariamente bienes ajenos o se los lleve bajo pretexto de las necesidades de la guerra, o,

c) despoje a los caídos

será castigado con privación de libertad de tres a quince años o con la pena de muerte.

### **Del abuso del emblema de la Cruz Roja**

#### *Art. 265*

Aquel que, encontrándose el Estado en tiempo de guerra, haga ilícitamente uso del emblema de la Cruz Roja o de cualquier otro distintivo o color con los que se señalan las instituciones sanitarias o los medios de transporte destinados a la evacuación de enfermos o heridos será castigado con privación de libertad de seis meses a tres años.

## CAPITULO XI DE LOS DELITOS CONTRA LA CAPACIDAD MILITAR

### De la inutilización para el servicio

#### *Art. 266*

1. Aquel que se inutilice, temporal o permanentemente, o inutilice a otro para el cumplimiento del servicio militar o para la realización de cualquiera de las obligaciones impuestas en el ámbito de la defensa de la patria será castigado con privación de libertad de seis meses a cinco años.

2. La pena será de tres a diez años de privación de libertad cuando la conducta prevista en el párrafo anterior se verifique en tiempo de guerra.

### Del incumplimiento de la obligación de incorporación a filas

#### *Art. 267*

1. Aquel que, con la intención de no cumplir su obligación de incorporarse a filas o retrasar la misma, no se presente a la concentración, a una revisión o al reconocimiento en el hospital correspondiente, será castigado con privación de libertad de hasta un año o con una medida de reeducación.

2. La pena será de seis meses a tres años de privación de libertad cuando la conducta prevista en el párrafo anterior tenga lugar en tiempo de guerra.

### De la sustracción al servicio militar obligatorio

#### *Art. 268*

1. Quienquiera que realice maquinaciones con la intención de obtener unas mejores condiciones para el cumplimiento del servicio militar obligatorio será castigado con privación de libertad de hasta un año o con una medida de reeducación.

2. Aquel que practique maquinaciones con la intención

a) de eludir él mismo, total o parcialmente, el cumplimiento del servicio militar obligatorio, o

b) de sustraer a otro, total o parcialmente, del cumplimiento del servicio militar obligatorio

será castigado con privación de libertad de seis meses a dos años.

3. La pena será de uno a cinco años de privación de libertad cuando cualquiera de las conductas descritas en los párrafos anteriores tenga lugar en tiempo de guerra.

### De la insumisión a las fuerzas armadas

#### *Art. 269*

1. Todo aquel que, con la intención de escapar de manera permanente al servicio militar activo o a un servicio especial, no se incorpore a las fuerzas armadas en las veinticuatro horas siguientes a la expiración del

plazo consignado en la orden de concentración será castigado con privación de libertad de uno a cinco años.

2. La pena será de dos a diez años de privación de libertad cuando la conducta prevista en el párrafo anterior se verifique en tiempo de guerra.

*Art. 270*

1. Aquel que, incluso por negligencia, no acuda al llamamiento en las veinticuatro horas siguientes a la expiración del plazo consignado en la orden de concentración será castigado con privación de libertad de hasta dos años.

2. La pena será de seis meses a tres años de privación de libertad cuando la conducta prevista en el párrafo anterior se verifique en tiempo de guerra.

*Art. 271*

Aquel que, tras decretarse la movilización e incluso por negligencia,

a) no acuda del extranjero sin demora para asumir el servicio militar activo, o

b) no responda al llamamiento para incorporarse al servicio militar de un Estado aliado verificado conforme a la ley de reclutamiento será castigado con privación de libertad de uno a cinco años.

### **De las violaciones de los deberes personales y materiales**

*Art. 272*

1. Aquel que, incluso por negligencia, no cumpla un deber personal o material impuesto en pro de la defensa de la patria,

a) quienquiera que eluda intencionadamente el cumplimiento de un deber de tal naturaleza, o

b) todo individuo que, incluso por negligencia, impida u obstaculice el cumplimiento de tales deberes por un tercero será castigado con privación de libertad de seis meses a tres años, con una medida reeducativa o con una multa.

2. La pena será de dos a ocho años de privación de libertad cuando con cualquiera de las conductas previstas en el párrafo anterior se hayan puesto en peligro, en medida considerable, los intereses de la defensa de la patria.

## **CAPITULO XII DE LOS DELITOS MILITARES**

### **De la desobediencia**

*Art. 273*

1. Todo aquel que rehuse ejecutar una orden o intencionadamente no la ejecute será castigado con privación de libertad de hasta tres años.

2. El culpable será castigado con privación de libertad de dos a siete años:

a) cuando haya cometido el hecho previsto en el párrafo primero en unión de un grupo de soldados.

b) cuando haya cometido el hecho en circunstancias tales que, con su conducta, podría haber impedido u obstaculizado gravemente la realización de un cometido importante del servicio.

c) cuando, con su conducta, haya ocasionado la muerte o lesión grave de un tercero.

d) cuando, con tal proceder, haya puesto en peligro la capacidad de una formación de combate u ocasionado otro resultado de particular gravedad.

3. La pena será de cinco a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando el hecho previsto en el párrafo primero tenga lugar en tiempo de guerra o situación de conflicto armado.

#### *Art. 274*

1. Aquel que, por negligencia, no ejecute una orden en circunstancias tales que con su conducta podría haber impedido u obstaculizado gravemente la realización de un cometido del servicio, será castigado con privación de libertad de hasta un año.

2. El culpable será castigado con privación de libertad de seis meses a cinco años:

a) cuando con la conducta prevista en el párrafo primero haya impedido u obstaculizado gravemente la realización de un cometido importante del servicio.

b) cuando, con tal proceder, haya causado la muerte o lesión grave de un tercero, o

c) cuando, con su incumplimiento, haya puesto en peligro la capacidad de una formación de combate u ocasionado otro resultado de particular gravedad.

3. La pena será de tres a diez años de privación de libertad cuando el hecho previsto en el párrafo primero tenga lugar en tiempo de guerra o en situación de conflicto armado.

#### **De la resistencia y de la coacción a la infracción de un deber militar**

#### *Art. 275*

1. Todo aquel que oponga resistencia a un soldado en el cumplimiento de sus deberes militares o le obligue a infringir un deber militar será castigado con privación de libertad de hasta tres años.

2. El culpable será castigado con privación de libertad de dos a siete años:

a) cuando haya cometido el hecho previsto en el párrafo primero en unión de un grupo de personas.

b) cuando haya cometido el hecho provisto de un arma.

c) cuando, con su conducta, haya causado una lesión grave a un tercero u otro resultado de particular gravedad.

d) cuando haya cometido el hecho en situación de conflicto armado.

3. El culpable será castigado con privación de libertad de cinco a quince años o con la pena capital:



## NOTAS

a) cuando, con la conducta prevista en el párrafo primero, haya causado la muerte de un tercero, o

b) cuando haya cometido el hecho previsto en el párrafo segundo, apartado a) o c), en tiempo de guerra o situación de conflicto armado.

### De la injuria entre soldados

#### Art. 276

Aquel que injurie a

a) un soldado superior o de mayor graduación;

b) un soldado subordinado o de menor graduación, o

c) un soldado de igual graduación en el momento en que él mismo o la persona injuriada efectúa su servicio

será castigado con privación de libertad de hasta un año.

#### Art. 277

1. Todo aquel que injurie, con violencias o amenazas, a

a) un soldado superior o de mayor graduación;

b) un soldado subordinado o de menor graduación,

será castigado con privación de libertad de seis meses a dos años.

2. El culpable será castigado con privación de libertad de uno a cinco años:

a) cuando haya cometido el hecho previsto en el párrafo anterior mientras él mismo o la persona injuriada prestaban servicio.

b) cuando haya cometido el hecho contra un centinela.

c) cuando haya cometido el hecho con arma o en unión de dos o más personas.

d) cuando, con su conducta, haya causado una lesión corporal.

#### Art. 278

1. Aquel que, con violencias o amenazas, injurie a un soldado de igual graduación en el momento en que él mismo o el soldado injuriado prestaban servicio, será castigado con privación de libertad de seis meses a dos años.

2. El culpable será castigado con privación de libertad de uno a cinco años:

a) cuando haya cometido el hecho previsto en el párrafo anterior contra un centinela.

b) cuando lo haya llevado a cabo con un arma o en unión de dos o más personas, o

c) cuando, con su conducta, haya causado una lesión corporal.

### De las violencias hacia un superior

#### Art. 279

1. Todo aquel que haga uso de violencias contra su superior

a) con la intención de actuar sobre el cumplimiento de deberes militares propios de aquél

b) a causa del cumplimiento de dichos deberes militares

será castigado con privación de libertad de seis meses a cinco años.

2. El culpable será castigado con privación de libertad de tres a diez años:

a) cuando haya intentado, con el hecho previsto en el párrafo primero, causar una lesión corporal grave.

b) cuando haya causado dicha lesión.

3. El culpable será castigado con privación de libertad de diez a quince años o con la pena capital:

a) cuando, con su conducta, haya causado la muerte.

b) cuando haya cometido el hecho en tiempo de guerra o en situación de conflicto armado.

### **De la tergiversación practicada con respecto al cumplimiento del servicio militar**

#### **Art. 280**

1. Quienquiera que, con la intención de eludir el servicio militar o el cumplimiento de los deberes derivados del mismo, se cause perjuicio a su salud, simule una enfermedad, falsifique un documento, regrese ebrio o haga uso de cualquier otra maniobra fraudulenta, o

aquel que se niegue a cumplir el servicio militar

será castigado con privación de libertad de seis meses a cinco años.

2. La pena será de cinco a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando la conducta descrita en el párrafo anterior tenga lugar en tiempo de guerra o en situación de conflicto armado.

#### **Art. 281**

Todo aquel que, embriagándose, incluso por negligencia, regrese en condiciones impropias para el cumplimiento del servicio durante una situación de conflicto armado será castigado con privación de libertad de uno a cinco años.

### **De la deserción**

#### **Art. 282**

1. Aquel que, con la intención de eludir el servicio militar, se ausente sin autorización será castigado con privación de libertad de seis meses a cinco años.

2. La pena será de cinco a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando el hecho descrito en el párrafo anterioriete años o con la confiscación de sus bienes.

2. La pena será de siete a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando el hece cinco a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando el hecho descrito en el párrafo anterioriete años o con la confiscación de sus bienes.

2. La pena será de siete a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando el hecho previsto en el párrafo anterior tenga lugar en tiempo de guerra.

### **De la ausencia arbitria**

#### *Art. 284*

1. Aquel que se ausente sin autorización por un plazo de más de veinticuatro horas será castigado con hasta seis meses de privación de libertad.

2. Todo aquel que se ausente sin autorización sistemáticamente o durante un período de más de seis días o

se ausente sin autorización durante un plazo inferior a seis días en época de realización de cometidos particularmente importantes o de ejercicios de especial trascendencia

será castigado con hasta un año de privación de libertad.

3. Aquel que se ausente sin autorización durante un período de más de catorce días o por un plazo superior a seis días en época de realización de cometidos particularmente importantes o de ejercicios en especial trascendencia .

será castigado con privación de libertad de seis meses a cinco años.

### **De las infracciones de los deberes del servicio de centinela**

#### *Art. 285*

1. Aquel que, durante el servicio de centinela u otro de análoga naturaleza, quebrante, incluso por negligencia, las consignas o reglas del servicio o bien las ordenanzas especiales dictadas en virtud de tales prescripciones o reglas, será castigado con hasta un año de privación de libertad.

2. El culpable será castigado con privación de libertad de uno a cinco años:

a) cuando haya cometido el hecho previsto en el párrafo anterior prestando un servicio de vigilancia de particular importancia civil o militar.

b) cuando haya incurrido en dicha conducta por una infracción especialmente grave de su deber.

c) cuando, con su actuar, haya causado un daño a cuya evitación estaba destinado el servicio de centinela o cualquier otro de análoga naturaleza, o

d) cuando haya cometido el hecho en tiempo de guerra.

3. La pena será de diez a quince años o la de muerte cuando el hecho previsto en el párrafo primero se haya cometido intencionadamente y concorra alguna de las circunstancias señaladas en los apartados a) y c) del párrafo anterior.

### **De las infracciones de los deberes del servicio de día**

#### *Art. 286*

1. Aquel que, estando de servicio de día o efectuando cualquier otro servicio, quebrante gravemente, incluso por negligencia, las prescripciones o normas de dicho servicio, será castigado con privación de libertad de hasta seis meses.

2. El culpable será castigado con hasta dos años de privación de libertad cuando del hecho previsto en el párrafo anterior se deriven consecuencias particularmente graves que debían ser evitadas.

3. La pena será de privación de libertad de uno a cinco años cuando el hecho previsto en el párrafo primero haya tenido lugar en una situación de conflicto armado.

### **De las infracciones de los deberes del servicio efectuado en defensa del espacio atmosférico**

#### *Art. 287*

1. Aquel que, incluso por negligencia, viole las normas del servicio en los puestos de señalización radiotécnica, en las unidades de emergencia o en otros servicios destinados a asegurar el espacio atmosférico será castigado con privación de libertad de seis meses a tres años.

2. La pena será de tres a diez años de privación de libertad cuando del hecho previsto en el párrafo anterior se hayan derivado consecuencias particularmente graves.

3. La pena será de diez a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando el hecho previsto en el párrafo primero haya tenido lugar en tiempo de guerra y del mismo se hayan derivado consecuencias particularmente graves.

### **De la puesta en peligro del estado político y moral de una unidad**

#### *Art. 288*

1. Todo aquel que excite a los soldados contra el servicio militar o su superior,

que siembre el desaliento, o

que socave sistemáticamente la disciplina de cualquier otra forma será castigado con privación de libertad de seis meses a tres años.

2. La pena será de diez a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando el hecho previsto en el párrafo anterior haya tenido lugar en una situación de conflicto armado.

### **De la cobardía ante el enemigo**

#### *Art. 289*

Aquel que, por cobardía o derrotismo, se entregue como prisionero de guerra durante un conflicto armado será castigado con privación de libertad de diez a quince años o con la pena de muerte.

### **De la no prestación del servicio durante el combate**

#### *Art. 290*

Todo aquel que se ausente sin autorización durante un conflicto armado será castigado con privación de libertad de tres a quince años o con la pena capital.

### **Del abandono de los medios de combate**

*Art. 291*

1. Todo aquel que, durante el combate, arroje, abandone o inutilice un arma o cualquier otro material de guerra será castigado con privación de libertad de dos a siete años.

2. La pena será de cinco a quince años de privación de libertad o la de muerte cuando del hecho previsto en el párrafo anterior se deriven consecuencias de particular gravedad.

### **De la entrega de los medios de combate al enemigo**

*Art. 292*

El comandante que, injustificadamente, entregue al enemigo, incluso por negligencia, fuerzas militares, fortificaciones, instrumentos técnicos o cualesquiera otros medios de combate, será castigado, siempre que su intención no fuera la de favorecer al enemigo, con privación de libertad de tres a quince años o con la pena de muerte.

### **Del atentado a un parlamentario**

*Art. 293*

Aquel que injurie a un parlamentario o a un miembro de su escolta, o aquel que ilícitamente lo retenga será castigado con hasta dos años de privación de libertad.

### **Disposiciones comunes**

*Art. 294*

1. Cuando lo aconsejen las circunstancias del caso, pueden ser disciplinariamente corregidos los delitos de insumisión a las fuerzas armadas del artículo 270, de desobediencia del artículo 273, párrafo primero, de resistencia y coacción a la infracción de un deber militar del artículo 275, párrafo primero, de injuria entre soldados de los artículos 276, 277, párrafo primero y 278, párrafo primero, de tergiversación practicada con respecto al cumplimiento del servicio militar de los artículos 280, párrafo primero y 281, de ausencia arbitraria del artículo 284, párrafos primeros y segundo, de infracción de los deberes del servicio de centinela del artículo 285, párrafo primero, de infracción de los deberes del servicio de día del artículo 286, párrafo primero, de infracción de los deberes del servicio efectuado en defensa del espacio atmosférico del artículo 287, párrafo primero y de puesta en peligro del estado político y moral de una unidad del artículo 288, párrafo primero.

2. El castigo del culpable puede quedar reservado a su comandante o jefe cuando, tratándose de un delito distinto a los previstos en el párrafo anterior, su peligrosidad social es escasa y está justificado que la aplicación

de medidas disciplinarias es suficiente para cumplir el fin previsto en esta ley.

*Art. 295*

Se ausenta sin autorización:

a) quien se ausenta sin permiso de su formación o del puesto asignado en el servicio.

b) quien no se presenta en su formación o en el puesto de servicio asignado al que haya sido enviado o al término de un período de ausencia justificada, concretamente en los casos de nombramiento, desplazamiento, comisión de servicio o permiso.

c) quien, separado de su unidad durante las acciones del combate, no regresa a su formación de origen o a otra formación militar, una vez desaparecido el motivo de la separación, y

d) quien, habiendo estado en poder del enemigo, no se presenta a una formación a su regreso, una vez recuperada la libertad.

## LA NO LECTURA DE LAS LEYES PENALES MILITARES (artículo 186-5.º C.J.M.)

Nuestro vigente Código de Justicia Militar cataloga las circunstancias atenuantes generales o comunes, las aplicables, en principio, a cualquier delito, en los artículos 186 y 189.

Dentro del primero de dichos preceptos destaca, por la carencia de cualquier parangón dentro del repertorio de atenuantes establecido en el artículo 9.º del Código Penal, la acuñada en quinto lugar (1), con el siguiente tenor: "la de no haberse leído a los individuos de tropa o marinería las disposiciones de este Código con anterioridad a la comisión del delito".

Suele mencionarse que, el privilegio de alegar ignorancia del derecho, es tradicional para los militares, teniendo remotos antecedentes en el Derecho romano y en el canónico, que fueron recogidos por las Partidas (2).

En efecto, la Ley XXI, que cierra el título I, de la primera Partida, se refiere a determinadas personas que se pueden excusar de no recibir la pena que las leyes mandan, y, después de recoger unas causas de inimputabilidad, alude, concretamente, a los caballeros que han de defender la tierra, y conquistarla de los enemigos de la fe, por las armas, razonando que la excusa viene determinada "por no entender las leyes" (3); si bien se matiza que la exención no alcanza a los yeros que otra persona debiera entender naturalmente (4) que lo eran.

Lo cierto es que la vigencia, al menos teórica, de este precepto, y, en

(1) Antes era la 6.ª, ocupando la ordinal 5.ª tras la reforma del Código de Justicia Militar por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, al haberse trasvasado la hasta entonces 2.ª "de no tener el culpable la edad de dieciocho años", a la 1.ª del artículo 189.

(2) Ver QUEROL y DE DURAN, Fernando de, "Principios de Derechos Militar Español", tomo II, Editorial Naval, Madrid 1949, pág. 62.

(3) Como curiosidad reproduzco, de la edición facsimil, de "Las Siete Partidas glosadas por el licenciado Gregorio López", la segunda parte de tal ley XXI "Otro si dezimos que los cavalleros que an a defender la tierra, e conquenria de los enemigos de la fe y por las armas, deven ser excusados, por no entender las leyes: esto sena si perdiessen, o menoscabassen algo de lo suyo acedado en iuyzio o por razo de posturas, o de pleytos que oviesen fecho a daño de si: o porque ouessee perdido algo de los suyos, por razón de tiempo: pero todas estas cosas se entienden siendo ellos en guerra: ca bien es derecho e razón, que igual que su cuerpo aventura en peligro de prisión, o de muerte que no den otro embargo: porque aquello se estorve sol que se no meta a estudiar, ni aprender leyes: porque el fecho de las armas dize: fuerzas ende si el cavallero fiziese trayción o falsedad, o aleve, o yerro que otro ome deviesse entender naturalmente que mal era, no pueden excusar que no haya la pena que las leyes mandan...". La edición original parece ser que fue la utilizada por Joaquín COSTA en "El problema de la ignorancia del derecho", sucesores de Manuel Soler editores, Barcelona, pág. 14.

(4) Enumerado a título de ejemplo la traición, falsedad o alevosía. La glosa, que Gregorio López hace del adverbio naturalmente, es: "non ergo militem... excusat ignorantia iuris naturalis, vel quasi naturalis"; y, antes en el comentario general a la ley XXI: "... item iuris ignorantia excusat militem, dum est in armorum uso...".

general, la perseverancia de la idea, hacen que, conforme los Ejércitos se organizan con vocación de regularidad, vaya introduciéndose la práctica de la lectura de las leyes penales castrenses, con las miras político criminales de que no se pueda alegar la ignorancia como excusa.

Llegados ya al siglo XVIII, las Reales Ordenanzas, tanto de la Armada de 1748, como del Ejército de 1768, pormenorizan reglas tendentes a evitar la alegación de ignorancia del derecho penal militar, especialmente en lo relativo a desobediencias y deserciones (5).

En la Marina se señalaba que: "para que ninguno ignore las penas con que serán castigados los crímenes y delitos que se cometieren, especialmente los que corresponden a las faltas de obediencia y a la deserción, mando que el Mayor General, o los que hicieren sus funciones en las Escuadras, cuiden de que en cada navio que se armare se fixe un extracto de ellas en el Palo Mayor, para que así lleguen a noticia de todos...; asimismo mandó, que cuando esté la tropa desembarcada se le lean una vez cada semana en el cuartel con presencia de todos los Oficiales, zelando los Inspectores y Sargentos Mayores no se falte a esta práctica, además de la obligación que tendrán los últimos de leerlas a todo soldado que se admitiere en el Servicio al tiempo de tomarle la filiación" (6).

Y antes (7), se prescribía: "si el reo, o su Defensor alegare no haberse leído las Ordenanzas, o instruido en la pena en que incurria cometiendo el delito, bastará para su justificación en contrario que el Sargento Mayor o Ayudante en su Cuerpo... certifiquen haberse puesto en práctica en su cuartel o navio la orden de que se lean las Ordenanzas penales de tiempo en tiempo, para instrucción de todos y evitar los inconvenientes que seguirían de ignorarlas".

Las Ordenanzas para el Ejército de Carlos III también se ocupan en varios artículos, de que se ilustre a la tropa de las consecuencias que les acarrearía cometer una infracción militar.

En efecto, en el tratado 2.º (8), se decía hablando del soldado, que, para que nunca alegue ignorancia que le exima de la pena correspondiente debe, además de conocer con precisión el nombre de sus superiores (9), estar bien enterado de las leyes penales; ordenándose al respecto, que éstas fúeran leídas, en cada compañía, una vez al mes, antes de la revista de comisario, en el mismo día de ella y a presencia del que la mandare (10).

Más adelante, ya en el Tratado 8.º, que cerraba las Ordenanzas y donde estaba contenida la materia penal y procesal, se exigía, en la instrucción del

(5) Una información detallada de las disposiciones puede encontrarse, aunque de modo disperso, en VALLECILLO, Antonio, "Legislación militar de España", 6 tomos, Madrid 1853; más sintética, y sistematizadamente, en BACARDI, Alejandro de, "Nuevo Colón", tomo III, Barcelona 1878, págs. 672 y siguientes.

(6) Tratado V, título IV.

(7) Tratado V, título II, ley 41.

(8) Título I, artículo 27.

(9) Obviamente se está haciendo, con ello, hincapié en la prevención de los delitos de desobediencia.

(10) Esta solemnidad, revestía aún mayores caracteres en las Ordenanzas Generales de la Armada, cuyo artículo 75 del título 3.º del tratado V, disponía que, para dar importancia al acto y a fin de que se preste mayor atención a la lectura de las más primordiales leyes penales, se forme la guardia a la banda de estribor con las armas al hombro".



proceso, al preguntar al procedimentado si le habían sido leídas las leyes penales, disponiéndose, para el caso de la negativa de éste que se justificara el hecho por testigos, "a pesar de que conste por la filiación, que habrá sido unida a la sumaria" (11).

El Real Decreto de 8 de junio de 1815, al modificar algunos títulos de la Ordenanza, disponía, que el mismo día de la revista mensual de comisario, y antes de este acto, el primer ayudante juntará delante de las banderas de su batallón todos los reclutas que hubieran venido desde la anterior revista... les leerá las leyes penales... (12).

En la Real Orden de 16 de julio de 1866 volvió a recordarse la utilidad y deber de esta lectura.

Y, para no cansar más, el artículo 20 del Reglamento de Reclutamiento, de 2 de diciembre de 1878, preceptuaba que, desde el ingreso en Caja, se cuidará de enterar a los reclutas de las leyes penales (13).

La cuidada, formularia y solemne lectura de las leyes penales militares pretendía, pues, ser el equivalente a una promulgación individual del derecho punitivo castrense (14).

CARRARA, tras señalar que es una exigencia política presumir en el ciudadano el conocimiento de la Ley penal, abandonaba la presunción al referirse a la ley militar, pues ésta no es sino un estatuto personal que el ciudadano puede ignorar sin culpa alguna (15).

No es el momento de discutir tan superadas afirmaciones, sino de dejar constancia de cuán arraigada estaba aún la idea de que el derecho militar constituía algo extraño a la vida social (16), y de ofrecer datos que permitan entender el que la posible ignorancia de la ley penal castrense fuera contemplada en los primeros Códigos marciales españoles.

Tanto el artículo 12 del Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, como el 207 del Código de Justicia Militar de 1890 recogen el concepto de "la no lectura de las disposiciones penales"; el primero de ellos previéndolo como atenuante de obligatoria estimación (17), y el segundo estableciendo una a modo de causa de exculpación, al prescribir que "no se aplicarán las disposiciones penales de esta Ley a los individuos de las clases de tropa sin que conste haberseles leído antes de delinquir", añadiéndose, en un segundo párrafo que "cuando no se acredite haberse hecho dicha lectura en la forma

(11) Artículo 20.

(12) En su artículo 11.

(13) No resisto la tentación de transcribir, por lo que supone de tinte humanitario, chocante en una disposición administrativa y castrense, el resto del artículo: "... así como de que se les atienda con el mayor esmero y se les abone cuanto les corresponda, procurando hacerles lo menos violento posible el cambio que experimentan en su modo de vivir al ingreso en el ejército".

(14) QUEROL, ob. cit., pág. 62.

(15) Recojo la cita en QUEROL, ob. cit., págs. 61 y 62.

(16) De lo cual, todavía, desgraciadamente, quedan resabios; uno de los cuales es el abandono del estudio del derecho militar en nuestras Facultades de Derecho.

(17) "Se estimará siempre como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal la de no haberse leído al marino las disposiciones de este Código con anterioridad a la comisión del delito, cuando pertenezca a alguna de las clases comprendidas, en el número 2.º del artículo 65, y no se trate de delitos en que también se hallen comprendidos como culpables individuos del Ejército o del fuero común".

prevenida al efecto, aplicarán los Tribunales las penas de la ley común si el delito estuviere previsto en ella" (18).

Ni que decir tiene que el rotundo precepto del dicho artículo 207, dio lugar, de inmediato, a disposiciones administrativas tendentes a que no pudiera concurrir el presupuesto de aquél. Así, las Reales Ordenes Circulares de 6 de febrero y de 16 de febrero de 1891 (19), y, para atar los cabos que pudieran haber quedado sueltos, la de 15 de junio de 1904 (20).

La jurisprudencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina, tras un exhaustivo examen de las sentencias dictadas entre los años 1907 a 1915 (21), demuestra que, en realidad, la aplicación del artículo 207 fue sistemáticamente evitada, o por decirlo con más precisión, se eludió el que se produjeran impunidades en base al mismo y en los pocos supuestos en que fue alegado el precepto; de una parte, estimando, para los delitos de desertión, como cumplida la lectura con la simple entrega del pase para la incorporación, entregado por la Alcaldía en el que constaban impresos los artículos del C.J.M. relativos a la desertión (SS. de 26 de agosto de 1911 y de 26 de abril de 1912) (22); y de otra, cambiando el título de imputación, para dar entrada a la regla del párrafo 2.º del artículo 207, como en la S. de 15 de enero de 1914 (23).

No deja de ser síntoma de lo dicho que la S. de 25 de enero de 1910 (24), única encontrada en la que se hizo pleno uso del artículo 207, absolviera al procesado, un paisano, en situación militar de excedente de cupo, que dirigió frases insultantes a un Sargento (25) del delito de insulto a superior, tras descartar se tratara de un delito de insulto a fuerza armada (26).

La Sala Militar del Tribunal Supremo ni se ocupó de los artículos en cuestión; y, en el período 1940-1944, el Consejo Supremo de Justicia Militar tan sólo lo hizo en la Sentencia de 19 de febrero de 1943, que confirmó la del Consejo de Guerra, absolviendo de fraude a un soldado que envió a sus

(18) El artículo 208 añadía una limitación más: "A pesar de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo anterior se aplicarán siempre al militar las disposiciones de esta Ley, aunque previamente no hubiere sido enterado de ellas, cuando se trate de delitos en que también se hallen comprendidas personas no militares".

(19) La R.O.C. de 6 de febrero de 1891 (C.L. 58) disponía la adopción en todo el Ejército, para la lectura de las leyes penales a la tropa de la cartilla redactada por el auditor de distrito don Francisco Javier Ugarte y Pages, por la brevedad y sencillez y buen método, en el fiel extracto de las sanciones penales relativas a individuos de tropa; por su parte la R.O.C. de 16 de febrero de 1891 (C.L. 73), ordenaba la lectura periódica en todos los Cuerpos, "estampándose en las filiaciones nota explicativa de haberse realizado"; pero también, antes, a todos, conforme se fueran incorporando, de tal suerte que, de no consignarse la lectura en las filiaciones, los oficiales receptores no se hicieran cargo de los mismos; que se aprovecharan además todas las ocasiones que se presenten; y que en los pases que se facilitaran a los reclutas se insertaran los artículos relativos a la desertión.

(20) En C.L. número 94; aludía a los voluntarios y a los que se incorporen con retraso, de modo que al hacerlo se les leyeran las leyes penales del C.J.M. en el acto mismo de filiarlos.

(21) Publicadas, anualmente, por el Boletín de Justicia Militar, de modo que, en su cita, al número que en el mismo se le dio, se hará la referencia B.J.M. número...

(22) En el B.J.M. 93 (de 1911) y 36 (de 1912); dándose además, en ambas, la particularidad de que se trataba de reclutas de marinería.

(23) En B.J.M. 2; se trataba de una inutilización voluntaria para el servicio, y lo que se hizo es condenar por el C.P., en vez de por el tipo acuñado en el C.J.M.; idéntico proceder, en alguna otra sentencia, trasmutando el insulto a fuerza armada en insulto a agente de la autoridad.

(24) En B.J.M. 15.

(25) Por haberle reprendido al embarazar el paso de un escuadrón de instrucción.

(26) De haberse apreciado el insulto a fuerza armada, el artículo 208 hubiera impedido aplicar el

familiares diversos objetos y prendas militares valorados en setenta y siete pesetas (27).

Los comentaristas del C.J.M. de 1890, por demás, arremetieron contra el artículo 207.

Así, CONEJOS D'OCÓN, tras aludir a posibles justificaciones, como a la crueldad de las penas previstas en las Ordenanzas, a la escasa cultura de la gente y a los fines de prevención general que se lograba con tan espeluznante lectura, se autorrespondía que las mismas no subsisten hoy, y argumentaba: "ni las penas militares mantienen el carácter de extraordinaria gravedad que antes tuvieron, ni hay clase social ninguna que no tenga ya en nuestra sociedad el concepto, ahora exagerado, de lo graves que son en el Ejército los delitos de desobediencia e insubordinación; ni hay diferencia alguna en la práctica, hoy, entre la conciencia que se tiene de la ley penal común y de la militar" (29). Abogaba en fin por la supresión de la exigencia de la previa lectura para la aplicación de la ley penal militar.

Virtual inaplicación práctica y crítica doctrinal del repetido artículo 207, y del 12 del C.P.M.G. de 1888, constituyen el inmediato antecedente del C.J.M. vigente, en cuyo artículo 186, sin duda como recuerdo a la tradición, se posibilita el estimar como circunstancia atenuante "la de no haberse leído a los individuos de tropa o marinería las disposiciones de este Código con anterioridad a la comisión del delito", circunscribiéndola a los delitos imputables al referido personal por razón exclusiva de su condición militar, o sea, aquellos en que tal condición forma parte integrante del tipo (29 bis).

Es dudosa su aplicación en los delitos aludidos en el discutido artículo 194 del C.J.M., aunque la respuesta debe ser afirmativa según el tenor literal del inciso segundo de la circunstancia 5.ª del artículo 186, aunque, en todo caso, constreñida su eficacia a los límites de la pena resultante de haber, previamente, establecido la específica agravación.

Lo que no cabe duda es que la eficacia de "la no lectura" ha sido sensiblemente recortada, en relación con la legalidad anterior tanto del Código Penal de la Marina de Guerra, como del de Justicia Militar. Su tratamiento legal es el de una atenuante más con las que modular el amplio arbitrio establecido en el artículo 192 del C.J.M. (30).

Como, además, han seguido dictándose disposiciones administrativas con el fin de que no pueda alegarse su concurrencia (31), la relevancia

(27) En *Jurisprudencia Militar de España*, años 1943-1944, tomo II, referencia 127. En la Sentencia lo que se hizo es degradar el delito a falta grave, aplicar el artículo 207 y corregir por la falta leve de acto contrario a la dignidad que deben observar todas las clases militares.

(28) Por paradoja, lo que si parece haberse conseguido es una mayor conciencia de la antijuricidad militar, que la de muchos delitos comunes.

(29) CONEJOS D'OCÓN, Antonio. "Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar", imprenta de Federico Domenech, Valencia 1895, páginas 337 y ss. Desde distinta perspectiva, en el sentido de hacer la regla común a todos, es pareja la conclusión de Joaquín Costa, ob. cit. pág. 23.

(29 bis) Por estar circunscrita a estos delitos puede ponerse en tela de juicio la anterior afirmación de que se trate de una atenuante común; ver RODRIGUEZ DEVESA, José María, "Derecho penal español. Parte General", 7.ª edición, Madrid 1979, pág. 652. En último extremo pienso que es una cuestión de pura fijación de terminología.

(30) En la amplia exposición de motivos el legislador de 1945 no dedicó una sola línea a este tema.

(31) Así, los artículos 513 y 552 del vigente Reglamento de la Ley General del Servicio Militar, aprobado por Decreto 3087/1969, de 6 de noviembre. También en el artículo 229 del anterior Reglamento de 6 de abril de 1943.

jurídico-penal es nula, lo cual, por otra parte, viene demostrado por las pocas sentencias en las que el Consejo Supremo de Justicia Militar se ha ocupado de la atenuante en cuestión; tan sólo he logrado expurgar dos, casualmente cercanas en el tiempo: la de 5 de febrero de 1964 (32), que se limita a negarla en base a que tal lectura constaba en su filiación y que había sido reconocida por el procesado en la indagatoria; y la de 17 de marzo de 1965 (33), que la aprecia sin el más mínimo discurso sobre ella.

Y es que, en realidad, con la atenuante en cuestión, el legislador trata de reconducirnos, al tema de la ignorancia de la Ley o más técnicamente, en relación con la teoría penal del dolo, al del error.

Si ello es perfectamente congruente con lo dispuesto en el artículo 6.1 del Código Civil (34), sin embargo, resulta una postura, por completo, trasnochada: o el tratamiento del error se hace de forma correcta, o mejor que se induzca su teoría del completo ordenamiento jurídico penal, como hasta ahora ha ocurrido, aunque con ciertos forzamientos, justos y lógicos, del mismo (35).

El deseable tratamiento riguroso y correcto del error, tanto sobre la parte objetiva del tipo como sobre la significación antijurídica del hecho, la nula virtualidad de la atenuante analizada, su estructuración objetiva, refida con el principio de culpabilidad y obediente a ideas totalmente superadas, y, en fin, el hecho de que su mantenimiento en el derecho penal militar obedece, más que a la tradición, a la inercia, son razones, mucho más que suficientes, para permitirme postular su desaparición del Código de Justicia Militar.

Con ello no digo que deban desaparecer ni los protocolarios y solemnes actos de la lectura, ni los máximos cuidados tendentes a la instrucción de la tropa y marinería en las leyes penales militares (35 bis), sino más bien quiero expresar mi deseo de que existan unas reglas, sucintas y claras, sobre el error como causa exculpante y demás efectos.

Bastaría para conseguirlo que, en una futura reforma del derecho penal militar (36), concibiéndose éste como especial y el texto legal, que lo contuviera, como complementario del común (37), hubiera entrado ya en

(32) En R.E.D.M. número 19, pág. 157.

(33) En R.E.D.M. número 21, pág. 182. Lo mismo hace la sentencia de 7 de mayo de 1980. Aranzadi 3206.

(34) "El error de derecho producirá solamente aquellos efectos que las leyes determinen".

(35) En la dogmática y en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

(35 bis) Con ello se materializa y aquilata el principio de Seguridad Jurídica, tal y como apuntan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, en "Derecho Penal. Parte General: I", Universidad de Valencia, 1980, págs. 128 y 129.

(36) Prevista en la disposición final primera de la L.O. 9/1980.

(37) Entendido el equívoco concepto de especialidad en el sentido de que por la propia naturaleza de los fines jurídicos protegidos en la ley marcial, ésta adopta una serie de particularismos o regulaciones distintas en diversas materias, pero con fiel seguimiento de los principios e instituciones que, como comunes, se prevén en el Código penal, y de los que el legislador castrense sólo se aparta cuando la protección de los bienes, que justifican su existencia, lo exige, o resulta conveniente por alguna razón; por su claridad y sincretismo, ver, por todos VENDITTI, Rodolfo, "Il diritto penale militare nel sistema penale italiano", 4.ª ed., Milano 1978, págs. 23 y ss.

Por otra parte la idea de complementariedad se emplea como expresiva de que las leyes penales militares sólo deben contener, además de los concretos tipos delictivos, las disposiciones que establecen reglas en las que aquéllas se separan de la regulación del derecho penal común.

vigor el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, publicado en el B.O. Cortes Generales, Congreso de los Diputados, del día 17 de enero de 1980 (38), o la idea que en él anida.

¿Qué ocurre en el derecho comparado? Existen posturas para todos los guatos, pero demostrativas, en su conjunto, de que la de nuestro vigente C.J.M. es minoritaria.

Textos hay que se remiten "in integrum" a la regulación del error en la ley común: bien directamente, como el caso de Israel (artículo 17 de la Ley de Justicia Militar de 1955), bien de modo general, no conteniendo especialidad alguna al respecto, como sucede con el artículo 3.º de la Ley Penal alemana de 1957 (39), y con el artículo 58 del Código penal militar belga de 1870 (40).

Otros que recogen, en la ley militar, la teoría del error, con gran galantura, cual es el caso de los artículos 16 y 17 del Código suizo de 1943 (41), o de modo confuso, con farragosas distinciones, el de los artículos 36 y 37 del Código brasileño de 1969 (42).

No faltan ordenamientos que recuerdan al nuestro, estableciendo como atenuante la no lectura de las leyes penales militares; tal es el caso del artículo 515-2.ª del C.J.M. argentino de 1951, y cuyo artículo 579 tiene, asimismo, un claro paralelismo con el 192 de nuestro Código. Los que, en la propia ordenación castrense, recogen el extendido y denostado principio de que la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento; así en el artículo 128 de la Ley sobre la Defensa Nacional canadiense (43).

Por fin, una tendencia marcadamente distinguible, es la de conceder efectos a la "breve estancia en el servicio de las armas", o sea en el espacio de tiempo inmediato a su incorporación a filas; variando, según países, el tiempo, en el que el beneficio dura; son, de modo claro, discernibles, a su vez, dos tendencias:

(38) Que siguiendo las más elementales y unánimes posturas doctrinales recoge, en substancia, lo fundamental de la teoría del error. Contiene el siguiente texto: "El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y la personalidad del autor, la infracción, será castigada, en su caso, como culposa. La creencia errónea, probada e invencible, de estar obrando lícitamente, excluye la responsabilidad criminal". No se trata de posibilitar impunidad, sino de actuar con rigurosidad en materia de probanza.

(39) Pueden verse ambos textos, en la R.E.D.M.; la alemana en el número 2, año 1956, y la de Israel en el número 13, año 1962.

(40) En BACARDI, ob. cit., pág. 203; igual tónica sigue el reciente anteproyecto.

(41) Artículo 16: "El que haya actuado bajo la influencia de una apreciación errónea de los hechos será juzgado conforme a esta apreciación si ella le es favorable. El delincuente que pudiera evitar el error usando las precauciones deseables es punible por negligencia si la ley reprime su conducta como delito de negligencia".

Artículo 17: "La pena podrá ser atenuada libremente por el Juez respecto de quien ha cometido un crimen o un delito cuando tenía razones suficientes para creer que actuaba conforme a derecho. El juez podrá también eximir al acusado de toda pena".

(42) No reproduzco ambos artículos por su gran extensión y casuismo, que, más que a un Código, recuerda a una exposición doctrinal.

(43) "El hecho de que una persona ignore las disposiciones que la presente Ley, o de todo reglamento, ordenanza o instrucción debidamente notificada en virtud de la presente ley, no puede servir de excusa a una infracción por ella cometida".

- a) Una minoritaria, de producir efectos eximentes: artículo 207 del Código chileno de 1925 y 14 del uruguayo de 1943 (44).
- b) Otra, de reconocerle efectos atenuatorios, a cuya cabeza hay que situar la circunstancia 2.ª del artículo 48 del Código Penal Militar de paz italiano de 1941, que textualmente señala como atenuante: "el tratarse de un hecho cometido por el militar que no haya cumplido aún treinta días de servicio a las armas, cuando se trata de delito exclusivamente militar" (45).

Posición italiana, que siguen, entre otros, si bien estableciendo un plazo superior al del mes, el artículo 37-2.º del Código de Justicia Penal Militar colombiano de 1958 (dos meses), el 11.º apartado i) de la Ley Penal Militar cubana de 1966 (tres meses), y el artículo 125, 6.º del Código de Justicia Militar peruano de 1950 (tres meses).

Aunque no niego que, en una primera lectura, me pareció seductora esta última postura, pudo serlo por comparación con la de nuestro vigente C.J.M., pero un análisis más profundo de la misma muestra que también es desconocedora de una, a mi juicio, correcta teoría del error y que está fundamentada en criterios objetivistas.

En todo caso, en la hipótesis de adoptarse la atenuante del breve servicio a las armas, debería serlo con independencia de seguirse la tesis que antes he propuesto.

**Eduardo CALDERON SUSIN**

---

(44) Puede verse un comentario al mismo en BOLENTINI, Nestor J., Biblioteca General Artigas, Montevideo 1976, pág. 16; de él se desprende, se trata de reconocer, como especialidad, en el derecho penal militar, al error de derecho, término este que emplea el propio legislador.

(45) Sobre su interpretación, y como bibliografía más moderna de la que conozco, puede verse: VENDITTI, ob. cit., pág. 150 y más extensamente, MESSINA R., "Il reato esclusivamente militare", en *Rassegna de la giustizia militare*, julio-diciembre 1979, págs. 209 a 215; como citas jurisprudenciales, las recogidas en los Códigos comentados por CARABBA/COMELLA, 2.ª ed., Pierone edit., Firenze 1972, y por MALIZIA, 4.ª ed., Dot. A. Giuttre edit., Milano 1975.

## CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY ORGANICA 2/1981, DE 9 DE MARZO MATERIA DE REBELION Y REBELION MILITAR

Si bien la Ley que vamos a comentar, no va precedida de una exposición de motivos, en la mente de todos está que su finalidad es otorgar una mayor protección penal al ordenamiento constitucional, es decir, al sistema político actualmente vigente en España por lo que ha sido calificada a través de diversos medios de comunicación social de "ley de defensa de la democracia".

La reforma que por la misma se hace de los Códigos Penal y Justicia Militar, tiene su causa fáctica en los acontecimientos vividos el 23 de febrero y pretende evitar —en la medida en que una ley puede hacerlo— la repetición de acontecimientos semejantes, a través de la tipificación de nuevas conductas la elevación de las penas en otras ya tipificadas, con especial referencia a la responsabilidad de los medios de difusión.

La regulación simultánea del terrorismo parece obedecer a razones de índole política y de economía legislativa.

La ley consta de un total de cuatro artículos, por los que se modifican otros tantos, de los que dos pertenecen al Código Penal Común (en adelante C.p.) y otros dos al de Justicia Militar (en adelante C.J.M.) y se adicionan un total de ocho, de los que seis se incluyen en el C.p. y dos en el de Justicia Militar. Por último contiene una disposición adicional, una derogatoria y otra final.

### LA REFORMA EN EL CODIGO PENAL COMUN

El artículo 214 queda modificado en los siguientes extremos: La antigua redacción exigía como elemento objetivo del tipo de "alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno", en tanto que en la actual se suprime el requisito de que sea "en abierta hostilidad contra el Gobierno". Con ello el bien jurídico protegido se desplaza del elemento objetivo "Gobierno" hacia la finalidad perseguida por los rebeldes con lo que cobran mayor importancia los elementos subjetivos del injusto, quedando reducido el elemento típicamente objetivo al alzamiento público. Puestos a suprimir podría haberse suprimido el adjetivo público que verdaderamente no añade nada al sustantivo alzamiento, pues de producirse éste se manifestará públicamente.

La desaparición de la referencia al Gobierno dentro de los elementos objetivos del tipo puede tener trascendencia para la tipificación de conductas dudosas, al menos en abstracto. Así, verbigracia, con la anterior redacción, la disolución de las Cortes verificada sin abierta hostilidad contra el Gobierno no podía tipificarse como rebelión, en tanto que ahora basta el alzamiento público para que si la acción persigue alguna de las seis finalidades del artículo que comentamos, ésta constituya rebelión.

En cuanto a los elementos subjetivos del injusto, permanecen idénticos los antiguos números 1.º y 2.º que ahora pasan a ser 2.º y 3.º respectivamente.

Las modificaciones son las siguientes:

El nuevo n.º 1 "Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución, constituye una total innovación que es lógica consecuencia de la protección que se quiere otorgar al ordenamiento constitucional, siguiendo en este extremo la pauta que la Ley Orgánica 9/80 imprimió al delito de rebelión militar.

El antiguo n.º 3, pasa a ser n.º 4, permaneciendo sustancialmente idéntico, si bien se habla de "Cortes Generales" en lugar de "Cortes" haciendo luego mención expresa del Congreso de Diputados y del Senado. Reforma de matiz que, no obstante, puede resultar útil, pues al estar las Cortes Generales integradas, según el artículo 66 de la Constitución, por ambas instituciones alguno pudiera aducir que, por ejemplo, la disolución del Senado no integraría el tipo, por cuanto él sólo no forma las Cortes Generales. (Lo que quizás sí sobre, sea, entonces, la alusión a estas últimas).

El n.º 4 antiguo que pasa a formar parte del n.º 5, permanece en esencia el mismo, a salvo una modificación gramatical que no hace variar en nada su contenido, pero se le añade un nuevo supuesto que consiste en "declarar la independencia de una parte del territorio nacional", lo que, de un modo muy especial cuando la declaración vaya acompañada de la toma de las armas, podría entrar en concurso con algunos supuestos de traición.

Por último el antiguo n.º 5 pasa a formar parte del n.º 6, siendo destacable la referencia expresa que ahora se hace aquí al Gobierno (no sólo a sus miembros), lógica consecuencia de su omisión como elemento objetivo del tipo, verificada en el primer inciso del artículo, según ya comentamos.

Por lo que se refiere al artículo 217 sufre dos modificaciones en su n.º 1. En efecto, la antigua redacción castigaba como rebeldes a "los que sin alzarse contra el Gobierno, cometieran por astucia o por cualquier otro medio algunos de los delitos comprendidos en el artículo 214", en tanto que la actual omite toda referencia al Gobierno, hablando sólo de alzamiento público, modificación coherente con la reforma que en este sentido se ha realizado en el 214, del que depende el que ahora comentamos.

La segunda modificación exige que los "cualesquiera otros medios" para lograr las finalidades del 214, sean contrarios a las leyes, y, ello creemos que constituye un acierto, por cuantos supone una mayor concreción del tipo que, beneficia, sin duda, al principio de legalidad.

El artículo 2.º de la Ley introduce con la numeración de 216 bis a) y 216 bis b) dos nuevos artículos en el Código Penal.



Es de destacar, en primer lugar, el castigo autónomo de las formas de resolución manifestada en el delito de rebelión común, lo que constituye una novedad en la tipificación de este delito en el Código Penal, que sigue ahora el criterio que en este punto tiene adoptado el C.J.M., y que con carácter general parece que va a extenderse a todos los delitos que el legislador estime susceptibles de ser cometidos en esta forma, en los futuros Códigos Penales y de Justicia Militar.

Así el párrafo 1.º del artículo 216 bis a) dispone que "la conspiración", proposición y provocación a los delitos comprendidos en los artículos 174 bis b), 214 y 217, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicación serán castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos".

Si bien el castigo autónomo de estas formas de delinquir no merece objeción alguna, sí la merece y muy grave la redacción a través de la cual quedan castigadas.

a) En primer lugar, salta a la vista la confusión entre las formas de resolución manifestada del delito y los grados de participación en el mismo, que constituyen dos escalas jurídico-penales totalmente independientes. En efecto, cuando el precepto legal concluye que "serán castigados con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos" quiere referirse a la pena que correspondería al delito consumado, pues una pena inferior en un grado o en dos, o en lo que se quiera, a la que correspondería al autor de un delito, se puede imponer a un cómplice o a un encubridor, pero no a un proponentor, conspirador o provocador, figuras todas ellas que al igual que la tentativa y la frustración están en función del delito consumado y no de la autoría.

Entendemos que para la aplicación de la penalidad señalada es menester, no ya una interpretación extensiva, sino analógica, la que no está permitida en materia de definición de delitos y de penas, por ser contraria al principio de legalidad, que informa todo el Derecho penal moderno y se halla garantizada por los arts. 9 y 25 de la Constitución, con lo que asimismo entendemos que el artículo tal y como está redactado resulta inaplicable, debiendo castigarse las conductas que se incriminan por el art. 52 del C.p.

Ahora bien, si la aplicación de las normas generales es posible en la proposición, conspiración y provocación, no puede serlo en la apología, porque ésta no tiene una regulación general, y, al ser inaplicable al párrafo primero del núm. primero del 216 bis a) según hemos visto, resulta asimismo inaplicable el párrafo segundo en, que se castiga la apología de la rebelión y de la rebelión militar, ya que está en función del primero, al disponer que la misma pena se impondrá al reo de apología de los delitos a que se refiere el párrafo anterior y al de apología de la rebelión militar, aunque no llegue a comentarse, así como al de la del Terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980 de 1 de diciembre.

Pero aún de no haber incurrido en la confusión señalada o suponiendo que llegase a aplicarse el núm. primero del art. que comentamos, todo ello

sin perjuicio de lo que más adelante diremos, éste, en su parr. segundo en relación con la disposición adicional de la ley, supone una innovación que viene a quebrar uno de los principios fundamentales del Derecho penal militar (parte especial, 6.ª edición, Madrid 1975, pág. 1.125). Nos referimos a lo que Rodríguez Devesa denomina su ámbito funcional, en virtud del cual y como se desprende de los arts. 1 y 2 del C.J.M., las leyes penales militares sólo pueden aplicarse por los tribunales y autoridades militares conforme a las prescripciones del citado cuerpo legal.

Pues bien, la reforma en el precepto que comentamos castiga "la apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse". Ello supone como expresamente se dice en la disposición adicional única de la L.O. que la competencia para conocer del referido delito, corresponde a la jurisdicción ordinaria, para lo cual habrá de interpretar y aplicar los arts. 286 y ss. del C.J.M., apartándose así del principio a que nos acabamos de referir. No obstante, esta innovación está en el espíritu consciente o inconsciente del legislador pero no de la ley, pese a lo que a primera vista pudiera suponerse, como veremos al tratar de la reforma de C.J.M.

Surge aquí una grave dificultad, cuya problemática quizá sea la que haya conducido al legislador a la confusión aludida entre las formas de resolución manifestada y los grados de participación. La pena inferior en un grado en la apología del delito de rebelión previsto y penado en el art. 214 del C.p. y de rebelión militar del 286 C.J.M., aunque no llegue a cometerse ¿cuál es?, pues el art. 215 c.p. señala una penalidad distinta según la clase de autor, y que va desde la reclusión mayor que se impone a los jefes principales de la rebelión así como a los promovedores y sostenedores de la misma, hasta la prisión mayor que se impone a los meros participantes, pasando por la reclusión menor, que corresponde a los que ejercieran un mando subalterno. Del mismo modo, existe una diferente penalidad en los arts. 287 (cabeza de la rebelión, mando superior), y 288 (mando no principal, meros ejecutores, etc.) del C.J.M. en relación con la rebelión militar tipificada en el 286 del mismo cuerpo legal.

Tanto en la rebelión común como en la militar, no existe pena única para el delito, sino que ésta varía según la clase de autor de que se trate. ¿Castigamos entonces al apologeta con reclusión menor con prisión mayor o con prisión menor? Teniendo en cuenta que la misma apología de la rebelión militar que aquí se castigase pena en el art. 290 del C.J.M. con la pena de doce años y un día a veinte años, parece razonable pensar que el legislador quiere imponer la pena de reclusión menor que tiene esa duración. Pero una cosa es lo que legislador quiso y otra lo que quiere la ley. Y, la ley en este punto no sabe realmente lo que quiere; la interpretación del juzgador creemos que no puede desentrañar por sí estas dificultades ya que la oscuridad de la ley es aquí manifiesta. Y, sin embargo, el art. 357 C.p., so pena de incurrir en prevaricación, le obliga a hacerlo...

Si el legislador se planteó —ignoramos si fue así— estos problemas, quizás vio el modo de resolverlos, refiriéndose a la "pena inferior en un grado a la que correspondería al autor", entendiéndolo por tal a los jefes sostenedores, cabeza de la rebelión, mando superior, etc. Pero resulta que

eso no es así, por cuanto autores son también de acuerdo con el núm. primero del art. 15 del C.p. y núm. primero del 196 del C.J.M. "los que tomaren parte directa en la ejecución de hecho", es decir, que lo son aquéllos a los que la ley sanciona con prisión mayor, ¿a qué atenerse?

c) En tercer lugar, resulta difícil concebir una provocación que no se haga "públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad, pues la provocación se caracteriza, fundamentalmente, por la concurrencia de alguno, al menos, de estos requisitos, con lo que la especificación de los medios de llevar a cabo la provocación es tautológica. No lo sería con respecto a la proposición y a la conspiración, aunque no cabe duda de que entonces podría convertirse o pensarse muchas veces como provocación.

El núm. segundo del art. 216 bis a) contiene, básicamente, una serie de normas de carácter procesal, relacionadas con el cierre de los medios de difusión. Normas estas cuyo lugar adecuado podría ser, si se quiere, la ley de enjuiciamiento criminal, pero en ningún caso el Código Penal que en un cuerpo legal sustantivo.

Contiene no obstante, en su párrafo primero una definición de lo que, a los efectos del número que comentamos, constituye los instrumentos del delito, cuya ocupación material puede decretar el Juez, y que sí tiene carácter sustantivo. Dice el texto legal que, "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48, se entenderá en todo caso instrumentos del delito, las instalaciones, maquinarias o enseres por los que se hubieren realizado las actividades tipificadas en el núm. primero de este artículo, y aquéllas que hubieran servido para preparar o confeccionar los comunicados".

La definición es de una amplitud inimaginable y, por lo mismo sujeta a una limitación arbitraria, a través de una aplicación desmedida de la teoría de la casualidad, que permite llegar a la ocupación material de multitud de enseres que no tiene relación directa alguna con el delito.

Ante la comisión de cualquiera de los delitos de que trata el núm. primero del 216 bis a), podría llegar a decretarse la ocupación material, no ya de los ejemplares de un periódico, sino también de sus locales, maquinaria, vehículos que sirvieron a su reparto, y ¿por qué no las fábricas de acero o de cemento...? Pues sin su participación, es evidente que el delito, en concreto, no se hubiera realizado.

Pero sin necesidad de llegar a estos extremos, la norma puede plantear problemas graves de índole económica, cultural, laboral, y sobre todo de justicia. No cabe duda de que en la definición de los instrumentos del delito queda comprendida la imprenta en la que se tiraron los ejemplares que sirvieron de difusión al delito, y no es menos cierto que en la actualidad, la mayoría de las imprentas sirven a gran número de publicaciones, con lo que el delito cometido a través de una de ellas, que perfectamente puede representar el 10, el 5, o incluso el 1 % de la actividad total de la imprenta, va a suponer la paralización de otra serie de publicaciones ajenas por completo a la actividad delictiva.

Por otra parte, todo ello parece contradecir el espíritu del artículo siguiente, esto es, el 216 bis b), a cuyo no será aplicable a los delitos de provocación o apología de la rebelión, lo dispuesto en los arts. 13 y 15,

siéndoles de aplicación las reglas ordinarias de responsabilidad criminal, establecidas con carácter general en este Código. Es decir, por una parte, desaparece la responsabilidad objetiva y subsidiaria que señala el art. 15 del C.P., y, por otra, se perjudica, a través de la ocupación material, a los que ocupaban el último lugar en la escala de responsabilidad subsidiaria; esto es, a los impresores. No parece coherente.

En otro orden de cosas, el 216 bis b), parece afectado de dos olvidos. Por el primero de ellos, se declaran inaplicables las normas de los arts. 13 y 15 de los delitos de provocación y apología de la rebelión, que quedan, por tanto, vigentes para la proposición, para la conspiración. Quizás sea que el legislador, tres artículos después pensó que no podía darse una conspiración o una proposición hechas públicamente por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad, pues, lógicamente vendría a integrar un supuesto de provocación. Pero entonces debió pensarlo al redactar el núm. primero del 216 bis a); el hacerlo ahora añade a un error, la falta de criterios lógicos. En segundo lugar, el artículo se refiere exclusivamente a los delitos de provocación y apología de la rebelión, excluyendo en relación con el párrafo segundo del núm. primero del 216 bis a) la apología del terrorismo y la apología de la rebelión militar, del beneficio que supone la aplicación de las reglas ordinarias de la responsabilidad.

En cuanto a la apología de la rebelión militar, al menos, entendemos que ha sido un despiste del legislador. Ignoró que después de la reforma del C.J.M. por la L.O. 9/80, el delito de rebelión "a secas" se refiere exclusivamente al previsto y penado en el código penal común, en tanto que el comprendido en el C.J.M., se le denomina de rebelión militar. No obstante, y por tratarse de una disposición beneficiosa para el reo debe entenderse también aplicable al supuesto de apología de la rebelión militar. (En un error similar pero a la inversa va a incidir el añadido art. 291 bis del C.J.M.).

La apología del terrorismo es harina de otro costal y carece de toda sistemática el hacer alusión a la misma en un art. que con el 216 bis a) se inserta en el cap. III tit. II, referido exclusivamente a la rebelión, por lo que omitimos todo comentario al respecto.

## LA REFORMA EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

El criterio que preside la reforma del C.J.M. en materia de rebelión militar es básicamente el del mayor rigor en el castigo de las formas de resolución manifestada del delito.

La gravedad de las nuevas penas parece a todas luces excesiva, si la referimos a la rebelión militar en abstracto, pues rebelión militar es o pudiera ser lo ocurrido el 23 de febrero, pero no toda rebelión militar ha de producirse de esa manera. Según se manifieste en concreto, será más o menos grave. Rebelión militar sería también el alzamiento en armas de una sola compañía en, verbigracia, Zamora, que seguramente no tendría a

penas trascendencià para nuestro ordenamiento constitucional ni demás instituciones fundamentales de la nación; pues bien, en la actualidad la apología del capitán de la referida compañía no puede sancionarse con pena inferior a doce años y un día.

Las leyes han de estar elaboradas, promulgadas y dirigidas para la generalidad y no para un caso concreto, que por serlo es como tal irreplicable.

Por el artículo 4 de la Ley Orgánica se reforman los artículos 290 y 291 al tiempo que se añaden otros dos con la numeración de 291 bis y 538 bis.

El artículo 290 declara ahora que "serán castigados con la pena de doce años y un día a veinte años de reclusión militar los que provoquen o exciten a cometer el delito o hagan apología del mismo, aunque éste no se produzca y los que una vez cometido hicieran la apología del mismo o de sus responsables".

Son cuatro los aspectos reformados con respecto a la redacción originaria del C.J.M. de 17 de julio de 1945.

a) En primer lugar, se reduce el arbitrio judicial al aumentar el mínimo de la pena, que pasa de seis meses y un día a doce años y un día; es decir, que el antiguo mínimo de la pena se multiplica nada más y nada menos que por veinticuatro. Ello no puede resistir el más ligero análisis según los criterios de la justicia; una de dos, o la anterior penalidad era excesivamente benévola o la actual constituye una exacerbación de la rigurosidad. Si bien la pena tiene una finalidad de carácter preventivo, no hay que olvidar que también lo tiene retributivo y de justicia.

b) La antigua redacción castigaba la apología del delito de que tratamos cuando éste se hubiese producido, en tanto que la actual castiga igualmente la apología aunque el delito no llegue a cometerse. Entendemos que a los efectos jurídico-penales, existe una importante diferencia entre ambos supuestos, a los que ahora se otorga igual tratamiento, pues si bien la apología de un delito ya consumado tiende a justificar un resultado delictivo producido, con la consiguiente gravedad, la apología de un delito no realizado, no entraña una gravedad y peligro concretos, por cuanto no, puede llegar a determinarse la trascendencia que sobre el mismo ha podido tener. Estamos pues ante el castigo de un delito referido al abstracto, de una rebelión militar ideal o deseada, que muchas veces podría resultar quimérica e irrealizable.

La diversa gravedad de las dos apologías hubiese merecido diversa penalidad.

c) El antiguo artículo 290, castigaba, una vez cometido el delito, "la apología del mismo o de sus autores", en tanto que el nuevo, va más lejos al castigar "la apología del mismo o de sus responsables". Es decir, si antes se castigaba la apología de los autores de un delito, ahora se castiga además la apología de los cómplices y de los encubridores del mismo, pues todos ellos son responsables conforme al artículo 195 del C.J.M. Pero esto además de ser a todas luces injusto, carece de toda lógica jurídica, pues se da la paradoja de que el apologeta del encubridor va a ser castigado con pena mucho mayor que la que corresponde al propio encubridor, al que ha de serle rebajada la pena en dos grados, según dispone taxativamente el

artículo 236 del Cuerpo legal castrense. Similares, si bien atenuadas consideraciones, pueden hacerse con respecto a los cómplices y a sus apologetas.

d) En otro orden de cosas el artículo que comentamos sugiere en relación con el 216 bis a) C.p., unas consideraciones en lo que se refiere a la norma aplicable y a la jurisdicción competente para conocer del delito de apología de la rebelión militar y que nos van a llevar a la conclusión de que, en esta materia el artículo 216 bis a) C.p. por sí y en relación con la disposición adicional única de la Ley Orgánica, resulta inaplicable.

En efecto, los artículos 216 bis a) C.p. y 290 C.J.M., plantean en primer lugar un concurso de leyes para cuya resolución es menester acudir a las relaciones de especialidad y de alternatividad.

Por la primera de estas relaciones "*lex specialis derogat legi generali*", es decir que el concurso se resuelve en favor de la norma establecida en el Código de Justicia Militar, que es ley especial con respecto al Código penal común.

La relación de alternatividad presupone como dice Rodríguez Devesa (O.P. Cit. parte general pág. 164) "un defecto legislativo, porque consiste en una doble valoración jurídica para un mismo hecho", lo que no hay duda se verifica aquí. Para resolverla hay que acudir, no al artículo 68 C.p. sino al 257 del C.J.M., que sólo permite aplicar el Código común "cuando no existiera regla concerniente al caso presentado". Pues bien, como desde el momento que hay concurso es porque sí existe esa regla, hay que concluir que la apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse, habrá de ser sancionada por el artículo 290 C.J.M. y no por el 216 bis a) del C.p.

En segundo lugar, resuelto el concurso de leyes, queda por resolver qué jurisdicción —la ordinaria o la militar— es competente para conocer del delito.

Por aplicación de los artículos 1 y 2 del C.J.M., no hay duda de que corresponde a la Jurisdicción militar (principio de funcionalidad). Ahora bien, la disposición adicional de la Ley Orgánica se la atribuye a la Jurisdicción ordinaria, debiendo aquí tenerse presente su disposición derogatoria con arreglo a la cual "quedan derogadas" cuantas disposiciones se opongan a la presente ley": es decir, la ley anterior queda derogada por la posterior. Si la cuestión se detuviese aquí, el problema estaría resuelto, pero ocurre que es la misma Ley Orgánica la que al mismo tiempo atribuye la competencia a la Jurisdicción militar, pues la disposición adicional sólo atribuye competencia a la Jurisdicción ordinaria para conocer de los delitos comprendidos en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley (en los que es cierto que se castiga la apología de la rebelión militar), pero no se la atribuye, a contrario sensu, para conocer de los delitos comprendidos en el artículo 4, por el que se reforma el 290 del C.J.M. en el que se castiga esa misma apología de la rebelión militar, de donde se deduce que el criterio de la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior, no resuelve la cuestión, al ser la misma ley nueva la que atribuye competencia a ambas Jurisdicciones.

¿Habría pretendido el legislador repartir la competencia en razón a la condición militar o civil de la persona responsable del delito, atribuyéndosela a la ordinaria cuando el sujeto activo del mismo sea paisano y a la

militar cuando sea militar? Es posible que ésa fuese su intención, pero volvemos a repetir que lo que interesa no es esa intención, sino la que se desprende de la ley y no existe en la misma una sola norma que autorice a hacer esta distinción. El hecho de que se sustituya la naturaleza de la pena (reclusión por reclusión militar en el 290 C.J.M.) no autoriza a realizarla, pues estamos de antemano ante un delito militar impropio. (Lo que si es un error es el haber modificado la naturaleza de la pena).

A mayor abundamiento, resulta que el artículo siguiente —también modificado por la ley que comentamos— incurriendo en el mismo error castiga, del mismo modo, con pena de reclusión militar la conspiración y proposición para el delito de rebelión militar y, como quiera que estas conductas no se tipifican en el Código penal, sean paisanos o militares quienes las realicen habrán de ser juzgadas por la Jurisdicción militar aplicando el artículo 291 del C.J.M. El posible argumento de la naturaleza militar de la pena no puede, pues, autorizar a entender que tales delitos sólo puedan ser cometidos por militares, porque en ese caso, a contrario sensu, quedarían impunes la conspiración y proposición al delito de rebelión militar cuando fuesen cometidas por paisanos.

En resumen entendemos lo siguiente:

1. La norma penal aplicable es la contenida en el artículo 290 del C.J.M.

2. La Jurisdicción competente es la militar por aplicación de los artículos 1, 2, 6 y 13 del C.J.M. y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como de la regla de la especialidad de la norma.

3. En caso de plantearse conflicto por pretender la Jurisdicción ordinaria atribuirse la competencia en razón de la persona, expuesto lo que antecede, será en último caso aplicable el artículo 18, prf. 1.º, a cuyo tenor "Cuando dos o más Jurisdicciones se consideren competentes para conocer de un mismo procedimiento, tendrá preferencia la que lo sea por razón del delito o falta, después la que lo sea por razón del lugar y, por último, la que lo sea por razón de la persona".

Esta es, en fin, la solución lógica y coherente que impide se produzcan paradojas tales como que la Jurisdicción ordinaria castigue a una persona por apología de la rebelión militar cometida y que luego la Militar absuelva a los procesados en la causa principal, por estimar que los hechos —defendidos por el apologeta— no son constitutivos de delito.

Por lo que se refiere al artículo 291, éste castiga ahora con igual pena que a los provocadores, excitadores y apologetas a los proponedores y conspiradores; es decir, la pena de prisión que a estos últimos correspondía con arreglo a la antigua redacción pasa a ser ahora de doce años y un día a veinte años de reclusión militar, sustituyéndose en cuanto a su naturaleza una pena común por otra militar, mientras que en lo que respecta a la duración se multiplica el mínimo por veinticuatro y el máximo casi por dos. Las mismas consideraciones que acerca de la naturaleza e incremento de la pena hicimos al comentar el artículo anterior, ténganse por reproducidas aquí.

El artículo 291 bis de nueva introducción, tiene carácter paralelo al ya comentado 216 b) del C.p., estableciendo que "No será aplicable a los

delitos de provocación o apología de la rebelión lo dispuesto en el artículo 197 de este Código, siendo de aplicación las reglas ordinarias de responsabilidad criminal establecidas con carácter general”.

Digamos, en primer lugar, que el precepto ocasiona una confusión terminológica, por cuanto hable de rebelión “a secas” cuando se está refiriendo a la provocación o apología del delito previsto en el artículo 286, situado en el capítulo I, título IX, tratado II del C.J.M., que es el de rebelión militar, así denominado legalmente después de la reforma del Código de Justicia Militar debida a la L.O. 9/80. No obstante, y por tratarse de una norma que viene a abolir para los delitos de que trata, la responsabilidad penal objetiva y subsidiaria del artículo 197 del C.J.M., no plantea mayores problemas su aplicación en el referido sentido, esto es a la rebelión militar, que es con la única rebelión con la que tiene sentido relacionar el artículo 197.

Con ello, los directores de una publicación, los editores, impresores y tenedores de la misma —sin perjuicio de las medidas que se pueden decretar a la vista del artículo 538 bis—, aunque el autor no sea habido, no pueden ser nunca sancionados por los delitos de provocación y apología de la rebelión militar (las mismas consideraciones se pueden hacer al amparo del artículo 216 bis b) del C.p. en cuanto a la rebelión común), pues resulta muy dudoso que puedan ser castigados como tales directores, editores, etc., a título de complicidad o encubrimiento, por cuanto si así fuese resultaría innecesario el artículo 197. Incluso una complicidad real, verbigracia, del director de un periódico, quedaría absorbida por el aspecto profesional que el citado director siempre podría aducir.

Lo que no alcanzamos a comprender es que el aludido beneficio no se extienda (a parte de la conspiración y proposición) a las conductas incriminadas en el artículo 538 bis, pese a tratarse de conductas de similar tendencia o finalidad, sólo que de menor gravedad, como a continuación vamos a ver.

El artículo 538 bis consta de dos números, el primero de carácter sustantivo y el segundo sustantivo y procesal a la vez, paralelo al también número segundo del 216 bis a) C.P., ya comentado por lo téngase aquí por dicho lo señalado entonces.

Dispone el número primero que “La conspiración, proposición y provocación a los delitos comprendidos en los artículos 290 y 291, así como la apología de los mismos, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad serán castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos”.

Cinco consideraciones nos sugiere esta norma penal:

a) Estamos ante un precepto penal netamente sustantivo, por cuanto se tipifican una serie de delitos y se impone a los mismos una pena. Su introducción en el Código de Justicia Militar con la numeración de 538 bis, carece de toda lógica sistemática ya que se incardina en el tratado III “De los procedimientos militares” título VII “De la prevención y formación de causas”, capítulo II “Del sumario”, sección primera “De la comprobación del delito”. Su sitio está claro que no es éste. De tener cabida en algún lugar



—que semejante precepto sólo puede tenerla en la antología del disparate éste sería el capítulo I, título IX del tratado II.

b) En segundo lugar, y ello constituye una novedad abracadabrante, se tipifican una serie de formas de resolución manifestada, que vienen a “consumar” otras tantas.

Nos explicamos, la conspiración, proposición y provocación y también la apología, están en función del delito consumado de que se trate. Si así no fuese no servirían tales. Y, sucede que el artículo 538 bis núm. 1, no se está refiriendo a las formas de resolución manifestada del artículo 286, esto es, de la rebelión militar, que ya están castigadas en los artículos 290 y 291, sino que se está refiriendo a esos mismos artículos, con lo que se incriminan las formas de resolución manifestada de las formas de resolución manifestada de la rebelión militar, o lo que es lo mismo, la conspiración, proposición, provocación y apología a la conspiración, proposición, provocación o excitación y apología de la rebelión militar. Aplicando las fórmulas de la combinatoria, tenemos nada más y nada menos que un total de veinte conductas diferentes, previstas y penadas en el nuevo artículo.

A nuestro juicio constituye esto una aberración técnico-jurídica, que nos recuerda una aberración política, la de aquella República que para su mantenimiento necesitaba una policía para vigilar a la policía y que más tarde necesitó los vigilantes de los vigilantes de la policía.

c) En tercer lugar y, al igual que el artículo 216 bis a) del C.p. vuelve a incidir en la confusión entre las formas de resolución manifestada del delito (o para ser más exactos, formas de resolución manifestada de las formas de resolución manifestada del delito) y los grados de participación en el mismo. No obstante, es lo cierto que la incongruencia quizás sea así menor que si en este caso se hubiese aludido al delito consumado, pues se habría hecho en realidad referencia a lo imposible, pues la proposición a la rebelión, por su misma naturaleza no consuma la rebelión.

d) En otro orden de cosas, las conductas aquí incriminadas no se benefician, como ya adelantamos, de lo establecido en el artículo 291 bis. Se produce así una paradoja más consistente esta vez aunque se castiga lo menos y no lo más. En efecto, supongamos que no es habido el apologeta de la rebelión militar que utilizó un periódico como medio para la comisión del delito. El director del citado medio de comunicación no es responsable por inaplicación del artículo 197, pero sí lo sería, en cambio, si publicase un artículo en defensa de la apología de la rebelión militar.

e) Entendemos, en fin, que esta norma —de difícilísima aplicación— era completamente innecesaria, por cuanto no existe dificultad jurídica alguna para castigar las conductas aquí tipificadas a través de los artículos 290 y 291, que absorberían las del 538 bis, pues el que defiende la defensa de la rebelión, está defendiendo la rebelión y el que provoca a la provocación a la rebelión, está provocando esa misma rebelión. Sin embargo, por ser una norma favorable al reo —se le castiga con un grado menos— habrá que aplicarla con las enormes dificultades que entraña en orden a la tipificación y determinación de la pena a imponer.

**CONCLUSION**

a) Desde el punto de vista de la política criminal, estimamos acertada la mayor concreción de algunas conductas, verificada a través de la reforma de algunos tipos, que viene a impedir que determinadas conductas próximas a la rebelión pudiese quedar impunes. Es ejemplo de ello el nuevo artículo 214 C.p. en el que se da protección penal a la Constitución, lo que era absolutamente necesario.

La ley resulta progresiva en el castigo de las formas de resolución manifestada, precludiendo, a través del delito de rebelión, lo que en el futuro parece va a ser regla general.

En cuanto a la penalidad, ésta sufre un incremento, ya tuvimos ocasión de poner de relieve que resulta excesivo y que es contrario a la tendencia moderna que consiste en disminuir la duración de las penas privativas de libertad. En particular, dudamos mucho de la eficacia preventiva e intimidativa del castigo en el delito de rebelión. Quien propone, conspira o ejecuta una rebelión, sea militar o común, nunca mira atrás y tiene su norte puesto en su victoria. Entendemos, por ello, que la ley en este punto, además de ser inútil, es también regresiva.

b) Desde la perspectiva técnico-jurídica, la ley resulta muy defectuosa. Confusión de conceptos, tautologías, contradicción entre sus propias normas y una acusada falta de sistemática, se manifiestan en la casi totalidad de los artículos comentados, haciendo algunos párrafos inaplicables.

En resumen, estamos ante una ley que discutida y aprobada bajo la lógica influencia de factores emocionales, ha sido elaborada bajo el signo de la premura y de la urgencia, circunstancias éstas que en verdad no facilitan el rigor y el acierto, si bien tampoco lo impiden. Pero si el sosiego y la tranquilidad no estuvieren del todo presentes en la historia de la Ley, sí deben estarlo en una futura interpretación auténtica, que estimamos absolutamente imprescindible.

**Federico CANTERO NUÑEZ**  
**Caballero Alférez Cadete de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército**

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

MILLAN GARRIDO, Antonio. *"El delito de falso testimonio"*. 116 págs. publicado en núms. 21-22-23 de *"Documentación jurídica"*. Madrid, 1979.

Otra nueva publicación de nuestro distinguido compañero y miembro de una Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Hispalense, viene a sumarse a la ya nutrida lista de las que, en el campo de los delitos en particular (1), han visto la luz últimamente bajo su firma. Se da cuerpo con ello a su valiosa contribución al conocimiento y estudio de la parte especial de nuestro ordenamiento penal, que si es notable por la entidad y rigor técnico del aporte no lo es menos por la temprana madurez del autor, lograda con entrega vocacional sin regateo de esfuerzos, tiempo o medios; y siempre en la línea del rigor universitario, que excluye improvisación, superficialidad y protagonismo.

En el ensayo que hoy recensionamos se flanquea el desarrollo técnico-jurídico del delito estudiado, con unos iniciales capítulos destinados a la evolución histórica y al derecho comparado y con una información bibliográfica sobre el tema inserta al final del trabajo, que confirman las apreciaciones inicialmente hechas, al ofrecer el profuso acopio de datos correspondientes a los ángulos histórico, comparatista y doctrinal, en una exposición ordenada y clara, que evitando desorientarse por el volumen de aquéllos, nos lleve fácilmente al objetivo a que, sin falsa erudición responden: hacer comprender el delito a la luz de su desenvolvimiento histórico y legislativo y ofrecer —con especial referencia a la doctrina italiana— información y apoyatura doctrinal para seguir estudiándolo.

Cierto que no está tratado el hoy ya habitual compañero del análisis de los delitos: el aspecto criminológico. Pero ha de comprenderse la muy especial dificultad que su contemplación comportaría y lo incierto e incompleto de los resultados alcanzables en este tan destacado campo oscuro de la criminalidad, verdadero cáncer factor de la inseguridad jurídica reinante.

El conciso tratamiento que da Antonio Millán a la naturaleza jurídica del delito se centra en las posturas italianas de Antonioni, Grieco y Marsich, así como las españolas de Hernández Guijarro y Torio López. El resumen puede centrarse en la estimación del delito como una infracción pluriofensiva (de la fe pública y de la Administración de Justicia, con descarte del honor u otro interés jurídico

---

(1) Vid: "Las condiciones objetivas para proceder por falso testimonio en la jurisprudencia española", en *"Documentación Jurídica"*, n.º 12, Madrid, 1976.

"El delito de acusación y denuncias falsas", en *"Información Jurídica"*, n.º 317, Madrid, 1973.

"El delito de información militar falsa", en *"Revista Española de Derecho Militar"*, Madrid, 1976.

"Falso testimonio y retractación", en *"Revista General del Derecho"*. Valencia.

"El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo", en *"Revista General del Derecho"*. Valencia.

personal), dando prioridad al daño para la actividad judicial del Estado o Administración de Justicia.

El Capítulo en que se analiza como tipo básico la figura delictiva del falso testimonio en causa criminal, tiene al ocuparse, dentro del tipo del injusto, de sus elementos objetivos, una útil excursión al campo procesal, del brazo de Gómez Orbaneja y Vicente Herce, para desarrollar luego, cuando se trata de sus elementos subjetivos, las teorías objetiva y subjetiva acerca de la falsedad, es decir, en expresión de Angel Torío: "determinar si la falsedad consiste en una contradicción, realidad y declaración o, por el contrario, entre declaración y ciencia del sujeto". El autor, congruente con las posturas tomadas en otros trabajos suyos y, de acuerdo con la posición de Miguel Polaino, opta por la tesis subjetiva, más acorde con la legislación española y con la naturaleza jurídica del delito, en la que vimos primaba el interés de la Administración de Justicia sobre cualquier otro concurrente.

Soslayando la postura de Roxin sobre la "doble relevancia del dolo" se limita a afirmar en cuanto a la culpabilidad que, "el ser el falso testimonio un delito subjetivamente configurado, comporta la concurrencia del dolo directo en la actuación típica del sujeto, lo que a su vez hace imposible la comisión de este delito por imprudencia. Excluyen el dolo y consiguientemente la culpabilidad, aparte del error de hecho, que en estos delitos impide la integración del tipo, el miedo insuperable y particulares situaciones de necesidad".

Se continúa el ensayo con sumarias consideraciones sobre: penalidad; concurso con delitos de acusación y denuncia falsa, así como con el de simulación de delito; formas de ejecución y de participación (negando la posibilidad de autoría mediata); falso testimonio por cohecho; alteración no sustancial de la verdad; presentación de testigos falsos; condiciones objetivas de procedibilidad; retractación, como deseable excusa absolutoria, etc. Cuestiones, especialmente las últimamente citadas que entrañan problemas de interés dogmático y práctico, y en las que el autor toma posición, que, al igual que sucede con las principales sostenidas a lo largo del libro, resumen en las precisas conclusiones detalladas en las cinco últimas páginas del trabajo, constitutivas de un repertorio de clarificaciones en torno a la densa problemática de este delito, de tan frecuente comisión.

La construcción elaborada resulta así —tal como decíamos al principio— tan rigurosa como útil, características que sin duda serán predicables de los nuevos trabajos del autor, que, versantes sobre temas penales militares, harán que se vea acrecido el interés que despierta entre nosotros la lectura de la obra de tan destacado profesional, miembro del Consejo de Redacción de esta Revista.

**Francisco Jiménez Jiménez**

LASO MARTINEZ, José Luis, *Derecho Urbanístico (Orígenes, Principios Generales y Organización Administrativa)*, Editorial Montecorvo, S. A. 1981. 564 págs.

Nuestro querido compañero y Registrador de la Propiedad DON JOSE LUIS LASO MARTINEZ inicia con este Tomo I la publicación de un verdadero Tratado de Derecho Urbanístico.

La materia urbanística aparece con un marcado carácter interdisciplinar. Ya que como dice el autor el Derecho Urbanístico surge dentro del ámbito del Derecho Público pero proyecta sus decisiones sobre los derechos privados de los particulares. Tal entrecruzamiento de instituciones públicas y privadas, es una manifestación evidente de la unidad en lo sustancial del Derecho.

Este Tomo I, expresamente referido a los temas de orígenes del urbanismo, sus principios generales y organización administrativa, comprende un detenido análisis del fenómeno urbanístico, en toda su extensión (Capítulo 1.º), y del proceso de planificación, como forma de acción administrativa, y dentro de la amplitud del mismo del propio planeamiento urbanístico y su encuadramiento en el marco más genérico de la planificación en general (Cap. 2.º).

Se hace un examen de la evolución histórica del Derecho Urbanístico español, de la Legislación Urbanística del siglo XX y de las aportaciones de la Jurisprudencia a la Legislación Urbanística (Caps. 4.º, 5.º y 6.º), para terminar con un estudio de las Leyes del 12 de mayo de 1956 y de la reforma de 2 de mayo de 1975.

Parte fundamental es la correspondiente a los Capítulos X al XIV ambos inclusive, en donde se contiene un profundo estudio de los principios fundamentales del Derecho Urbanístico, de la naturaleza normativa de los Planes de Ordenación y lo que es más original de la interpretación del planeamiento (principios informadores, criterios de interpretación y sus límites) con una abundantísima referencia a la doctrina y jurisprudencia sobre la materia.

Completan la obra el análisis de la estructura orgánica de la Administración Urbanística española referida en primer término a la Administración del Estado, a las Comunidades Autónomas, a las Corporaciones Locales y finalmente a la Administración especializada supramunicipal y municipal.

A través de la obra se pone de manifiesto el singular conocimiento por parte del autor de los ámbitos públicos y privados de las Instituciones del Derecho Urbanístico. Tal conjunción de conocimientos y en tal profundidad no es fácil encontrarla en obras sobre esta materia lo que la hacen particularmente interesante no sólo para el estudioso del Derecho Urbanístico, sino también para el abogado en ejercicio que encontrará un elemento auxiliar de indudable valor para la resolución de los problemas de cada día en esta materia, pues a lo largo de la obra aparece una constante referencia no sólo a la doctrina existente sino también a la Jurisprudencia, y no podemos silenciar que el autor ofrece un particular conocimiento de la realidad práctica de la materia por su experiencia en Organismos Urbanísticos.

La materia tiene su repercusión dentro de la Administración Militar en donde cada día se presentan un mayor número de supuestos sobre la incidencia de los Planes de Ordenación en las propiedades afectas a la Defensa Nacional; y en la repercusión de dichos Planeamientos en los Planes de Acuartelamiento.

**José Girgado Doce**

BOLONGO, Likulia, *La protection penale des personnes en peril (D'apres l'Ordonnance-Loi n.º 78-015 du 4 juillet 1978)*, Presses Universitaires du Zaïre, Université Nationale, Kinshasa, 1980, 52 págs.

Desde que en 1975 publicó su tesis doctoral (1), el hoy Auditor General de Zaire Likulia Bolongo nos ha ofrecido una incesante producción científica (2), de la que este trabajo constituye su, hasta el momento, última aportación.

Dedicado a los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Kinshasa, de la que Bolongo es profesor, trata este opúsculo de ofrecer un breve comentario de los distintos tipos penales reunidos en la ley de 4 de julio de 1978 que tiende a dotar de protección penal a las personas en peligro, inspirándose para ello en la legislación militar que, en el ordenamiento zaireño, preveía ya desde 1972 estas conductas de omisión.

El fundamento de esta ley debe hallarse, como la propia Exposición de Motivos pone de relieve en la solidaridad, "regla moral y social de conducta que impone a los miembros de la colectividad una obligación de caridad, de colaboración y de asistencia mutua". La ley deviene necesaria en unos momentos en los que el individualismo va poniendo fin al tradicional altruismo comunitario y la solidaridad africana tiende, en definitiva, a desaparecer. Ante ello, surge, señala el autor, la intervención legislativa tendente "a reprimir las omisiones culpables que amenacen la integridad física y la libertad de los particulares, dicho de otro modo, a exigir la colaboración ciudadana en la seguridad y la justicia". La ley prevé, a estos efectos, tres tipos penales que Bolongo analiza separadamente.

I. La omisión del deber de impedir un delito ha pasado a constituir el artículo 66 bis del código penal ordinario que castiga a "aquel que, pudiendo impedir con su conducta inmediata, sin riesgo propio ni de tercero, un delito contra la integridad corporal de la persona, se abstiene voluntariamente de hacerlo".

Presupuestos del tipo son, para el autor, la existencia del delito, el peligro proveniente del mismo y la ausencia de riesgo para el obligado a actuar. Elementos constitutivos en sentido estricto son la conducta omisiva y la voluntariedad.

II. La omisión de socorro propiamente dicha es introducida en el artículo 66 ter del Código Penal y constituye un tipo más amplio y comprensivo, en cierto modo, del anterior, pues trata de proteger a cualquier persona en peligro, incluso en el supuesto de que éste no derive de infracción penal alguna. Castiga dicho precepto

(1) *La compétence d'attribution des juridictions militaires en temps de paix en droit comparé zairois, belge y français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975.

(2) *Vid.*, del autor, *Droit Pénal Spécial Zairois*, tome I, "Les infractions contre les particuliers", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976; *Droit Pénal Militaire Zairois*, tome I, "L'organisation et la compétence des juridictions des Forces Armées", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977.

a "aquel que se abstenga de procurar a una persona en peligro la asistencia que, sin riesgo propio ni de tercero, pueda prestarle bien personalmente, bien mediante petición de socorro".

Son presupuestos del tipo la presencia de una persona en peligro y la ausencia de riesgo para el obligado a socorrer. Elementos constitutivos son el material de no prestar el socorro debido y el subjetivo que comporta la exigencia de culpabilidad en la omisión.

III. La negativa a prestar testimonio en favor de un inocente constituye un tipo sin correlativo en la mayoría de las legislaciones europeas. Lo integra "aquel que, conociendo la prueba de inocencia de una persona en prisión preventiva o procesada por delito punible con más de un año, se abstenga voluntariamente de aportar de inmediato su testimonio a las autoridades judiciales o a los órganos de policía".

Presupuestos del tipo son la obligación de testificar que, en el ordenamiento zaireño, no existe más que en favor de un inocente y que el delito imputado a éste sea de los que comporta penalidad superior a un año de prisión. Elementos constitutivos son la omisión de testificar y la culpabilidad.

La ley prevé en este caso una excusa absolutaria que contempla la aportación tardía pero espontánea del testimonio y que tiene un evidente fundamento de política criminal.

A modo de conclusión, destaca Bolongo cómo los tipos examinados se encuentran en total armonía con las tradiciones socioculturales, morales y religiosas del pueblo zaireño, adaptándose a sus características demográficas, ecológicas, económicas y políticas, como sociedad en plena mutación, esto es, en vías de modernización y de desarrollo.

Ciertamente, reconoce el autor, existen aún otros ámbitos en los que se requiere la intervención legislativa para salvaguardar las garantías individuales. Así ocurre con la colaboración ciudadana en la justicia, particularmente con el ejercicio de la denuncia, con los secuestros y con la necesaria tutela, hoy inexistente, del derecho a la intimidad personal. Pero, en cualquier caso, no puede dudarse del adelanto que supone la ley examinada, que rompiendo con los principios de índole liberal individualista, establece por vez primera en el código penal zaireño la tutela jurídicopenal de la solidaridad humana.

El trabajo, que concluye con dos anexos, conteniendo la Exposición de Motivos y el propio texto articulado de la ley, no supone, desde luego, aportaciones dogmáticas de relieve. Se trata, como señalábamos al comienzo, de un breve análisis interpretativo de estos tres tipos incorporados en la legislación zaireña. Y tal finalidad resulta suficientemente alcanzada por el autor, cuya formación integral y talla de brillante jurista quedan de manifiesto en este interesante estudio.

Antonio Millán



*Convenios de extradición*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1980, 382 págs.

La extradición, medida de auxilio jurisdiccional basada en la solidaridad internacional y en la necesidad de superar los límites que comporta el principio de territorialidad en la aplicación de las leyes penales (1), surge históricamente como una potestad discrecional, ejercitada sin sometimiento a reglas concretas por el detentador del poder político, concepción esta que, aunque ya superada, parece aún perpetuarse con la atribución a órganos político-administrativos de la competencia para decidir acerca de la concesión de la extradición (2).

Esta discrecionalidad encuentra hoy día, sin lugar a dudas, su limitación más acentuada en los tratados internacionales que fijan los criterios por los que se va a regir la extradición entre dos o más Estados.

Pues bien, la obra de la que damos noticia reúne en un sólo volumen los tratados y convenios de extradición vigentes en España, tarea estimable porque, como destaca Manuel Marín Arias en la nota preliminar a este trabajo, se trata de un material "antiguo, disperso y de uso no muy frecuente", al que no siempre podía hasta ahora tenerse fácil acceso.

La obra se inicia con unas *Nociones básicas sobre la extradición* de las que es autor Francisco Bueno Arús, Letrado Mayor del Ministerio de Justicia y Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Universidad Complutense.

En la primera parte de este trabajo introductorio, se aborda el concepto mismo de extradición, su naturaleza, fundamento, clases, fuentes y evolución histórica. En un segundo apartado, analiza el autor, con algún detenimiento, el contenido de la extradición a través de la triple relación Estado requirente-Estado requerido, Estado requirente-extradicto y extradicto-Estado requerido. El tercer y último epígrafe viene referido específicamente al Derecho español y en él, tras una breve reseña histórica, Bueno Arús estudia detalladamente los principios fundamentales de los tratados vigentes y de la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958.

A continuación, incluye este volumen, como queda dicho, los tratados, convenios y acuerdos de actual vigencia, suscritos bilateralmente por España, así como la legislación interna sobre extradición y materias afines a ella como asilo, terrorismo y protección ciudadana.

La obra, de evidente utilidad teórica y práctica para todo aquel que, de cualquier modo, se enfrente al tema de la extradición, ofrece un particular interés en

(1) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español. Parte General*, Sexta edición (reimpresión), Madrid, 1977, p. 193.

(2) Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel; Cuerdo Rieza, Antonio, *La otra cara del problema: la extradición*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", n.º 56, Madrid, 1979, p. 173.

Derecho Penal Militar, por cuanto en ella se contiene una precisa información sobre los principios que rigen en nuestro ordenamiento la extradición por delitos militares, permitiendo en cada caso constatar si, en efecto, la misma se halla expresamente excluida, conforme a la tesis tradicional que recoge en su artículo 6.º-2 la ley de 1958, o, por el contrario, se prevé la medida, bien generalizadamente, o, lo que es más frecuente, de forma excepcional, limitando el auxilio jurisdiccional a concretos delitos militares como ocurre en algunos tratados con la deserción.

Permite, asimismo, esta obra, desde una perspectiva crítica, constatar como, desde luego, el actual sistema no responde a unos principios coherentes por lo que a la extradición por delitos militares respecta, por cuanto la misma viene precisamente excluida de forma expresa en convenios con Estados con los que España mantiene una situación de cooperación militar permanente que requeriría la mutua extradición por delitos militares como única forma de proteger, en este aspecto, el potencial bélico conjunto (3).

Antonio Millán

---

(3) Vid., en este sentido, José María RODRIGUEZ DEVESA, *Exposición de síntesis al IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, en "Revista Española de Derecho Militar", n.º 23, Madrid, 1967, pp. 40 y ss. Una más amplia información sobre este tema en *L'extradition pour delits militaires*, en "Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre", Volume 2, Strasbourg, 1969.

## I. LEGISLACION

Ley 6 de julio 1981, núm. 20/81 (Jefatura del Estado). SITUACIONES MILITARES. Creación de la reserva activa y fijación de las edades de retiro para el personal profesional.

*Artículo 1.º* Se crea para el personal militar de carrera y Clase de Tropa de Marinería y de la Guardia Civil, que sean profesionales de las Fuerzas Armadas, la situación de reserva activa a la que se pasará, de acuerdo con lo que se dispone en la presente Ley, y en la que se permanecerá hasta pasar a la situación de retirado o de segunda reserva para los Oficiales Generales, con el mismo empleo que se ostente en el momento de pase a la misma.

Las condiciones por las que el resto de los militares profesionales quedan incluidos en el ámbito de esta Ley se fijarán en su normativa específica.

*Art. 2.º* El personal en situación de reserva activa podrá ocupar determinados destinos en órganos del Ministerio de Defensa no encuadrados en la cadena de Mando Militar y otros órganos afines si así lo exigen las necesidades del servicio, y, en especial en la defensa civil y en los estados previstos en el art. 116 de la Constitución (citada) así como en caso de movilización. Quienes no ocupen destino estarán a disposición del Ministerio de Defensa.

*Art. 3.º* El personal en situación de reserva activa que ocupe destino percibirá en su totalidad las retribuciones inherentes al mismo.

Durante la permanencia en la situación de reserva activa sin ocupar destino se percibirán en su totalidad las retribuciones básicas y las de carácter personal a las que se tenga derecho en situación de actividad, excepto aquellas que se deriven de la clase de destino o del lugar de residencia. Asimismo se percibirá un complemento de disponibilidad en la reserva activa de cuantía igual al 80 por 100 de las complementarias de carácter general que correspondan a los que ocupen destino e incompatible con las mismas.

Igualmente se continuará perfeccionando trienios, cruces y cualquier otra retribución que corresponda en función del tiempo de permanencia en situación de actividad aplicándoles las mismas variaciones que al personal que está en esta última situación.

*Art. 4.º* El pase a la situación de reserva activa se producirá por alguna de las siguientes causas:

a) Al cumplir las edades que se señalan para cada caso en el art. 5.º de la presente Ley.

b) Al cumplir cuatro años de permanencia en el primer empleo de Oficial General; al cumplir un máximo de siete años en dicho empleo y el de General de División, Vicealmirante o asimilado, sin que se pueda permanecer más de cuatro años en dicho empleo; al cumplir un máximo de diez años entre los empleos

anteriores y el de Teniente General o Almirante, sin que se pueda permanecer más de cuatro en este último.

c) A petición propia, en las condiciones que se señalan en el art. 6.º

d) Por decisión del Ministro de Defensa, previo informe del Consejo Superior correspondiente, o de éste, previo informe de la Junta de Clasificación, en los términos que el Ministro le delegue.

2. El personal militar que al cumplir la edad de paso a la reserva activa no cuente con veinte años de servicios efectivos a partir de la fecha en que obtuvo la condición de profesional en las Fuerzas Armadas pasará directamente a la situación de retirado o de segunda reserva, según corresponda.

*Art. 5.º* El pase a la situación de reserva activa en razón a lo señalado en el apartado a) del art. 4.º, se producirá al cumplirse las siguientes edades:

1. En la Escala Activa de las Armas y Cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra, Cuerpo de la Guardia Civil, Escalas Básicas de los Cuerpos General, de Infantería de Marina, Máquinas de la Armada y Escalas del Estado Mayor General del Aire, de Tierra y de Tropas y Servicios del Ejército del Aire:

Teniente General y Almirante, 64 años.

General de División, Vicealmirante y asimilados, 62 años.

General de Brigada, Contraalmirante y asimilados, 60 años.

Coronel y Capitán de Navío, 58 años.

Teniente Coronel y Capitán de Fragata, 57 años.

Comandante y Capitán de Corbeta, 56 años.

Capitán y Teniente de Navío, 56 años.

Teniente y Alférez de Navío, 56 años.

2. Oficiales Generales y Particulares de los otros Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas:

General de División, asimilados y Vicealmirante Ingeniero, 65 años.

General de Brigada, asimilados y Contraalmirante Ingeniero, 63 años.

Coronel y Capitán de Navío Ingeniero, 61 años.

Teniente Coronel y Capitán de Fragata Ingeniero, 59 años.

Comandante y Capitán de Corbeta Ingeniero, 58 años.

Capitán y Teniente de Navío Ingeniero, 58 años.

Teniente y Alférez de Navío, 58 años.

Alférez, 58 años.

3. Cuerpos y Escalas de Suboficiales de las Fuerzas Armadas, 56 años.

4. Clases de Tropa de Marinería y de la Guardia Civil, 50 años.

Para este personal podrá ampliarse la edad del pase a la situación de reserva activa según determine su normativa específica. Esta ampliación tendrá siempre carácter voluntario y no rebasará, en ningún caso, la edad de 56 años, y quienes disfruten de ella no realizarán servicios de armas.

*Art. 6.º* El pase a petición propia a la situación de reserva activa que se establece en el apartado c) del art. 4 exigirá haber cumplido veinticinco años de servicios efectivos desde la posesión del primer empleo de Oficial o Suboficial, o bien treinta años de servicios efectivos desde el ingreso en las Fuerzas Armadas.

Anualmente se fijarán por el Ministerio de Defensa para los distintos Empleos, Escalas y Cuerpos de cada Ejército los términos concretos y el número máximo que se autoriza para el pase a esta situación, con el fin de adaptar en cada momento las existencias de personal a las exigencias orgánicas de las Fuerzas Armadas. Tendrán preferencia en la concesión los criterios de edad y prioridad de solicitud, siempre que no queden dañadas las necesidades del servicio.

*Art. 7.º* 1. El pase a la situación de reserva activa al que se refiere el apartado d) del art. 4.º, será de aplicación en aquellos casos en que exista insuficiencia de facultades psicofísicas o profesionales y en los términos y con las garantías que se determinen en las normas de desarrollo de esta Ley.

2. La insuficiencia psicofísica deberá ser apreciada por un Tribunal Médico compuesto por el Presidente y tres Vocales, todos ellos Médicos militares, y contará con el apoyo de los especialistas necesarios, Médicos y Psicólogos. El interesado podrá recurrir ante el Tribunal Médico Superior del Ejército respectivo, cuyo fallo será definitivo.

3. La insuficiencia de cualidades profesionales se determinará con carácter definitivo por calificaciones negativas, reiteradas durante tres años seguidos.

*Art. 8.º* La edad de retiro forzoso en todos los Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas será:

— Para Jefes y Oficiales, la correspondiente a la jubilación forzosa del Cuerpo General Técnico de la Administración Civil del Estado.

— Para Suboficiales, Clases de Tropa, de Marinería y de la Guardia Civil, la correspondiente a la jubilación forzosa de los Cuerpos Auxiliares y Subalternos de la Administración Civil del Estado.

En el caso de que por modificación de las edades actuales de jubilación en la Administración Civil del Estado, algunas de las edades que establece la presente Ley para el pase a la reserva activa fuese superior a la nueva edad de jubilación, se pasará directamente desde la situación de actividad a la de retirado o segunda reserva, según corresponda, al cumplir la nueva edad de jubilación establecida.

*Art. 9.º* Los Oficiales Generales, al cumplir la edad que se señala en el artículo anterior para el retiro forzoso de los Jefes y Oficiales, pasarán a una situación que se denominará segunda reserva.

En esta situación de segunda reserva permanecerán de por vida formando parte integrante del Ejército, siéndoles reconocido el fuero militar y los honores y prerrogativas que a su empleo corresponda en situación de actividad. El régimen de retribuciones, que se percibirán con cargo al Presupuesto del Ministerio de Defensa, será el que actualmente corresponde a la situación de reserva.

#### Disposiciones transitorias

1.ª Se faculta al Gobierno para establecer el calendario y normas de aplicación progresiva de esta Ley, con el fin de que ésta se encuentre en plena aplicación en un período máximo de seis años a partir de su entrada en vigor.

2.ª 1. Quienes en el momento de entrar en vigor esta Ley tuvieran reconocido derecho a obtener un ascenso en el grupo de destino de Arma o Cuerpo, Escala de Tierra de la Armada o grupo B, podrán obtenerlo en cualquiera de dichos grupos o Escalas o en la reserva activa, en las condiciones que se determinen en las normas de un desarrollo de esta Ley.

2. Esta posibilidad de un ascenso en la reserva activa se aplicará también en las mismas condiciones al actual personal profesional de las Fuerzas Armadas, en el que la edad que se cita para pase a la reserva activa sea inferior a la que tenía para el pase a la situación de retirado.

3.ª El personal actual de los Cuerpos y Escalas comprendidos en los aps. 3 y 4 del art. 5.º de la presente Ley, cuya legislación específica anterior le reconocía una edad de retiro superior a la que se señala para el pase a la reserva activa, podrá optar por acogerse a lo dispuesto con carácter general en la presente Ley o bien por continuar en situación de actividad hasta la edad que señalaba su anterior legislación.

En este caso, pasará a la situación de retirado al cumplir la edad que estaba establecida en la legislación anterior.

4.ª Los actuales cuadros de Mando profesionales de las Fuerzas Armadas podrán solicitar, con carácter voluntario, el pase a la situación de retirado, desde el momento en que cumplan las edades de retiro que hasta ahora tenían reconocidas.

El retiro les será concedido en las mismas condiciones que si se hubiera producido con carácter forzoso en el momento de hacer la petición.

5.ª Se mantiene el Segundo Grupo en el empleo de Teniente de la Escala Auxiliar de las Armas y Cuerpos del Ejército de Tierra hasta la extinción de dicha Escala ordenada por la Ley 13/1974, de 30 de marzo (R. 707, 816 y N. Dicc. 10000).

6.ª La presente Ley, independientemente de la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», tendrá efectos desde 1 de enero de 1981, excluyendo la retroactividad de los efectos económicos hasta la fecha de su definitiva entrada en vigor.

### Disposiciones finales

1.ª 1. Al término del periodo transitorio de aplicación de esta Ley quedarán suprimidos:

— El Grupo de Destino de Arma o Cuerpo en el Ejército de Tierra.

— El Grupo «B» en el Ejército del Aire. Se faculta al Gobierno para adaptar a la presente Ley las disposiciones afectadas por la supresión de los referidos Grupos.

2. Se mantiene la existencia de la Escala de Tierra y Grupo B de la Armada. Las causas de pase a dicha Escala y Grupo serán las previstas en su legislación específica, excepción hecha de las que se establecen en los aps. a) y b) del art. 4.º de esta Ley.

2.ª 1. Se declaran a extinguir las situaciones creadas por:

— La Ley de 15 de julio de 1952 (R. 1026 y N. Dicc. 1921), de la Agrupación Temporal Militar para Servicios Civiles.

— La Ley de Reserva, de 17 de julio de 1953 (R. 941 y N. Dicc. 28482).

— La Ley de 17 de julio 1958 (R. 1272 y N. Dicc. 1937), para el pase voluntario de Jefes y Oficiales del Ejército de Tierra al servicio de Organismos Civiles.

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley no se producirá ningún pase a dichas situaciones.

2. En el plazo de un año quedará asimismo suprimida la opción a pasar a la situación de «en servicios civiles» para el personal en situación de «en expectativa de servicios civiles», que determinaba el art. 4.º de la Ley de 17 de julio de 1958 mencionada en el apartado anterior, y ocupar destino en la Agrupación Temporal Militar para Servicios Civiles, el personal actualmente clasificado para ingreso en ella.

3. El personal que, a la entrada en vigor de la presente Ley, estuviera en alguna de las situaciones declaradas a extinguir por esta disposición y no hubiera pasado ya a la de retirado, se integrará en la reserva activa si hubiera cumplido ya la edad señalada en el art. 5.º de la presente Ley, pero mantendrá sus actuales condiciones respecto a retribuciones, destino y ascensos, pudiendo acogerse, si así lo desea, a lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta de la presente Ley, respecto a la edad de retiro.

4. Los que se integren en la reserva activa por edad desde la situación de «en servicios civiles» y renuncien al destino que estuviesen ocupando percibirán en la reserva activa las retribuciones básicas y complementarias que se señalan con carácter general en el art. 3.º de la presente Ley.

En iguales condiciones quedarán quienes desde la situación de «en servicios civiles» se integren con carácter voluntario en la reserva activa, dejando su destino, para lo cual habrán de tener cumplidas las condiciones señaladas en el art. 6.º de la presente Ley.

3.ª La percepción de las retribuciones correspondientes a la situación de reserva activa será incompatible con la de otras retribuciones por el desempeño de otro o más empleos o puestos de trabajo al servicio de los entes que integran las diversas esferas de la Administración y Seguridad Social.

4.ª El Ministerio de Hacienda habilitará los créditos que exija el cumplimiento de esta Ley.

5.ª Se faculta al Gobierno y al Ministro de Defensa para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la presente Ley.

6.ª El desarrollo de la presente Ley, en lo que se refiere al Cuerpo de la Guardia Civil, se efectuará conjuntamente por los Ministerios de Defensa e Interior.

**Real Decreto 24 julio 1981, núm. 1611/81 (M.º Defensa). SITUACIONES MILITARES. Desarrolla la Ley 6 julio 1981, de creación de la reserva activa y fijación de las edades de retiro para el personal profesional.**

*Artículo 1.º* A los efectos de la Ley veinte/mil novecientos ochenta y uno, de seis de julio (R. 1604), el personal incluido en el ámbito de aplicación de este Real Decreto es el siguiente:

a) Militares de carrera, definidos en el artículo doscientos seis de las Reales Ordenanzas (R. 1979, 90 y 395), incluidos los contemplados en la disposición final segunda de la Ley.

b) Clases de Tropa, de Marinería y de la Guardia Civil que, una vez cumplido su compromiso inicial, obligatorio o voluntario, obtengan la continuación en el servicio de conformidad con lo dispuesto en la Reglamentación específica del Arma, Cuerpo o Escala a que pertenecen.

*Art. 2.º* Durante los seis primeros años de vigencia de la Ley y para la adopción progresiva de las edades de pase a la reserva activa se tendrán en cuenta:

1. Se mantendrá la existencia del grupo de destino de Arma o Cuerpo en el Ejército de Tierra y la del grupo «B» en el Ejército del Aire, así como el pase por edad y por permanencia en el Generalato a la Escala de Tierra y grupo «B» de la Armada. Los citados grupos y Escala serán designados en este Real Decreto con la denominación genérica de «grupos de destinos».

2. El pase a los citados grupos de destinos se producirá a las edades establecidas para ello en la legislación anterior, modificadas progresivamente en la forma que se expresa en el artículo tercero de este Real Decreto, hasta igualarlas a las que se establecen para el pase a la reserva activa, para cada empleo, en el apartado uno del artículo quinto de la Ley.

3. En forma análoga se modificarán las edades de pase a la Escala de Tierra del Arma de Aviación, a fin de que, concluido el período transitorio, se pase por edad directamente de la Escala del Aire a la reserva activa, de conformidad con lo dispuesto en el apartado uno del artículo quinto de la Ley.

4. El pase a la situación de reserva activa se producirá a las edades establecidas en la legislación anterior para el retiro o reserva para los Oficiales Generales, reducidas progresivamente en la forma que se expresa en el artículo tercero de este Real Decreto, hasta igualarlas a las que para cada Escala y empleo se establecen en el artículo quinto de la Ley, para el pase a la reserva activa.

*Art. 3.º* 1. La modificación de edades a que se ha hecho referencia en el artículo anterior se determinará individualmente mediante la aplicación de la siguiente expresión:

$$F = I + 6T, (6 + V)$$

En la que:

— F será la fecha de pase al grupo de destino a la Escala de Tierra del Ejército o del Aire o a la reserva activa.

— I es la fecha de entrada en vigor de la Ley (uno de agosto de mil novecientos ochenta y uno).

— T es el número de días que median entre esta última fecha y la que, con arreglo a la legislación anterior, se hubiera pasado al grupo de destino a la Escala de

Tierra del Ejército del Aire, a la situación de retirado o de reserva para los Oficiales Generales.

— V es la diferencia en años, con su signo, entre las edades de pase a los grupos, Escalas o situaciones enumerados al definir «T» y la que en la Ley se establece para el pase a la reserva activa, según Arma, Cuerpo, Escala y empleo.

— Cuando el número de días que resulte sea fraccionario se redondeará por exceso.

2. Para el cálculo de la fecha de pase a la reserva activa, Escala de Tierra del Ejército del Aire o grupo de destino de quienes durante los seis primeros años de vigencia de la Ley obtuvieran un ascenso se utilizará la misma expresión anterior, dando a las variables los valores correspondientes al nuevo empleo.

*Art. 4.º* La aplicación de los tiempos máximos de permanencia en el Generalato, que se disponen en el apartado b) del artículo cuarto de la Ley, se llevará a cabo con arreglo a las siguientes normas:

1. A la entrada en vigor de la Ley se establecen para el Ejército de Tierra, como tiempos máximos iniciales de permanencia en el Generalato, los siguientes:

a) En las Escalas con empleo de Teniente General:

— Cuatro años en el empleo de General de Brigada.

— Ocho años entre los empleos de General de Brigada y General de División.

— Doce años, entre los tres empleos de General.

b) En las Escalas con empleo máximo de General de División, General de Brigada o asimilado.

— Ocho años en el empleo de General de Brigada o asimilado.

— Doce años entre los empleos de General de División y General de Brigada o asimilados.

2. A partir de los mencionados tiempos máximos para el Ejército de Tierra y los que actualmente están establecidos para cada una de las Escalas de la Armada y del Ejército del Aire se procederá a su reducción progresiva, durante los seis primeros años de vigencia de la Ley, hasta igualarlos a los establecidos en la misma.

3. Durante el mencionado período de seis años la superación de los tiempos máximos de permanencia en el Generalato llevará consigo:

— El pase a los grupos de destinos en aquellas Escalas en que existan.

— El pase a la situación de «sin número» en las que no existan dichos grupos.

Permaneciéndose en los citados grupos o situación hasta el pase a la reserva activa, bien por cumplir la edad reglamentaria o bien al término de los seis primeros años de vigencia de la Ley.

4. La fecha límite de permanencia en el Generalato se calculará con carácter individual por la expresión definida en el artículo tercero, en la que:

— T es el tiempo, en días, que a cada General le resta del tiempo máximo inicial correspondiente a su empleo, Escala y Ejército, contado desde la fecha de entrada en vigor de la Ley (uno de agosto de mil novecientos ochenta y uno).

— V es el número de años de reducción en la permanencia en el Generalato desde los actuales —Armada y Ejército del Aire— o desde los iniciales establecidos en el apartado uno de este artículo para el Ejército de Tierra.

5. La limitación de cuatro años en la permanencia en cada uno de los empleos de General se exigirá a partir del momento en que la Ley cumpla su sexto año de vigencia, salvo a los Generales de Brigada. Contralmirantes y sus asimilados de aquellas Escalas que ya tienen establecida dicha limitación o se les establece en la norma una, a), de este artículo, a los que será aplicada la misma a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto.

*Art. 5.º* Antes del treinta y uno de diciembre de cada año se fijarán por el Ministerio de Defensa el número máximo de los que, en cada empleo, Escala, Arma y Cuerpo puedan pasar, a petición propia, a la reserva activa durante el año siguiente.



Hasta que se publiquen los cupos expresados no se admitirán solicitudes de pase a la situación de reserva activa, con carácter voluntario, salvo supuestos excepcionales, que se determinarán por Real Decreto a propuesta del Ministerio de Defensa.

*Art. 6.º* El pase a la situación de reserva activa por decisión del Ministro de Defensa o del Consejo Superior correspondiente, que se establece en el apartado d) del artículo cuarto de la Ley 20/ 1981 (citada), sólo podrá acordarse en los términos que fija dicho apartado y por las causas que se establecen en el artículo séptimo de la misma Ley.

A tal efecto se dictarán normas para el desarrollo de este precepto, estableciendo el procedimiento y garantías para apreciar la existencia de insuficiencia de facultades psicofísicas o profesionales.

*Art. 7.º* El pase a la situación de reserva activa del personal en la de «En servicio activo» determinará el cese en el destino ocupado, quedando a disposición del Ministro de Defensa y dando vacante para el ascenso si corresponde de acuerdo con las plantillas orgánicas.

2. La adjudicación y permanencia en los destinos que pueda ocupar el personal en reserva activa se regirá por las normas que se dicten por el Ministerio de Defensa, dentro de las dotaciones presupuestarias.

*Art. 8.º* A partir de la entrada en vigor de la Ley, el pase por edad a las situaciones de retiro o de segunda reserva, en su caso, se producirá, de acuerdo a lo establecido en los artículos octavo y noveno de la Ley, al cumplir las edades siguientes:

- Generales o Almirantes, Jefes, Oficiales y sus asimilados, setenta años.
- Suboficiales y su asimilados, Tropa y Marinería, sesenta y cinco años.

*Art. 9.º* El personal que hubiera pasado a las situaciones de reserva o retiro entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de entrada en vigor de la Ley podrá solicitar su integración en la reserva activa mediante instancia dirigida al Ministro de Defensa.

Esta integración se hará con efectos del día 1 de enero de 1981, con excepción de los económicos, que lo tendrán a partir del día uno del mes siguiente al que se formule la petición.

*Art. 10.º* Con la máxima urgencia se efectuará el correspondiente estudio económico sobre el aumento de gasto que pueda representar la aplicación de la Ley y se solicitará la habilitación de créditos oportuna.

*Art. 11.º* Se faculta al Ministro de Defensa para dictar las normas de desarrollo del presente Real Decreto, salvo en las materias a que se refiere el artículo sexto, que habrán de ser reguladas por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros.

#### Disposición final

El presente Real Decreto entrará en vigor el día uno de agosto de mil novecientos ochenta y uno.

**LEY 48/1981, de 24 de diciembre, de clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra.**

#### DON JUAN CARLOS I REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

TITULO PRIMERO

De la clasificación de los mandos

*Artículo primero.*

Se establece para los militares de carrera del Ejército de Tierra un sistema de clasificación de mandos que, aplicado según se determina en el artículo tercero, permitirá de acuerdo con las aptitudes de cada uno de ellos, su acomodación a distintas funciones y el acceso de los más aptos a los empleos de mayor responsabilidad.

Este sistema implicará según las diferentes Escalas:

- a) La inclusión en grupos de funciones distintas.
- b) Aptitud para ocupar determinados destinos.
- c) Diversas posibilidades de acceso a los empleos superiores de su Escala.

Esta clasificación no supondrá en ningún caso alteración en el orden de escalafonamiento, dentro de un mismo empleo.

*Artículo segundo.*

La clasificación señalada en el artículo anterior se fundamentará en el estudio y valoración con criterios objetivos del expediente de clasificación individual que estará formado por:

- a) Hoja de servicios, en los apartados que reglamentariamente se determinen.
- b) Ficha resumen de la hoja de servicios.
- c) Hoja anual parcial en los mismos apartados antes mencionados.
- d) Informes personales reglamentarios de calificación desde que se alcanzó el empleo de Teniente o de Sargento.
- e) Expediente académico de los Centros de Enseñanza donde el interesado realizó su carrera o estudios posteriores.
- f) Resultados de las últimas pruebas de aptitud psicofísica.

Los informes personales reglamentarios de calificación a los que se refiere el párrafo anterior deberán ser elaborados por tres Oficiales Generales o particulares de empleos superiores y los más inmediatos al del calificado.

*Artículo tercero.*

Las clasificaciones aplicables a los Jefes, Oficiales y Suboficiales del Ejército podrán ser:

- a) Clasificaciones básicas.
- b) Clasificaciones para informe.

Uno.—Las clasificaciones básicas comprenden.

- a) Jefes y Oficiales de la Escala Activa de las Armas y de los Cuerpos de Intendencia y de la Guardia Civil.

Darán lugar en las Armas y Cuerpo de la Guardia Civil a dos grupos de función diferente, pero complementaria; el grupo de mandos operativos y el grupo de mandos de apoyo. En Intendencia al grupo de mandos logístico-operativos y grupo de mandos de apoyo.

- b) Jefes y Oficiales de la Escala Activa de los Cuerpos Jurídico, de

Intervención, de Sanidad, de Farmacia, de Veterinaria e Ingenieros de Armamento y Construcción.

c) Jefes y Oficiales del resto de Cuerpos y Escalas.

d) Escalas de Suboficiales.

Para los comprendidos en el apartado a) se realizará una primera clasificación a partir del ascenso al empleo de Comandante y otra antes de alcanzar el de Coronel.

Para los comprendidos en el apartado b) se realizarán antes de alcanzar el empleo de Coronel.

Para los comprendidos en el apartado c) se realizarán antes de alcanzar el último empleo de su Escala.

Para los comprendidos en el apartado d) se realizarán para aquellos Suboficiales que aspiren a ingresar en las Escalas de Oficiales.

Dos.—Las clasificaciones para informe son las que tienen por objeto:

a) Clasificar a los Coroneles de las Armas y Cuerpos a los efectos de su posible inclusión en los cuadros de elección para su ascenso al generalato.

b) Determinar si concurren circunstancias desfavorables para el ascenso a cualquier empleo de todos los Jefes, Oficiales y Suboficiales.

No se podrá ascender mientras se esté en estas circunstancias y la tercera determinación desfavorable supondrá la insuficiencia de facultades profesionales con las consecuencias que contempla el artículo séptimo de la Ley de Creación de la Situación de Reserva Activa.

#### *Artículo cuarto.*

Uno.—Para las clasificaciones contempladas en los artículos precedentes se crea la Junta de Clasificación de Mandos, dependiente del Consejo Superior del Ejército. Dicha Junta, formada por representantes no permanentes de las Armas, Cuerpos y Escalas, del Ejército, constará como mínimo de quince miembros, todos de empleo superior al del personal a clasificar y al menos la mitad del empleo inmediato superior.

Esta Junta tendrá como Organó de apoyo una Secretaria permanente, con la composición y misiones que reglamentariamente se determinen.

Dos.—La Junta actuará de la forma siguiente:

a) Cada Vocal valorará todos y cada uno de los expedientes de clasificación que correspondan a los individuos integrantes del grupo a clasificar.

b) Para la determinación a que se refiere el apartado b), del número dos, del artículo, será preciso que voten la concurrencia de circunstancias desfavorables para el ascenso los dos tercios, al menos de los Vocales integrantes de la Junta.

Los expedientes no contendrán ninguna identificación que permita reconocer al interesado.

Tres.—El anuncio de cada clasificación se publicará en el «Diario Oficial», donde se dará cuenta del personal a que afecta. Dicho grupo de personal deberá reunir unas características de homogeneidad que reglamentariamente se determinarán para cada clasificación.

## TITULO II

### De los sistemas y condiciones de ascenso

#### *Artículo quinto.*

El ascenso en régimen ordinario al grado superior inmediato de los Generales.

Jefes, Oficiales y Suboficiales de carrera del Ejército de Tierra se producirá por alguno de los procedimientos siguientes:

- a) Por elección con ocasión de vacante que se dé al ascenso.
  - b) Por clasificación y escalafonamiento basado en la antigüedad, con ocasión de vacante que se dé al ascenso.
  - c) Al cumplir un determinado número de años de efectividad en el grado.
- En cualquier caso, será necesario reunir las condiciones de ascenso que en el artículo séptimo de esta Ley se determinan.

*Artículo sexto.*

Uno.—El ascenso por elección con ocasión de vacante que se dé al ascenso, se aplicará para la obtención del grado de General de Brigada y superiores, así como asimilados a dichos grados.

Dos.—Se ascenderá por clasificación y escalafonamiento basado en la antigüedad, con ocasión de vacante que se dé al ascenso, al empleo máximo de cada Escala cuando ésta sea de categoría de Jefe u Oficial.

Tres.—A los empleos de las distintas Armas, Cuerpos y Escalas no comprendidos en los apartados uno y dos anteriores se ascenderá por clasificación y escalafonamiento basado en la antigüedad con ocasión de vacante que se dé al ascenso o, en todo caso, al cumplir el número máximo de años de efectividad y demás condiciones que para dichas Armas, Cuerpos y Escalas se determinan en la presente Ley, con excepción de las Escalas de la Guardia Real, Legión, Subdirectores, Músicos, Suboficiales de la Guardia Civil, Escalas de Banda y Compañía de Mar, que se regirán por sus legislaciones específicas.

*Artículo séptimo.*

Todo ascenso exigirá cumplir los tiempos de efectividad que se señalan en el artículo noveno y las condiciones de aptitud que para cada Escala y empleo se determinen en las disposiciones que desarrollen la presente Ley.

Con carácter general, las condiciones de aptitud a considerar serán las siguientes:

- a) Cumplir los tiempos mínimos de servicios efectivos y, en su caso de mando operativo.
- b) Cumplir las condiciones psicofísicas que, según edad y función se determinan.
- c) Superar los cursos que se exijan para garantizar una adecuada utilización de los medios y procedimiento propios de cada empleo.
- d) No tener informe negativo de la Junta de Clasificación de Mandos. De existir tal informe deberá ser conocido por el interesado y recurrible ante el Ministro de Defensa, quien resolverá definitivamente oído el Consejo Superior del Ejército.

*Artículo octavo.*

A efectos de determinar los tiempos de efectividad de servicios efectivos y de mando operativo que se señalan en el artículo anterior se entenderá como:

- a) Tiempo de efectividad: El transcurrido en posesión de un empleo.
- b) Tiempo de servicios efectivos: El de efectividad transcurrido prestando servicio en la organización militar como destinado o agregado, así como en aquellos otros destinos que en la normativa vigente en cada momento sobre situaciones militares así se reconozcan.
- c) Tiempo de mando operativo: El permanecido en aquellas Unidades u

LEGISLACIÓN

Organismos de carácter operativo que se determinen en las disposiciones que desarrollen la presente Ley.

*Artículo noveno.*

Los tiempos de efectividad que se exigen en cada empleo para el ascenso al inmediato superior, según las Armas, Cuerpos o Escalas de que se trate, serán los siguientes:

	Máximo — Años	Mínimo — Años
<b>Uno. Escala Activa de las Armas y de los Cuerpos de Intendencia y de la Guardia Civil:</b>		
a) En el empleo de General de División .....	—	1
b) En el empleo de General de Brigada o asimilado .....	—	1
c) En el empleo de Coronel. Clasificados para mandos superiores .....	—	2
d) Entre los empleos de Teniente, Capitán, Comandante y Teniente Coronel:		
— Clasificados para mandos superiores .....	28	24
— No clasificados .....	32	28
e) En el empleo de Comandante .....	8	6
f) Entre los empleos de Teniente y Capitán ...	13	13
g) En el empleo de Teniente .....	5	3
<b>Dos. Escala Activa de los Cuerpos Jurídico de Intervención de Sanidad de Farmacia y de Veterinaria:</b>		
a) En el empleo de General asimilado a General de Brigada .....	—	1
b) En el empleo de Coronel. Clasificados para mandos superiores .....	—	2
c) Entre los empleos de Teniente, Capitán, Comandante y Teniente Coronel:		
— Clasificados para mandos superiores .....	29	26
— No clasificados .....	32	29
d) En el empleo de Comandante .....	9	7
e) Entre los empleos de Teniente y Capitán ...	12	12
f) En el empleo de Teniente .....	4	3
<b>Tres. Cuerpo de Ingenieros de Armamento y Construcción:</b>		
a) En el empleo de General asimilado a General de Brigada .....	—	1
b) En el empleo de Coronel clasificados para mandos superiores .....	—	2

LEGISLACIÓN

c) Entre los empleos de Capitán, Comandante y Teniente Coronel:		
— Clasificados para mandos superiores . . . . .	24	21
— No clasificados . . . . .	27	24
d) En el empleo de Comandante . . . . .	9	7
e) En el empleo de Capitán . . . . .	7	7

El tiempo de efectividad a efectos de ascenso se contará a partir de la fecha, en que obtuvo el empleo de Capitán la promoción a que se pertenece.

Cuatro. Cuerpo Eclesiástico:

a) Entre los empleos de Teniente, Capitán, Comandante y Teniente Coronel . . . . .	26	23
b) En el empleo de Comandante . . . . .	7	5
c) Entre los empleos de Teniente y Capitán . . . . .	12	12
d) En el empleo de Teniente . . . . .	4	3

Cinco. Directores Músicos:

a) Capitán . . . . .	—	8
b) Teniente . . . . .	4	4

Seis. Cuerpo de Ingenieros Técnicos de Armamento y Construcción:

a) Capitán . . . . .	—	10
b) Teniente . . . . .	12	8

Siete. Cuerpo Ayudantes Técnicos Sanitarios:

a) De primera, asimilado a Capitán . . . . .	—	10
b) De segunda asimilado a Teniente . . . . .	12	8
c) De tercera asimilado a Subteniente o Brigada . . . . .	8	2

Ocho. Escalas especiales de Mando. Especialistas y Oficinas Militares:

a) Capitán EEM y EEE . . . . .	—	10
b) Capitán EE. Oficinas Militares . . . . .	—	5
c) Teniente . . . . .	12	8

Nueve. Escala Básica de Suboficiales y Suboficiales Músicos:

a) Brigada . . . . .	8	8
b) Sargento 1.º . . . . .	8	5
c) Sargento . . . . .	8	8

Diez. Escala de la Guardia Real, Legión, Subdirectores Músicos, Compañía de Mar, Suboficiales de la Guardia Civil y Escalas de Banda:

— Según su legislación específica.

Once. El ascenso a Coronel de los Tenientes Coroneles no clasificados para

## LEGISLACIÓN

mandos superiores, contemplado en los apartados uno a tres de este artículo no se producirá hasta que hubiese ascendido el que le preceda en antigüedad y que esté clasificado para dichos Mandos.

### *Artículo diez.*

Si en el momento en que corresponda un ascenso no se tienen cumplidas las condiciones para el mismo, se retrasará dicho ascenso al momento en que las tuviesen.

En el nuevo empleo le será asignada la antigüedad correspondiente a esta última fecha.

Por disposiciones que desarrollen la presente Ley se determinarán las circunstancias por las que no sea imputable al interesado la falta de condiciones para el ascenso, así como sus consecuencias.

Asimismo quedarán fijadas las condiciones en que se producirán los ascensos de los sometidos a procedimiento por aplicación del Código de Justicia Militar y de los condenados a penas que no supongan la baja definitiva del Ejército.

### *Artículo once.*

Los Coroneles clasificados para mandos superiores que a los seis años de efectividad en dicho empleo no hubiesen sido promovidos a General de Brigada o asimilado pasarán a la situación de reserva activa.

Los Coroneles no clasificados para mandos superiores pasarán a la situación de reserva activa al cumplir cuatro años de efectividad en dicho empleo.

### *Artículo doce.*

El ascenso a los distintos empleos de Oficial General se otorgará por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, por elección entre los de empleo inferior inmediato respectivo que hayan cumplido los tiempos mínimos de efectividad, se encuentren en la primera mitad del escalafón de su empleo, reunir las condiciones de aptitud necesarias y hayan sido incluidos en los cuadros de elección por el Consejo Superior del Ejército.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. El régimen de ascensos a los distintos empleos, consecuencia de lo establecido en la presente Ley, deberá alcanzarse, progresivamente, en un plazo no superior a los diez años, contados a partir de la entrada en vigor de la misma.

Segunda. Uno. Las clasificaciones a que se refiere el artículo tercero se iniciarán tan pronto como la Junta de Clasificación de Mandos disponga de los elementos necesarios para su funcionamiento.

Dos. Hasta que la Junta de Clasificación de Mandos no inicie las clasificaciones para el ascenso al generalato, los Coroneles que, al corresponderles el ascenso a General, sean rebasados en dicho ascenso por tres Coroneles más modernos de su Arma o Cuerpo pasarán a la situación de reserva activa.

Tercera. Salvo lo establecido en el apartado dos de la Disposición transitoria segunda, los pertenecientes a promociones no clasificadas en grupos o que no hayan alcanzado el régimen de ascenso de esta Ley seguirán rigiéndose en todo lo referente a tiempos de mando y destino, condiciones para el ascenso y forma de obtenerlo, en cuanto pueda beneficiarles, por lo preceptuado en las anteriores disposiciones vigentes.

## LEGISLACIÓN

Los tiempos de efectividad a exigir en cada empleo se irán adaptando progresivamente a lo establecido en la presente Ley.

Cuarta. El régimen de ascensos del personal de las Escalas declaradas a extinguir por la Ley 13/1974, de 30 de marzo, seguirá siendo el que se determina en la legislación específica de cada una.

### DISPOSICIONES FINALES

Primera. Cuanto se establece en la presente Ley será aplicado, en toda su extensión, a quienes ingresen en las distintas Escalas a partir de la fecha de publicación de la misma.

Segunda. Se autoriza al Gobierno para dictar las Disposiciones que desarrollen la presente Ley para las diferentes Armas, Cuerpos y Escalas del Ejército.

Tercera. El desarrollo de la presente Ley, en lo que se refiere al Cuerpo de la Guardia Civil, se efectuará conjuntamente por los Ministros de Defensa e Interior.

Cuarta. Por acuerdo del Consejo de Ministros se fijarán el número máximo de plazas a cubrir, anualmente, para ingreso en las distintas Armas, Cuerpos y Escalas del Ejército de Tierra.

### DISPOSICION DEROGATORIA

Salvo lo previsto en la Disposición transitoria tercera, queda derogada la Ley 12/1961, de 19 de abril, sobre ascensos de los Oficiales Generales y Particulares en el Grupo de Mando de Armas en la Escala Activa de las Armas y Cuerpos del Ejército de Tierra y sus normas complementarias, así como cuantas demás disposiciones se opongan a la presente ley.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a veinticuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno.  
LEOPOLDO CALVO SOTELO Y BUSTELO



## II. JURISPRUDENCIA

1. **Disentimiento. Delito de lesiones graves (Art. 420, 2.º, CP). Atenuantes 2.º, 4.º, 5.º y 9.º del art. 9.º CP. Art. 194, 1.º CJM. Determinación de la pena. Falta leve de primera embriaguez.**

*Sentencia de 17 de enero de 1979 (Capitanía General de Canarias).*—El día 12 de septiembre de 1976, sobre las veintitrés cero cinco horas, el Caballero Legionario J.S.C., sin antecedentes penales, perteneciente al Tercio Don Juan de Austria III de la Legión, cuando se encontraba bromeando con otros compañeros en el acuartelamiento de su Unidad, uno de ellos llamado S.P.F., le llamó "indito", ante lo cual el procesado, que se encontraba ligeramente embriagado por haber ingerido bebidas alcohólicas, pero sin que tal embriaguez llegara a anularle plenamente sus facultades mentales, ni hubiera sido buscada de propósito, ni fuera habitual en el mismo, reaccionó violentamente y cogiendo una banqueta que tenía las patas metálicas, la lanzó contra el citado S. P. F., con ánimo de agredirle, logrando éste esquivarla, por lo que la banqueta, al seguir su trayectoria, alcanzó en la sien izquierda al también Caballero Legionario L. L. A., cuando éste desprevenido se incorporaba en la cama, produciéndole lesiones y apresurándose a socorrerle el propio procesado, quien condujo al citado lesionado al botiquín para que fuera curado. El Caballero Legionario L. L. A., fue asistido de sus lesiones en el Hospital Militar de Las Palmas, donde originó gastos de curación que ascienden a 51.439 pesetas, habiendo tardado en curar de sus heridas 60 días, quedándole secuelas que motivaron su declaración de excluido total del servicio y la incapacidad permanente para el trabajo habitual que el ofendido desempeñaba en su vida civil (RESULT. I). *C. Guerra Ordinario:* Calificó los hechos como constitutivos de consumado de lesiones, previsto y penado en el artículo 420, número 2.º, del Código Penal, del cual responde en concepto de autor el procesado J. S. C., apreciándose la concurrencia de la circunstancia atenuante 4.ª del artículo 9 del Código Penal (preterintencionalidad), imponiendo al procesado las penas de UN AÑO DE PRISION MENOR Y MULTA DE 20.000 pesetas sustituibles en caso de impago por 20 días de arresto, con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, con el efecto especial de pérdida de tiempo para el servicio, siéndole de abono para el cumplimiento de la pena principal el tiempo que haya estado privado de libertad, declarándole civilmente responsable por las sumas de 51.439 pesetas a abonar al Hospital Militar de Las Palmas y de 700.000 pesetas a abonar al lesionado L. L. A. en concepto de indemnización por la incapacidad derivada de las lesiones sufridas. *Autoridad Judicial:* Acordó no prestar su aprobación a la Sentencia recaída, que se disiente por entender que el Consejo de Guerra ha incurrido en error

de Derecho, al no apreciar la circunstancia especial de agravación que para delitos comunes prevé el artículo 194, número 1, del Código castrense, cuando la infracción se comete, como en este caso, en lugar militar; proponiendo que el fallo que debe dictarse, con base en los propios hechos recogidos en el Primer Resultado de la Sentencia disentida, establezca que son legalmente constitutivos de un delito consumado de lesiones, previsto y penado en el artículo 420, número 2, del Código Penal, siendo autor del mismo el procesado y concurriendo en su comisión la circunstancia especial de agravación del artículo 194, número 1, del Código de Justicia Militar, así como la atenuante 4.ª del artículo 9 del Código Penal debiendo imponerse al procesado las penas de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DÍA DE PRISION MENOR Y MULTA de 80.000 pesetas, con las accesorias legales y el efecto militar de pérdida de su tiempo y antigüedad para el servicio y la obligación de volver al Ejército a cumplir en Cuerpo de Disciplina el tiempo que le reste de su empeño, manteniéndose la declaración de responsabilidad civil contenida en la Sentencia; acordando, en consecuencia, la remisión de los autos al Consejo Supremo para resolución del disenso, de conformidad con lo dispuesto, en el número 11 del artículo 52 del Código de Justicia Militar, previo cumplimiento de los trámites prevenidos en los artículos 802 y concordantes del citado Cuerpo Legal. *Fiscal Togado*: Se ratificó en su escrito de acusación, conforme al cual solicitó se impusieran al procesado las penas de UN AÑO DE PRISION MENOR Y MULTA DE 20.000 pesetas, como autor responsable de un delito consumado de lesiones del artículo 420, número 2, concurriendo la circunstancia especial de agravación del artículo 194, número 1, del Código Castrense y la atenuante 4.ª del artículo 9 del Código Penal (preterintencionalidad), como muy calificada, debiéndose mantener las responsabilidades civiles declaradas en la Sentencia, y además declararse la subsidiaria del Estado, Ramo de Ejército, respecto de esas cantidades. *Defensa*: Ratificándose en las conclusiones contenidas en su anterior escrito, y tras alegar las razones de hecho y de Derecho que consideró procedentes, solicitó se dictase Sentencia declarando que el procesado es autor de una falta contra las personas de simple imprudencia del artículo 586, número 3, del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes 4.ª y 9.ª del artículo 9 del propio Cuerpo Legal, debiéndosele imponer las penas de MULTA de 125 pesetas y REPRESION PRIVADA, con aceptación de las responsabilidades civiles declaradas y la subsidiaria del Estado propuesta por el señor Fiscal Togado. *C. S. J. M.*: *Revoca, entendiendo que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito consumado de lesiones graves, previsto y penado en el artículo 420, número 2, del Código Penal ordinario, sin que la circunstancia de ser la persona lesionada distinta de la que se proponía lesionar el Caballero Legionario, J. S. C., pueda suponer la falta de responsabilidad de éste, ya que el error en el golpe o aberratio ictus, es de naturaleza accidental y no destruye, por tanto, el carácter criminal del hecho, toda vez que el objeto jurídico del delito de lesiones es el hombre en general y no un hombre determinado. Y legalmente constitutivos, también, de la falta leve de embriagarse por primera vez, no estando de servicio, prevista y penada en el artículo 446 del Código de Justicia Militar (CONSID. I). Que del delito y la falta calificados en el Considerando anterior, es responsable en concepto de autor por su participación personal, voluntaria y directa, el Caballero Legionario J. S. C., de conformidad con lo determinado en el número 1 del artículo 14 del Código Penal común y número 1 del artículo 196 del Código de Justicia Militar (CONSID. II). Que de los hechos declarados probados resulta la concurrencia de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal 2.ª, 4.ª, 5.ª y 9.ª del artículo 9 del Código Penal común (CONSID. III). Que habiendo tenido lugar dentro del acuartelamiento del Tercio Don Juan de Austria III de la Legión, los hechos constitutivos del delito de*

*lesiones que se persigue en esta Causa, resulta de necesaria aplicación lo dispuesto en el artículo 194, número 1, del Código de Justicia Militar, y al no haberse hecho así en la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra implica el error de Derecho base del disentimiento con esa Sentencia, de la Autoridad Judicial de Canarias (CONSID. IV). Que una interpretación lógica del artículo 194 del Código de Justicia Militar nos lleva a la conclusión de que las infracciones comprendidas en él han de ser castigadas con la pena que le correspondiera en el Código Penal ordinario, impuesta en su grado máximo, o con el grado mínimo o medio de la inmediata superior, siendo la pena correspondiente en el Código Penal ordinario la resultante de aplicar las reglas del artículo 61 de dicho Código, porque no puede entenderse que el artículo 194 del Código de Justicia Militar, que tipifica delitos, específicamente militares y no contiene circunstancias especiales de agravación impiden apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Y como en el presente caso concurren varias circunstancias atenuantes y ninguna agravante, por aplicación de la Regla 5.ª del artículo 61 del Código Penal ordinario se vería rebajada en un grado la pena de prisión menor que señala el número 2 del artículo 420 de dicho Código; pero por aplicación de tal repetido artículo 194 del Código de Justicia Militar procede imponer en su grado mínimo la inmediata superior del Código Penal ordinario, es decir, la de prisión menor (CONSID. V). Que siendo preceptivo, según determinan los artículos 19, 101 y siguientes del Código Penal y artículo 202 y siguientes del Código de Justicia Militar, que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, por lo que vendrá obligada a reparar el daño causado y a indemnizar el perjuicio causado (CONSID. VI). Que también es preceptivo, según determina el artículo 217 del Código de Justicia Militar, el que para el cumplimiento de las penas de privación de libertad ha de abonarse en su totalidad la prisión preventiva sufrida por el delincuente, tanto si fuera rigurosa como atenuada (CONSID. VII). Que toda pena principal lleva consigo las accesorias que la Ley señala (CONSID. VIII). Condena al Caballero Legionario J. S. C., como responsable en concepto de autor de un delito de lesiones graves, en grado de consumación, previsto y penado en el artículo 420, número 2, del Código Penal común, en relación con el artículo 194 del Código de Justicia Militar, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes 2.ª, 4.ª, 5.ª y 9.ª, del artículo 9 del Código Penal, a las penas de UN AÑO, UN MES Y ONCE DIAS DE PRISION MENOR Y MULTA de 50.000 pesetas sustituible esta, caso de impago, por 2 meses de arresto, con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y con el efecto especial de pérdida de tiempo para el servicio, sirviéndole de abono para el cumplimiento de la pena privativa de libertad el tiempo que ha estado privado de ella por razón de los hechos perseguidos; y que en concepto de responsabilidades civiles abone al Hospital Militar de Las Palmas la cantidad de 51.439 pesetas por los gastos de curación del lesionado, y 700.000 pesetas al Caballero Legionario L. L. A., como indemnización por la incapacidad que le quedó a éste derivada de la lesión. Asimismo, y por la falta leve de embriagarse por primera vez, no estando de servicio, prevista y penada en el artículo 446 del Código de Justicia Militar, se le impone el correctivo de un mes de arresto.*

**2. Disentimiento. Delito de Malversación de caudales públicos (Art. 394, párrafo primero y núm. 3, y párrafo último, CP), en concurso con otro de Falsificación de documento oficial (Art. 302, párrafo primero y núm. 4, CP). Art. 71 CP. Circunstancia especial de agravación del Art. 194 - 4.º, C. J. M. Determinación de la pena.**

*Sentencia de 31 de enero de 1979 (Séptima Región Militar).—El procesado,*

Brigada de Caballería don E. Z. A., en su destino en la Academia del Arma de Caballería estaba encargado, entre otros cometidos, de la administración del Hogar del Soldado, para la que se le daban amplias atribuciones, tales como comprar directamente a los proveedores y llevar la contabilidad, de la que rendía cuenta mensualmente. Desde fecha no determinada de mediados del año 1974, pero que se puede situar en el mes de junio, el Brigada E. Z. A., con evidente propósito de obtener un beneficio económico, comenzó a sustraer parte de las cantidades recaudadas, que incorporaba a su patrimonio particular, y para salvar las diferencias que podrían advertirse en las liquidaciones mensuales, incluía en las relaciones valoradas de existencias mayor cantidad de las que efectivamente había. En el mes de junio de 1975, al hacerse cargo de la Jefatura de la Plana Mayor de la Academia de Caballería el Teniente Coronel don J. P. I., como observase que la última relación valorada de existencias ascendía a la cantidad de 537.102 pesetas, cifra que consideraba excesiva para atender a las necesidades del Hogar del Soldado, ordenó al Brigada E. Z. A. que redujera dicha cantidad, lo que originó para éste la imposibilidad de seguir ocultando las sustracciones efectuadas. Para salvar esta dificultad, a partir del mes de junio de dicho año, el procesado comenzó a solicitar de los proveedores el suministro de diversas partidas de viveres y bebidas, que no reflejó en la contabilidad, y que aquellos entregaban contra factura firmada por aquel, sin percibir total o parcialmente su importe, con lo que contaba con existencias reales en el citado Hogar, sin incluir, como ya se ha dicho, en la contabilidad. De esta forma el Brigada E. Z. A. sustrajo del Hogar del Soldado la cantidad de 358.234 pesetas, y dejó de abonar a los proveedores las siguientes cantidades: A don R. S. S. 48.038 pesetas; a don F. O. 2.340 pesetas; a don A. F. 12.436 pesetas; a don L. L. E. 36.803 pesetas; a don G. G. R. 7.614 pesetas; a don J. H. del M. 6.850 pesetas; y a don P. A. 9.372 pesetas, cantidades éstas que sumadas importan a su vez 123.453 pesetas (RESULT. I). *C. G. Ordinario*: Condenó al procesado don E. Z. A., como autor responsable de un delito consumado de malversación de caudales públicos, previstos y penado en el artículo 394, párrafo primero y número 3 del Código Penal, en concurso con otro de falsificación de documento oficial del artículo 302, número 4, de dicho Código —delito éste que el ser medio necesario para la comisión del anterior, no debe pensarse, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 del citado Código Penal—, concurriendo la circunstancia especial de agravación del artículo 194, número 4, del Código de Justicia Militar, a la pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA de presidio mayor, y a otra de inhabilitación absoluta por igual tiempo, con la accesoria militar de separación del servicio que le producirá el efecto de baja en el Ejército de Tierra, con pérdida absoluta de todos los derechos adquiridos en el mismo, excepto los pasivos que puedan corresponderle por los años de servicio, y el efecto, derivado de la pena de inhabilitación, de privación de empleo. Para cumplimiento de la pena privativa de libertad, se abonará al penado el tiempo que ha estado en prisión rigurosa o atenuada o privado de libertad por razón de la Causa, declarando que, en concepto de responsabilidad civil deberá abonar a la Academia de Caballería (Ministerio de Defensa) la cantidad de 481.687 pesetas. *Autoridad Judicial*: Estima que el Consejo de Guerra al enjuiciar los hechos de la presente Causa ha efectuado una interpretación racional de la prueba practicada, ya que no existe error notorio en su apreciación, siendo igualmente correcta la calificación jurídica y la estimación del concurso que entre ellos media, pero en cambio aquel no ha procedido con acierto a la fijación de la extensión de las penas de presidio mayor y de inhabilitación absoluta que impone, ya que por imperativo de la regla 2.ª del artículo 71 del Código Penal, de aplicación en el concurso que aprecia, y de la circunstancia especial de agravación del artículo 194, párrafo primero y número 4 del Código de

Justicia Militar, las penas de presidio mayor y de inhabilitación absoluta a imponer han de ser en extensión comprendidas, en el más favorable de los supuestos, entre ONCE AÑOS, CUATRO MESES Y UN DÍA Y DOCE AÑOS, así como tampoco se ha procedido acertadamente a la determinación de las penas accesorias y efectos que a las que el fallo señala corresponden, toda vez que el mismo omite la imposición de pérdida de empleo, que como efecto especial para la pena de presidio mayor establece el artículo 231, párrafo segundo del Código Castrense, de cuya pérdida de empleo se derivaría para los familiares, en su caso, la percepción de la pensión que el párrafo último del artículo 224 del Código Marcial preceptúa; ni impone tampoco el fallo la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, que es exigida para la pena de presidio mayor por el artículo 46 del Código Penal con los efectos privativos que se contienen en el artículo 35 del mismo Cuerpo Legal. Que es competencia de la autoridad Judicial la remisión de los autos al Consejo Supremo de Justicia Militar, según establece el artículo 798 del Código, en relación con el apartado 11 del artículo 52 del mismo Cuerpo legal, y que tal remisión es procedente en este caso, pues si bien la omisión que en la sentencia se advierte de penas accesorias y efectos podría ser subsanada en este trámite al amparo del artículo 800 del Código Castrense, adicionándola con los pronunciamientos omitidos, la circunstancia de que la pena impuesta por el Consejo de Guerra no lo ha sido en la extensión que preceptivamente viene determinada por los mandatos del artículo 71 del Código Penal y el 194 del Código de Justicia Militar, trae como consecuencia que dicha sentencia no sea ajustada a Derecho y hayan de ser remitidos los autos a aquel citado Tribunal. Por ello disiente la sentencia examinada, y eleva la causa al Consejo Supremo de Justicia Militar y propone se dicte fallo condenando al Brigada de Caballería don E. Z. A. como responsable en concepto de autor de un delito consumado de malversación de caudales públicos previsto y penado en el artículo 394, párrafo primero y número 3 del Código Penal, en concurso con otro de falsificación de documento oficial del artículo 302, número 4 del Código Penal, concurriendo la circunstancia especial de agravación del artículo 194, número 4, del Código Castrense, a la pena de ONCE AÑOS Y CINCO MESES de presidio mayor, con la accesoria, durante el tiempo de condena, de inhabilitación absoluta, y efectos privativos del empleo, honores y derechos que el artículo 35 del Código Penal señala, y el efecto especial de pérdida de empleo, que producirá la baja definitiva en los Ejércitos, con la privación de los grados, sueldos, pensiones y honores y derechos militares que correspondan al penado, así como la incapacidad para obtenerlos en lo sucesivo, y las consecuencias para sus familiares respecto al percibo de pensión que establece el artículo 224, párrafo último, del Código Castrense, y que asimismo se le condene a otra pena de inhabilitación absoluta por igual tiempo de ONCE AÑOS Y CINCO MESES, que se impondrá también con carácter principal, que llevará consigo la separación del servicio establecida en el artículo 221 del Código Castrense, con producción de la baja en el Ejército de Tierra y pérdida absoluta de todos los derechos adquiridos en el mismo, excepto los pasivos que pudieran corresponderle por sus años de servicio, en los términos que el artículo 224 del mismo Cuerpo legal señala, cumpliendo tal separación del servicio el efecto especial que el párrafo tercero del artículo 231 del mencionado ordenamiento establece. Abonando para la pena privativa de libertad el tiempo que ha estado en prisión rigurosa o atenuada o privado de libertad, y declarando en concepto de responsabilidad civil que deberá abonar a la Academia de Caballería (Ministerio de Defensa) la cantidad de 481.687 pesetas. *Fiscal Togado:* Entiende que la discrepancia del Capitán General se fundamenta en dos razones: Primera, en no haber procedido acertadamente el Consejo a la determinación de las penas accesorias y efectos que las principales deberían producir, pero ésta razón

motivadora de disenso entiende la Fiscalía Togada que no debió servir de base para la no aprobación de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 800 del Código Castrense, que reserva la facultad de adicionar al fallo sin necesidad de disentir las penas accesorias y sus efectos que se hubieren originado, aunque elevada a este Consejo Supremo aquellas deberán fijarse definitivamente en la resolución del Alto Tribunal. Y segunda razón, en la estimación de no haberse aplicado correctamente las dos penas principales impuestas, esto es, la de presidio mayor e inhabilitación absoluta que el Consejo aplicó en la extensión respectiva de DIEZ AÑOS Y UN DIA, y la Autoridad Judicial entiende que deben ser de ONCE AÑOS Y CINCO MESES, en ambos casos, por imperativo del artículo 194, número 4, del Código marcial. Pero entiende la Fiscalía Togada que el Consejo obró acertadamente al imponer la sanción con la agravación específica del artículo 194, que no exige otra cosa que la imposición de la pena señalada para el delito en el Código Penal ordinario en su grado máximo, o la superior en el mínimo o medio, y si el Consejo impuso DIEZ AÑOS Y UN DIA en que comienza el grado máximo de presidio mayor, se sigue de modo inexcusable que obró con prudente arbitrio y racionalidad en la cuantificación de la pena, sin que la estimación del Auditor que la fija de ONCE AÑOS Y CINCO MESES aparezca como justificación de disentir, lo que no quiere decir que la propuesta no sea igualmente ajustada a Derecho. Por lo tanto entiende la Fiscalía Togada pudiera dictar la Sala de Justicia sentencia en la que se ratifique la extensión de las penas a imponer, condenando al Brigada de Caballería don E. Z. A., como responsable de un delito consumado de malversación de caudales públicos previsto y penado en el artículo 394, párrafo tercero y número 1, del Código Penal, en concurso con otro de falsificación de documento oficial, medio necesario del artículo 302, número 4 del Código Penal, concurriendo la circunstancia específica de agravación del artículo 194, número 4, del Código Castrense, a la pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA de presidio mayor, impuesta con carácter principal, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y los efectos a que se refiere el artículo 35 del Código Penal, o sea, privación de todos los honores, empleos y cargos públicos, aunque fueren electivos, más la incapacidad para obtenerlos, según establece el número 3 de dicho precepto legal, efectos que para dicho Brigada deberán producir la baja en el Ejército en la forma que prescribe el artículo 224 del Código de Justicia Militar y las consecuencias para sus familiares del último párrafo de dicho precepto. Deberá igualmente ser condenado a otra pena principal de inhabilitación absoluta, (último párrafo del artículo 394 del Código Penal), la cual por tratarse de malversación lleva consigo la accesoria de separación del servicio, (artículo 221 del Código marcial), y cuyos efectos señala el artículo 224 incluso cuando se impone como accesoria, esto es, la baja del Ejército respectivo con pérdida absoluta de los derechos adquiridos, excepto los pasivos que pudieran corresponderle por sus años de servicio, y quedando sujeto a la Ley de Reclutamiento y Reemplazo que le fuera aplicable, cumpliendo tal separación del servicio el efecto especial que señala el párrafo segundo del artículo 231. Como responsabilidad civil se deberá imponer la señalada por la Autoridad Judicial. En el acto de la Vista el señor Fiscal Togado y el Defensor se ratificaron en sus respectivos escritos. C. S. J. M.: *Entiende que los hechos relatados en el Primer Resultado de esta sentencia son constitutivos de un delito consumado de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el artículo 394, párrafo primero y número 3 y párrafo último, del Código Penal, en concurrencia con otro de falsificación de documento oficial, previsto y penado en el artículo 302, párrafo primero y número 4, de dicho Código, delito éste de falsificación que por ser medio necesario para cometer el de malversación, debe pensarse de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 71 del repetido Cuerpo Legal*

(CONSID. I). *Que el abono a los proveedores del precio de los efectos adquiridos a que se ha hecho mención en el Primer Resultando, o de parte de aquel, por un importe total de 123.453 pesetas, no constituye delito ni falta, pues el procesado contrató con ellos en uso de las facultades que le habían sido conferidas, y aunque no los incluyó en la contabilidad que llevaba, la realidad es que ingresaron en el Hogar del Soldado, debiendo, por tanto, ser la Academia de Caballería la que satisface el importe de la deuda a los citados proveedores, pues si no aquella se enriquecería injustamente con el valor de los citados efectos (CONSID. II). Que de los delitos referidos en el Primer Considerando, es responsable en concepto de autor el Brigada de Caballería don E. Z. A., por su participación personal, voluntaria y directa en los hechos, de conformidad con lo establecido en el artículo 196, número 1, del Código de Justicia Militar (CONSID. III). Que concurre la circunstancia especial de agravación del artículo 194, párrafo primero y número 4, del Código de Justicia Militar (CONSID. IV). Que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 202 del Código de Justicia Militar (CONSID. V). Que para el cumplimiento de las penas de privación de libertad se abonará en su totalidad la prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación del procedimiento, tanto si fue rigurosa como atenuada, según lo preceptuado en el artículo 217 del Código de Justicia Militar (CONSID. VI). Condena al Brigada de Caballería don E. Z. A., como responsable en concepto de autor de un delito consumado de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el artículo 394, párrafo primero y número 3 y párrafo último, del Código Penal, en concurso con otro de falsificación de documento oficial, del artículo 302, párrafo primero, y número 4 del Código Penal, siendo este delito medio necesario para cometer aquel concurriendo la circunstancia específica de agravación del artículo 194, párrafo primero y número 4, del Código de Justicia Militar, a la pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRESIDÓ MAYOR, impuesta con carácter principal, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, que preceptúa el artículo 46 del Código Penal, y efectos privativos de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviera el penado y de los demás derechos que el artículo 35 del Código Penal señala, y el efecto especial de la pérdida de empleo, que producirá la baja definitiva en los Ejércitos, con la privación de los grados, sueldos, pensiones, honores, y derechos militares que correspondan al penado, así como la incapacidad para obtenerlos en lo sucesivo, con las consecuencias para sus familiares respecto al percibo de las pensiones que establece el párrafo último del artículo 224 del mismo Cuerpo Legal; y asimismo le condena, con arreglo a lo preceptuado en el último párrafo del artículo 394 del Código Penal, a la pena de inhabilitación absoluta por igual tiempo de DIEZ AÑOS Y UN DIA, que se impondrá también con carácter de principal, y que llevará consigo la separación del servicio establecida en el artículo 221 del Código de Justicia Militar —entendiendo que tal separación es sin perjuicio de la aplicación preferente de la pérdida de empleo impuesta como efecto de la pena de presidio mayor—, que producirá los efectos de baja en el Ejército de Tierra, con pérdida absoluta de todos los derechos adquiridos en el mismo, excepto los pasivos que puedan corresponderle al penado por sus años de servicio, en los términos que el artículo 224 del mismo Cuerpo Legal señala, cumpliendo tal separación del servicio el efecto especial que establece el párrafo 3 del artículo 231 del citado Código. Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, se abonará al penado, en su totalidad, la prisión preventiva sufrida durante la tramitación de este procedimiento. En concepto de responsabilidad civil, deberá abonar a la Academia de Caballería (Ministerio de Defensa) la cantidad de 358.234 pesetas, en restitución de lo malversado.*

**3. Disentimiento. Delito de Deserción calificada (arts. 370-1.º/371-1.º, y 373,**

**CJM). Escalamiento. Deserción simple (Arts. 370-1.º y 372, CJM). Informe médico sobre la personalidad del procesado. Personalidad psicopática.**

*Sentencia de 31 de enero de 1979. (Segunda Región Militar).*—El día 4 de julio de 1977 y sobre la una treinta horas, el Artillero segundo con destino en el Grupo Mixto de Misiles S. A. M., E. Y. M., se ausentó de su acuartelamiento por la alambrada de la zona de las Residencias de Oficiales y Suboficiales y sin autorización para ello se dirigió a la barriada de Campamento desde donde se trasladó a las Plazas de Algeciras y Torremolinos, permaneciendo en ignorado paradero y fuera del control militar hasta las veinte horas del día 9 de julio de 1977, fecha en que regresó voluntariamente a su acuartelamiento. El procesado E. Y. M. ha sido sometido a observación psiquiátrica comprobándose por dictamen del Tribunal Médico que se trata de una personalidad psicopática, con ligeras alteraciones de conducta sin que se le comprueben trastornos psíquicos en actividad, habiendo sido corregido anteriormente por hechos cometidos en el mes de enero de 1977, y constitutivos de una falta grave de deserción en Expediente Judicial número diez de dicho año con DOS MESES Y UN DIA DE ARRESTO MILITAR (RESULT. I). *C. G. Ordinario:* Calificó los hechos como constitutivos de un delito consumado de deserción calificada, previsto en los artículos 370, primero, y 371, primero, del Código de Justicia Militar y penado en el artículo 373 del mismo Código, del que considera autor al procesado E. Y. M., imponiéndole una pena de dos años de prisión militar con sus accesorias; abono de prisión preventiva por razón de esta causa y sin que hayan responsabilidades civiles que declarar. *Autoridad Judicial:* Disiente la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra por cuanto aquel se basó para cualificar la deserción en el hecho de que el procesado se ausentó de su acuartelamiento, saltando la alambrada por la zona de las residencias de Oficiales y Suboficiales, incurriendo en error notorio en la apreciación de las pruebas, ya que, prescindiendo de la evidente disminución mental que trasciende del informe médico y del señalado infantilismo que aprecia en el procesado su Jefe natural, es lo cierto que la expresión saltar, recogida en la sentencia, no aparece en las actuaciones; que, sin desconocer la extensión que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo confiere al término escalamiento (a efectos gramatical o etimológico hace referencia a la utilización de escalas, lo que difícilmente puede cohonestarse con una alambrada y por último que al no constar en autos la naturaleza, forma o dimensiones de la alambrada ni el medio o procedimiento empleado por el desertor para superarla, no puede concluirse en contra del reo que lo hiciera por escalamiento. En consecuencia considera que el delito cometido es el de deserción simple del artículo 370, primero, sancionado en el 372 del Código de Justicia Militar, por lo que procede imponer al procesado una pena de SEIS MESES Y UN DIA de prisión militar con la accesoria de destino a un Cuerpo de Disciplina y con el efecto de pérdida de tiempo para el servicio, debiendo servirle de abono la prisión preventiva sufrida. *Fiscal Militar:* Entiende que la Sentencia debe ser confirmada en sus propios términos, ya que a la vista de las manifestaciones del interesado al declarar que se ausentó del acuartelamiento por la alambrada y que ésta no estaba rota y del informe del Juez Instructor en el que se dice que abandonó el acuartelamiento saltando por una alambrada, queda claro que se ausentó saltando por sitio prohibido y en el que no estaba rota la valla que circunda aquél, por lo que la calificación del Consejo de Guerra es correcta. La *Defensa* se ratifica en su anterior escrito, considerando que si el desertar implica enfrentamiento al cumplimiento del servicio militar o negarse a cumplir el servicio de armas, esa no fue la intención de su patrocinado, lo que unido al informe médico y a la declaración de su superior inmediato ya mencionados, hace a que aquél esté



exento de responsabilidad. C. S. J. M.: *Revoca, entendiendo que fundamentado el disentimiento en una cuestión de hecho, derivado, a juicio del Auditor, de un notorio error en la apreciación de la prueba, se hace necesario examinar y valorar las actuaciones referentes al medio utilizado para ausentarse del acuartelamiento, ya que no consta en la Causa hubiera habido una inspección ocular, y del estudio de aquellas se desprende que sólo en una declaración del procesado se dice que "salió por la alambrada" (folio 8), y luego en el acto de celebración del Consejo de Guerra (folio 76), a preguntas del Fiscal, vuelve a manifestar que el lugar por donde salió era la alambrada y que ésta no estaba rota. El Fiscal Militar, en su escrito de conclusiones provisionales (folio 52), coincide con esta versión al decir que, se ausentó... haciéndolo por la alambrada y tan sólo en el primer resumen del Juez Instructor (folio 20) se habla de saltar la alambrada, afirmación que al no estar apoyada en pruebas o declaraciones obrantes en la Causa no puede servir para fundamentar una aseveración como la que hace el Consejo de Guerra, ya que en este primer resumen es el único lugar donde se habla de saltar, sin que en el segundo resumen (folio 45 v.) vuelva a emplearse dicho término haciendo referencia a que salió por la alambrada. De todo ello se deduce que al no estar notoriamente probado que el medio para ausentarse del acuartelamiento fue el de saltar la alambrada, se hace preciso, aún admitiendo una duda razonable sobre la forma de marcharse, aplicar el principio penal de "in dubio pro reo", lo que lleva a la conclusión de no poder aplicar la circunstancia calificativa de escalamiento (CONSID. I). Que por ello, los hechos relatados en el Primer Resultando de esta sentencia han de incardinarse en el artículo 370, número uno, que es sancionado en el 372, ambos del Código de Justicia Militar, que definen el delito de desertión simple (CONSID. II). Que el mencionado delito, en grado de consumación, es responsable en concepto de autor el procesado E. Y. M., a tenor de lo establecido en el número 1 del artículo 196 del Código de Justicia Militar (CONSID. III). Que si bien no se aprecian circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la Sala de Justicia, al graduar la pena, toma en consideración el informe médico sobre la personalidad del procesado (CONSID. IV). Que a tenor de lo preceptuado en el artículo 217 del Código de Justicia Militar, le será de abono para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que haya de imponerse al encartado, la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por el mismo a resultas de esta Causa (CONSID. V). Condena al Artillero segundo E. Y. M., como autor de un delito consumado de desertión simple, definido en el artículo 370, número 1, y sancionado en el 372, ambos del Código de Justicia Militar, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MILITAR con la accesoría de destino a Cuerpo de Disciplina y con el efecto de pérdida de tiempo para el servicio, debiendo servirle de abono la prisión preventiva sufrida por razón de esta Causa.*

**4. Disentimiento. Delito de Sedición. Arts. 295, 299 y 302, C. J. M. Sentencia de 7 de febrero de 1979. (Tercera Región Militar).**—El día 25-2-77 y cuando salía de un bar de Valencia, el soldado procesado J. F. T. con otros compañeros, una chica, a la que no conocían, les entregó unos panfletos que contenían una serie de reclamaciones y peticiones dirigidas a que se les concediera a los soldados transportes gratis y dos rebajas al mes de viernes a lunes, o diez días de permiso cada dos meses, así como otras informaciones y artículos tendenciosos, y proponía como medio de protesta ante los superiores que el día 5 de marzo no se comiera el postre del mediodía y a retreta se rompiera filas en silencio. De estos panfletos uno al menos fue llevado a la Compañía por el soldado J. F. T., quien, tras confabularse con otros compañeros para que se siguiesen las consignas del panfleto, cuya existencia no se puso en conocimiento de los superiores, incitaron a los demás Cabos y soldados en la siguiente forma: el soldado J. F. T., propagando las ideas vertidas en el panfleto y recriminando luego a los que no las habían seguido, el Cabo A. LL. C. que además de incitar a sus compañeros a no comer el postre trató

de organizar una vigilancia para que no se comiera, y que a pesar de su condición de Cabo no dio cuenta a sus superiores de la existencia de la propaganda panfletaria. El soldado J. N. P. que se destacó entre sus compañeros tanto a la hora de la comida del mediodía como a la del toque de retreta del ya citado día primero de marzo recomendando seguir las instrucciones del panfleto y sobre todo a que guardaran silencio al romper filas; el soldado C. M. O., quien durante la comida del mediodía partió en pedazos las naranjas que había para postre arrojándolas a las sobras a fin de evitar que fueran comidas por sus compañeros de mesa; el soldado L. M. A., quien al incorporarse a la formación de retreta del citado primero de marzo amenazó a sus compañeros diciendo que al que gritase al romper filas le pegaría "dos hostias"; el soldado J. B. A. que recomendó no comer postre y que a la hora del toque de retreta animaba a sus compañeros a secundar las consignas. Todos los procesados carecen de antecedentes penales y han observado buena conducta militar (RESULTANDO I). *C. G. Ordinario:* Calificó dichos hechos como constitutivos de un delito consumado de sedición previsto y penado en el art. 302 del C. J. M. del que considera autores a los procesados Cabo A. LL. C. y a los soldados J. F. T., C. M. O., L. M. A. y J. N. P., sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal y sin que haya responsabilidades civiles que exigir condenando al Cabo A. LL. C. y al Soldado J. F. T. a un año de prisión con accesoria militar de deposición de empleo para el primero y a los soldados C. M. O., L. M. A. y J. N. P. a seis meses y un día con las accesorias para todos los condenados de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, efecto de pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad de aquél que dure la condena; debiendo servirle de abono para el cumplimiento de la pena privativa de libertad el tiempo que hayan estado en prisión por razones de estos hechos, y absolviendo a J. M. B. A. por el delito de sedición por el que había sido procesado. El Consejo llama la atención de la Autoridad Judicial respecto a la conducta de J. M. B. A. por si fuera constitutiva de una falta de Art. 443 del C. J. M., de infracción de un deber militar o inferir perjuicio al buen régimen de los Ejércitos, por si procediera su corrección en vía gubernativa o de mando, sirviéndole de abono, en su caso, el tiempo que permaneció privado de libertad por razón de estos hechos. *Autoridad Judicial:* Disiente la sentencia, porque si bien los hechos probados están de acuerdo con la prueba obrante en estos hechos, hay otros hechos igualmente probados que no se relatan, omisión que ha de influir en el momento de la formación de juicio; así, no se recoge la procedencia de la propaganda, la concreta actuación de B. A., ni el comportamiento subsiguiente de los propios procesados y de los demás soldados, debiendo ampliarse por ello la declaración de hechos probados de la sentencia. No muestra su conformidad con la calificación pues estima que los hechos son incriminables en el Art. 295 del C. J. M., definidor y sancionador del delito de sedición, por los razonamientos que expone y recogen en el Primer Considerando de esta sentencia, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, del que resultan, autores los procesados Cabo A. LL. C., soldados J. F. T., C. M. O., L. M. A., J. N. P. y J. M. B. A., debiendo ser condenado el Cabo LL. C. y el soldado F. T. a cuatro años de prisión militar con las accesorias de deposición de empleo y destino a un cuerpo de disciplina por el tiempo que después deban servir en filas, descontándose para todos los efectos de la condena, y el efecto de pérdida de tiempo y antigüedad de un período de tiempo igual al que comprendan las condenas; y a los soldados M. O., M. A. N. P. y B. A., tres años y un día de prisión militar, que llevará consigo las mismas accesorias y efectos, sirviéndole de abono a todos los condenados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, el tiempo que hayan estado privados de ella a resultas de esta Causa y sin que haya lugar a exigir responsabilidades civiles. Igualmente recogien-

do el Otrrosí del Auditor, la Autoridad Judicial trasladada a este Consejo Supremo la llamada de atención que en el mismo se contiene, relativa a que, si procediera, el Fiscal Togado pudiera ejercitar las acciones judiciales pertinentes en esclarecimiento y depuración de las responsabilidades exigibles deducidas de que los hechos enjuiciados son similares a otros producidos en unidad de acto en diferentes guarniciones del territorio nacional. *Fiscal Militar*: Entiende que los procesados Cabo A. LL. C. y los soldados J. F. T., C. M. O., L. M. A., J. N. P. y J. M. B. A., están incurso en el art. 295 del C. J. M., pues son hechos probados que existió entre ellos y otros soldados en número superior a cuatro acuerdos tácito para llevar a cabo la consigna difundida por el periódico de La Federación de Soldados y Marineros Demócratas para lograr de forma pasiva unas pretendidas reivindicaciones, llegando a este convencimiento porque en la declaración del encartado F. T., consta que una chica le entregó un folleto similar al que figura en la Causa, que llevó al cuartel y en el que se convoca a los soldados para que el día primero de marzo en la comida del mediodía no tomaran postre y en la formación de retreta se rompieran filas en silencio; se distinguieron en la difusión e imposición de las consignas el Cabo LL. C. y los soldados F. T., M. O., M. A. y B. A., hasta el punto de adoptar diversas medidas para que el citado día no se comiera el postre y se rompieran filas en silencio, siendo evidente por la exposición de los hechos, la existencia de una amplia organización empeñada en sembrar el descontento dentro de las Fuerzas Armadas y que el Fiscal Militar en la vista del Consejo de Guerra, amplía su acusación de que todos estos actos responden a campañas perfectamente organizadas como lo demuestra la fotocopia obtenida del periódico "Combate", donde se publica el auto de procesamiento y una serie de especies sobre persecución de los soldados en distintas guarniciones y en especial por los encartados en el Consejo de Guerra de Valencia, por lo que considera el Fiscal Militar pudiera la Sala resolver el disenso planteado, condenando al Cabo A. LL. C. y al soldado J. F. T., a cuatro años de prisión militar, con la accesoria de deposición de empleo en cuanto al primero, y a los soldados C. M. O., L. M. A., J. N. P. y J. M. B. A. a tres años y un día de prisión militar, con las accesorias para todos ellos de destino a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que después deban de servir en filas, descontándoseles para todos los efectos el de la condena, y el efecto pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad de un periodo de tiempo igual al que comprenden las condenas, sirviéndoles de abono para el cumplimiento de la pena privativa de libertad el que hayan permanecido en prisión por razón de esta Causa y sin que haya lugar a exigir responsabilidades civiles. El Fiscal Militar llama respetuosamente la atención de la Sala, por si estima oportuno hacer llegar a las Autoridades Jurisdiccionales, la necesidad de esclarecer hechos similares producidos por campañas nacionales perfectamente organizadas por la Federación de Uniones de Soldados y Marineros Demócratas, que pretenden conseguir mediante resistencia pasiva y colectiva sembrar el descontento en los cuarteles con consignas inicialmente humanitarias, pero que en conjunto representan un ataque colectivo a los deberes militares. Todas las características y morfología de las mismas definen la consecución de los objetivos de sedición, el más atroz de los delitos que se conocen en la milicia y donde la justicia debe actuar con mayor severidad mediante el ejercicio de acciones previstas para el esclarecimiento y depuración de responsabilidades empeñadas en imponer la fuerza del número frente a las directrices del mando militar y debilitar por comparaciones e insinuaciones la cohesión y unidad del Ejército y las Fuerzas de Orden Público. El *Defensor* de LL. C. y J. N. P., acepta en principio los hechos del Ministerio Fiscal, pero considera que para un mayor conocimiento de la verdad es necesario completarlo con determinadas matizaciones, como que los actos no alcanzaron gravedad alguna, ya que el haber dejado de comer el postre no constituye infracción de deber militar, ni existe insubordinación

ni acción tumultuaria, entendiendo que los hechos, de existir infracción deberían quedar recogidos dentro del campo de las faltas leves del Art. 443 del C. J. M., entendiendo por lo tanto que sus defendidos no son responsables de delito alguno y propone la absolución de los mismos; el *Defensor* del soldado J. F. T., presta su conformidad con la cronología de los hechos pero no al carácter e intencionalidad, pues se omite que no sólo su defendido llevó panfletos al cuartel, sino que fueron más soldados y a otro, no a él, al que el Sargento de Semana se lo recogió, que no comió postre pero que tampoco lo hicieron otros treinta y tres y no gritó al romper filas, pero excepto dos soldados, nadie de la Compañía lo hizo, considera que su defendido no es autor de delito alguno, sino de una falta del art. 443 del C. J. M., solicitando la absolución de su patrocinado. El *Defensor* de C. M. O., L. M. A. y J. M. B. A., presta su conformidad en cuanto al desarrollo de los hechos, pero no está de acuerdo con el matiz que se presenta de los mismos, ya que unos comentarios sobre peticiones manifestadas en propaganda de F. U. M. S. D. no presupone acuerdo tácito para llevar a cabo acciones que pudieran desembocar en sedición, considerando por lo tanto que sus defendidos no son responsables de delito alguno y si de falta leve del art. 443 del C. J. M., solicitando su absolución. Manifiestan los Defensores la inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal así como de responsabilidades civiles. C. S. J. M.: *Entiende que el disenso versa sobre la distinta calificación que a los hechos ocurridos dan el Consejo de Guerra y el Auditor. El primero de ellos estimando que son constitutivos de un delito consumado de sedición del art. 302 del C. J. M. y el segundo incardinándolos, también como delito consumado de sedición, pero del art. 295 del mismo Código. Razona su calificación el Consejo de Guerra porque considera que los procesados siguiendo las consignas dadas en unos panfletos que se ventaban repartiendo por todo el territorio nacional y que fueron introducidos en la Compañía a que pertenecen y en los que se hacía una llamada a los soldados, que, bajo capa de conseguir una serie de mejoras en los cuarteles, mostraba una clara intención política, comenzaron a crear el ambiente apropiado para que sus compañeros secundaran tales consignas, las cuales atentaban claramente a la disciplina castrense, por cuanto animaban a las tropas a adoptar posturas por completo ajenas a la vida en el cuartel y a manifestar sus peticiones y protestas de modo no ajustado a las leyes y que en el fondo de las mismas se reflejaba una evidente finalidad política y una clara tendencia a sembrar el malestar y el descontento entre la tropa. Los procesados fueron sentando entre sus compañeros la idea de que las reivindicaciones a que hacía referencia la propaganda eran justas, por lo que debían hacerlas suyas, valiéndose para ello en unos casos de explicaciones sobre el significado de las peticiones, en otros de medios subrepticios como la amenaza o la presión psicológica, hasta crear en la Compañía una conciencia común favorable a la manifestación pasiva colectiva, con lo que entre los soldados y ante las promesas que en los panfletos se les hacían, nació un clima de disgusto en el servicio. Por su parte, el Auditor estima que son inculpanbles en el art. 295 del C. J. M., definidor y sancionador del delito de sedición, puesto que previo concierto tácito entre los procesados y otros soldados en número muy superior a cuatro, todos pertenecientes a la COE num. 32, se resistieron unos y otros a cumplir sus deberes, aunque sin tumulto, requisito este sólo indispensable para hacer reclamaciones o peticiones, materializándose la acción en no dar la voz acostumbrada de ¡COE! estando formada la fuerza para la lista de retreta, siquiera observasen el mandato superior y previo de romper las filas, y en abandonar el postre en la primera comida (acto de servicio) de la misma fecha, con la intención de forzar la consecución de unas pretendidas reivindicaciones, acordes con la campaña orquestada por la Federación de Uniones de Soldados y Marineros Demócratas de las FAS cuyo portavoz periodístico conocían, y como protesta por los Consejos de Guerra celebrados en distintas Guarniciones, al menos en el ánimo de la propaganda cuyas consignas secundaban, siendo promotores los procesados por sus*

actos eficaces de incitación y sugerencia. Delito aquél cuya calificación se estima la correcta y no el comprendido en el art. 302 del Código castrense, que es el aplicado en la sentencia, pues en el supuesto contemplado no sólo hubo difusión por los procesados de especies entre la tropa que pudieran producir disgusto o tibieza en el servicio, o mejor, insubordinación, sino que aquella fructificó en el resto del personal de la Unidad, adoptándose por los procesados y por la Fuerza seducida, una actitud levantisca y generalizada, por lo que es obvio se promovió un ataque colectivo a la disciplina militar, que es obligado encuadrar en el repetido art. 295 que tipifica el delito de sedición propia, de modo concreto y particular, sin que por tanto se pueda acudir a las figuras de sedición impropia de los art. 301 por el que en principio fueron procesados los encartados, o el 302, ambos del Código castrense, que sirvió de base a las condenas, salvo para el soldado J. B., que inexplicablemente resultó absuelto (CONSID. I). Que la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, al calificar los hechos declarados probados en el Primer Resultando de esta sentencia, ha de separarse tanto de la calificación del Consejo de Guerra como de la del Auditor, por cuanto su encaje legal se encuentra en el art. 299 del C. J. M., que recoge, también como delito de sedición, las actitudes de los que celebren reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio, actitudes que se han dado en el proceso seguido desde que se recoge el panfleto, en las reuniones que tuvieron en grupos más o menos numerosos, y en diversas ocasiones los encartados con sus restantes compañeros para tratar de conseguir a través de los medios aconsejados en el folleto, los fines que en el número se indicaron y que no cabe duda que todos ellos han de considerarse asunto relativo al servicio, sin que la exigencia que el Código castrense recoge en el mencionado artículo de que sean cuatro o más haya de tener que interpretarse en el sentido de que la reclamaciones o reuniones tengan que ser siempre de cuatro al menos y coetáneos en el tiempo, sino más bien que dicho número ha de referirse a los que participan en las reclamaciones y en las reuniones aunque físicamente no estén conjuntamente en los mismos actos, dándose asimismo el requisito de la clandestinidad por cuanto en ningún momento los encartados solicitaron permiso de sus jefes respectivos para tratar de la finalidad que se proponían. En relación con la improcedencia de aplicar el art. 302 del C. J. M., el Auditor recoge la argumentación precisa que ya se ha reflejado en el primero Considerando de esta sentencia y respecto a la no posible incardinación en el 295 basta observar que en los hechos de autos no se dan los requisitos exigidos para dar vida al delito mencionado, por cuanto no hubo desobediencia a órdenes recibidas ni se resistieron a cumplir sus deberes, ni hicieron reclamaciones ni peticiones tumultuariamente como exige la última parte del artículo mencionado en su párrafo primero, expresión ésta, la de tumulto, que significa desorden, alboroto, confusión (CONSID. II). Que en lo que se refiere a la participación en los hechos de autos de J. M. B. A. es evidente que el Consejo de Guerra incidió en notorio error de hecho al absolverle, pues evidentemente ha quedado demostrado a lo largo de la Causa, como bien recoge el Auditor en su disenso, que participó en la confabulación existente, manifestando externamente su actitud al recomendar que no se comiese posire ni se gritase al romper filas. (CONSID. III). Que del mencionado delito consumado de sedición del art. 299 del C. J. M., son responsables en concepto de autores por su participación directa en la ejecución del hecho, de acuerdo con lo previsto en los arts. 195 y 196 del C. J. M., los procesados Cabo A. LL. C. y soldados J. F. T., C. M. O., J. N. P., L. M. A. y J. M. B. A., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la sentencia. (CONSID. IV). Que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. (CONSID. V). Que no existen responsabilidades que exigir. (CONSID. VI). Que la Sala a la hora de imponer las penas lo hará de acuerdo con lo previsto en el art. 192 del C. J. M., en la extensión que considere justa para cada uno de los procesados (CONSID. VII). Condena como autores del expresado delito consumado de sedición del Art. 299 del C. J. M. al

Cabo A. LL. C. y al soldado J. F. T. a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION MILITAR a cada uno de ellos, con la accesoria militar de deposición de empleo para el primero; a los soldados C. M. O., L. M. A. y J. N. P. a la pena de UN AÑO DE PRISION MILITAR para cada uno y a J. M. B. A. a una pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MILITAR, y el efecto para todos los condenados de pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad por aquel que dure la condena, debiendo servirle de abono para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta el tiempo que hayan estado en prisión por razón de esta Causa.

**5. Disentimiento. Delito de Sedición (Art. 302. C. J. M.). Delito de Injurias al Ejército (Art. 317, C. J. M.). Concurso ideal (Art. 238, C. J. M.). Culpable paisano. Sentencia de 7 de febrero de 1979. (Sexta Región Militar).—**Sobre las 17 horas del día 15 de octubre de 1977, como el procesado paisano J. E. L. O. observará que una persona, que resultó ser el Sargento don J. F. A., despegaba un cartel de la ilegal organización denominada Federación de Uniones de Soldados y Marineros Demócratas, según podía leerse en el pie del mismo y de los muchos que aquella tarde habían sido adheridos en las paredes de los edificios de la ciudad de Burgos, después de recriminar al citado Sargento su actitud, procedió a pegar otro idéntico, valiéndose para ello de un cubo y una brocha, en la fachada del Arco del Pilar, próximo a la calle de San Lorenzo, distante unos 500 metros del edificio de Capitanía General de la VI Región Militar y a menos distancia aún de varios bares que suele frecuentar el personal de tropa del Ejército y principalmente en las tardes de los sábados como la de autos. En la parte superior del aludido cartel se representa un soldado tras una reja y, a ambos lados de dicha figura, una relación de nombres seguidos de la abreviatura, "etc. etc.". Debajo de lo anterior se lee el siguiente texto: "Son más de 50 los detenidos o pendientes de proceso por motivos políticos y sindicales, por ser objetores de conciencia o por demandar mejores condiciones de vida en los cuarteles. No habrá verdadera democracia sin que sean puestos en libertad estos hombres y se nos reconozca a los militares los mismos derechos que al resto de los ciudadanos. Libertad para los soldados detenidos". (RESULT. 1). *C. G. Ordinario:* Calificó los hechos como constitutivos de un delito consumado de sedición del art. 302 del C. J. M. ya que su contenido es claramente atentatorio al régimen, disciplina e intereses del Ejército, del que es responsable en concepto de autor el procesado J. E. L. O., sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ni haya civiles que exigir, imponiéndole una pena de seis meses y un día de prisión con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena. *Autoridad Judicial:* Disiente la sentencia, estimando que el fallo no se ajusta a Derecho, pues califica aquellos como constitutivos de un delito de sedición del Art. 302 del Código Castrense, cuando en realidad, deben serlo de un delito de injuria clara o encubierta a los Ejércitos, del at. 317 del mencionado Código, por cuanto por el hecho de haberse colocado el cartel injurioso en una vía pública de Burgos, no concurre el requisito exigido por el art. 302 de "verter entre las tropas" la especie que pudiera infundir disgusto o tibieza en el servicio, y al faltar este elemento de tipicidad, no es posible mantener la calificación aplicada por el Consejo de Guerra, ya que debieron ser incardinadas, como se ha dicho, en un delito de injurias al Ejército del Art. 317 ya mencionado. Estima que tanto la representación de un soldado entre rejas, como el texto del cartel alusivo a detenciones y procesos en el Ejército por motivos políticos o sindicales, objeción de conciencia o demandas de mejores condiciones de vida en los cuarteles, revisten un contenido injurioso, claro o encubierto, que por el medio de publicidad empleado constituye una ofensa a los Ejércitos. Mantiene el resto de los pronunciamientos, incluso la extensión y naturaleza de la pena impuesta y de sus accesorias. *Fiscal*

*Togado:* Entiende que los hechos ocurridos constituyen, como los califica el Consejo de Guerra, un delito de sedición del art. 302, pues, concurren en el mismo los elementos que tipifican dicha infracción, que no es de naturaleza esencialmente castrense: a) utilizar medios mecánicos de publicidad o difusión, como el tan repetido cartel, y b) verter especies que indudablemente infunden "disgusto o tibieza en el servicio", pues si bien la publicidad de las especies sediciosas no se hizo en forma directa "entre las tropas", el medio empleado y circunstancias de su difusión evidencian el manifiesto propósito de que llegasen a conocimiento de aquella, lo que integra el mismo delito, como reconoce la sentencia de 16 de septiembre de 1933, aclarando una sentencia posterior, de 30 de mayo de 1953, que es suficiente que la excitación sediciosa vaya dirigida a las tropas, aunque no conste que el impreso ha llegado a poder de los soldados. Por ello discrepa de la Autoridad Judicial y propone la confirmación en todos sus puntos de la sentencia disidentida. La *Defensa* ratifica sus anteriores escritos y se muestra conforme con el Auditor en cuanto que éste no ofrecía la existencia del delito de sedición, que implica actos de rebeldía contra los poderes o Autoridades públicas para llegar por medio de la fuerza o fuera de las vías legales a impedir el libre ejercicio de la autoridad o ejercer algún acto contra sus agentes. Analiza luego las razones por las que el cartel que motiva estas actuaciones no puede incardinarse en dicho delito. Por otra parte, muestra su disconformidad con la existencia de un delito de injurias al Ejército, por cuanto en los hechos objeto de esta Causa no aparece ni se deduce "animus injuriandi", circunstancia imprescindible para la tipificación del delito. Por último hace una referencia a la Constitución recientemente aprobada, en la que desaparece la competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de estos supuestos, si bien reconoce que aún no se ha promulgado la norma legal que modifique el Código de Justicia Militar. Termina solicitando la libre absolución de su patrocinado. C. S. J. M.: Resuelve que en los hechos declarados probados se da evidentemente un concurso de delitos, ya que, por una parte, son legalmente constitutivos los mismos de un delito de sedición previsto y penado en el art. 302 del C. J. M., toda vez que las especies vertidas en el cartel que figura al folio 9 de la presente Causa, pueden infundir disgusto entre las tropas y son atentarias al bien jurídico que dicho precepto ampara, que no es otro que la disciplina militar, delito que ha sido realizado en grado de consumación, ya que el citado precepto legal solamente requiere para que dicha figura de delito se complete y perfeccione el que esas especies vertidas "puedan" infundir disgusto o tibieza en el servicio, toda vez que no se trata de un delito de resultado, sino de un delito formal y de peligro; siendo también indiferente a estos efectos para la integración de esta figura de delito el que las especies vertidas lo sean directamente entre la tropa como lo demuestra el hecho de que el legislador no emplea esa expresión como requisito integrante de tal figura de delito, por lo que la jurisprudencia de este Consejo Supremo de Justicia Militar tiene establecido con reiteración que la locución "entre las tropas" no tiene otro sentido penal y gramatical que el que la excitación sediciosa vaya dirigida a ellas, pero sin exigir tampoco que el medio sea mediato o inmediato, directo o indirecto. Y son integrantes también los hechos perseguidos de un delito de injurias al Ejército previsto y penado en el Art. 317 del C. J. M., ya que las expresiones proferidas en el cartel obrante al folio 9 (representación de un soldado entre rejas; alusión a injustos procedimientos judiciales que sigue la Jurisdicción Militar; la referencia a la necesidad de exigir mejores condiciones de vida en los cuarteles) encierra un contenido que va abiertamente en deshonra, descrédito y menosprecio del Ejército (CONSID. I). Que de los delitos calificados en el Considerando anterior es responsable en concepto de autor, por su participación personal, voluntaria y directa, el procesado J. E. L. O. de conformidad con lo determinado en el número primero del Art. 196 del C. J. M. (CONSID. II). Que lo que se refiere a la pena a imponer al citado procesado por la consumación de los delitos calificados al tratarse de un concurso ideal de delitos.

*resulta de aplicación al presente caso el art. 238 del C. J. M., debiendo aplicarse por lo tanto a aquel, según lo que este precepto determina, la pena asignada al delito más grave en la extensión que el Tribunal estime conveniente, teniendo en cuenta las circunstancias que dicho art. señala (CONSID. III). Que no concurren en el presente caso circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (CONSID. IV). Que no se dan en los hechos realizados por el procesado y perseguidos en esta Causa, responsabilidades civiles que exigir (CONSID. V). Que siendo preceptivo, según determina el art. 217 del C. J. M., el que para el cumplimiento de las penas de privación de libertad ha de abonarse en su totalidad la prisión preventiva sufrida por el delincuente, tanto si fuera rigurosa como atenuada, se está en el caso de abonar al procesado J. E. L. O., la sufrida por éste durante la tramitación del presente procedimiento (CONSID. VI). Que toda pena principal lleva consigo las accesorias que la ley señala (CONSID. VII). Condena al procesado J. E. L. O., como autor responsable de un delito consumado de sedición previsto y penado en el art. 302 del C. J. M., y de otro delito de injurias al Ejército, previsto y penado en el art. 317 del mismo Cuerpo Legal, ambos sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y con aplicación del art. 238 del C. J. M., a la pena de SEIS MESES Y UN DIA de prisión, con la accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, de acuerdo con lo que dispone el art. 222 del C. J. M., para cuya condena le servirá de abono el tiempo de privación de libertad sufrida como consecuencia de esta Causa, y sin que haya lugar a exigir responsabilidades civiles.*

**6. Disentimiento. Delitos de Robo con intimidación en las personas (Arts. 500/501-5.º C. P.). Agravantes de reincidencia y disfraz. Agravante específica de llevar armas (Art. 506-1.º, CP). Doble reincidencia. Ley más favorable. Notorio error en la apreciación de la prueba.**

*Sentencia de 7 de febrero de 1979. (Tercera Región Militar).—Sobre las tres horas del día 4 de noviembre de 1976, el Legionario y Soldado procesados F. C. S. y A. P. R., hallándose de permiso se encontraban en la localidad valenciana de Cullera, a la que acaban de llegar procedentes de Valencia en un vehículo Seat-127 alquilado en Madrid, y, tras abrir el desviabrisas del turismo Seat-1430 de matrícula SE-156.816, se introdujeron en el mismo poniéndolo en marcha mediante un puente eléctrico, para dirigirse acto seguido a la gasolinera administrada por la Campsa del citado pueblo, donde después de apuntar C. S. con un revólver detonador de juguete y P. R. que se había colocado en la cabeza una peluca rubia de señora, con una escopeta de cañones recortados, al empleado, le conminaron a que les entregase todo el dinero que tenía, cosa que hizo este último, quedándose los procesados con las 17.730 pesetas de la recaudación, e intentando abrir una caja fuerte que había en la oficina, lo que no lograron, a pesar de utilizar un soplete que se agenciaron en un taller mecánico adyacente, propiedad de don M.N.C., tras abrir violentamente su puerta, a la que causaron desperfectos tasados en 500 pesetas; asimismo, deterioraron la caja fuerte indicada, la mesa de la oficina y los cables telefónicos que habían arrancado nada más entrar en la gasolinera, valorados pericialmente tales daños en la suma de 5.500 pesetas; a continuación ambos procesados se marcharon en el indicado vehículo Seat 1.430, lo abandonaron seguidamente y con el antes indicado Seat-127 se dirigieron a Valencia, pero, antes de llegar a la estación de servicio de El Perelló, perteneciente a don A. B. S., pararon el coche y, andando, se personaron en ella, obligando al empleado, con los mismos revólver y escopeta antes dichos, a hacerles entrega de las 9.400 pesetas que había en el cajón de la mesa del despacho, llevándose también una caja metálica (que luego resultó estar vacía), unas tenazas y un destornillador, objetos estos tres valorados en 500 pesetas y que no han sido recuperados. Con el dinero que arrebataron en uno*



y otro establecimiento, C. S. y P. R., se fueron a Valencia donde lo emplearon en su propio beneficio, siendo detenidos días después en Madrid. A. P. R. carece de antecedentes penales; en cambio F. C. S., ha sido condenado por tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, en tres sentencias del año 1975, como autor de un delito de robo, de dos delitos de hurto y de otro de hurto de uso, a penas que oscilan desde la de 10.000 pesetas de multa a la de 2 años de presidio menor. Por la conducta antes relatada en relación con el apoderamiento del Seat-1.430, recayó en fecha 12 de julio de 1977, decreto auditoriado de la Autoridad Judicial de la Tercera Región Militar sobreseyendo definitivamente las actuaciones respecto del delito de utilización ilegítima de vehículos de motor, por aplicación del Real Decreto núm. 388/1977, de 14 de marzo. Finalmente, y respecto de la escopeta mencionada, se siguen actuaciones judiciales distintas de las presentes (Result. I). *C. G. Ordinario*: Dictó sentencia en la que se declararon probados los hechos siguientes: "Que sobre las 3 horas del día 4 de noviembre de 1976 fue asaltada por dos individuos no identificados, que portaban respectivamente un revólver y una escopeta, la gasolinera regentada en la localidad valenciana de Cullera por la CAMPSA, llevándose tales dos sujetos, tras conminar con las armas al encargado, las 17.730 pesetas de la recaudación y produciendo diversos daños en la oficina del establecimiento y en un taller adyacente, para tratar de abrir una caja fuerte, cosa que no lograron. A continuación los mismos individuos se presentaron en la estación de servicio de El Perelló y por idéntico procedimiento antes descrito, se llevaron 9.400 pesetas y una caja metálica vacía". El Consejo de Guerra respecto de los hechos así relatados, estimó que no habían sido identificados los autores de los delitos perpetrados, entendiéndose que no estaba probado que lo hubieran sido los dos procesados en este procedimiento, falló absolviendo a ambos de los delitos de que venían acusados por el Ministerio Fiscal. El *Vocal Ponente* del Consejo de Guerra, con la misma fecha de la sentencia, emitió voto particular en el que, considerando probados unos hechos esencialmente coincidentes con los que han quedado relatados en el Primer Resultado de esta nuestra Sentencia, los calificó como constitutivos de dos delitos de Robo con intimidación en las personas, infracciones previstas y penadas en el artículo 500, en relación con el artículo 501-5.º, preceptos ambos del Código Penal, cometidos en grado de consumación por los dos procesados en estas actuaciones, apreciando en el C. S. la concurrencia de la agravante de doble reincidencia, condenando a dicho procesado a sendas penas de SEIS AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR, con la accesoria legal, para cada una de ellas, de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y con el efecto especial militar de expulsión de las filas del Ejército con pérdida de todos los derechos adquiridos en él; y al procesado P. R., como autor responsable de los mismos delitos, con la concurrencia únicamente de la agravante específica del artículo 506-1.º, del Código Penal, a sendas penas de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR, con la accesoria legal, para cada una de ellas, de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y con el efecto especial militar de volver al Ejército a cumplir en Cuerpo de Disciplina el tiempo que le reste de su empeño, extinguida que sea la condena; estableciéndose que a ambos procesados les será de abono la prisión preventiva sufrida durante la tramitación de esta Causa, y declarándoles civilmente responsables, por mitad y solidariamente, por las cantidades siguientes: 23.230 pesetas a abonar a CAMPSA, 500 a abonar a don M. N. C. y 9.900 pesetas a abonar a don A. B. S. *Autoridad Judicial*: Acordó, por no estimar acertados los hechos declarados probados en la Sentencia del Consejo de Guerra, disentir el fallo recaído, proponiendo que se dicte nueva sentencia en la que, tras aceptar como probados unos hechos como son los relatados en el voto particular formulado por el Vocal Ponente (con la adición de que "A. P. llevaba en la cabeza

puesta una peluca rubia de señora”), se consideren como constitutivos de dos delitos consumados de Robo con intimidación en las personas, cualificados por llevar armas los delincuentes, definidos y castigados en los artículos 500, 501-5.º y 506-1.º, todos ellos del Código Penal, de los que resultan autores responsables los procesados, concurriendo en C. S. la agravante de doble reincidencia del párrafo 2.º del núm. 15 del art. 10 del Código Penal. Y en el P. R. la agravante de disfraz, 7.ª del propio artículo 10; debiendo condenarse al Legionario F. C. S. a sendas penas de SEIS AÑOS Y UN DIA de presidio mayor, con sus accesorias y efectos pertinentes, y al soldado A. P. R. a sendas penas de SEIS AÑOS DE PRESIDIO MENOR con sus accesorias y efectos legales. En concepto de responsabilidad civil se propone que cada uno de los procesados abone, por mitad y solidariamente entre sí, las siguientes cantidades: a CAMPSA 23.230 pesetas, a don M. N. C. 500 pesetas y a don A. B. S. 9.900 pesetas. *Fiscal Togado*: Rectificó su escrito de acusación, entendiendo que los hechos son constitutivos de dos delitos de Robo con intimidación en las personas, en grado de consumación, previstos en el artículo 500, y sancionados en el núm. 5.º del 501, ambos del Código Penal, siendo de apreciar en el P. R. la agravante específica de llevar armas (núm. 1.º del Art. 506), delitos de los que responden en concepto de autores los procesados, concurriendo en el C. S. la agravante genérica de reincidencia del núm. 15 del art. 10.º del Código Penal (y no la de doble reincidencia, como se había sostenido en el escrito de acusación, dada la modificación del núm. 15 del art. 10.º del Código Penal operada por la reciente Ley 81/1978, de 28 de diciembre), y en el P. R. la agravante de disfraz (7.ª del art. 10.º), solicitando para cada uno de los procesados la imposición de dos penas de SEIS AÑOS DE PRESIDIO MENOR, accesorias y efectos legales; debiéndoseles declarar civilmente responsables, por mitad y solidariamente entre sí, por las siguientes cantidades: 23.230 pesetas a CAMPSA, 500 pesetas a abonar a don M. N. C. y 9.900 pesetas a abonar a don A. B. S. *La Defensa*, en el mismo acto, ratificándose de las conclusiones contenidas en su anterior escrito, y tras alegar las razones de hecho y de Derecho que consideró procedentes, negando la participación de sus defendidos en los hechos perseguidos en el procedimiento, por inexistencia de pruebas ciertas que demuestren otra cosa, solicitó la libre absolución de ambos procesados. *C. S. J. M.*: Revoca, por entender que *tratando, en primer lugar, la cuestión que motivó el disentiendo planteado por el Capitán General de la Tercera Región Militar, de acuerdo con su Auditor, por estimar que el Consejo de Guerra, al absolver a los procesados, incurrió en un notorio error en la apreciación de la prueba, esta Sala entiende que, efectivamente, existió dicho error, pues si bien el art. 787 del C. J. M. dice que el Consejo apreciará en conciencia las pruebas con arreglo a su racional criterio, ello no quiere decir sino que el Consejo actuará con toda libertad, pero dentro de los límites marcados por las pruebas que claramente resulten de lo actuado, y que hemos recogido en el Primer Resultando de esta Sentencia, debiendo el Consejo de Guerra resolver con arreglo a las normas de un acertado enjuiciamiento, y por eso el mismo Código, en su art. 799, insiste en que la Autoridad Judicial y su Auditor no podrán fundamentar su disconformidad con la sentencia del Consejo de Guerra en apreciaciones de pruebas, pero añade que ello será si no apareciere notorio error en ellas, error que, repetimos, se ha dado en el caso presente (CONSID.º I). Que los hechos relatados y declarados probados en el Primer Resultando de esta sentencia, son constitutivos de dos delitos de robo con intimidación en las personas, en grado de consumación, cualificados por llevar armas, previstos y penados en los artículos 500, 501, n.º 5.º y 506, circunstancia 1.ª, todos ellos del Código Penal (CONSID.º II). Que de los expresados delitos son responsables en concepto de autores, por participación directa, personal y voluntaria en los hechos, el Legionario F. C. S. y el soldado A. P. R., de conformidad con lo establecido en los núms. 1.º de los arts. 12 y 14 del Código Penal (CONSID.º III). Que existen y son de apreciar las siguientes circunstancias*

*modificativas de la responsabilidad criminal: en cuanto a F. C. S., la circunstancia agravante de reincidencia, del núm. 15 del art. 10 del Código Penal, pues no es procedente la aplicación de la hasta ahora llamada doble reincidencia, ya que no existe constancia en el procedimiento de que al delinquir hubiera sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos del párrafo anterior —se refiere a la reiteración—, según la redacción dada a la agravante de reincidencia por la Ley 81/1978, de 28 de diciembre de dicho año, más favorable al delincuente que en la redacción anterior; y respecto a A. P. R. la circunstancia agravante de llevar armas, del núm. 1.º del art. 506 del citado Código, y la de emplear disfraz, 7.º del art. 10 del mismo Cuerpo Legal (CONSID.º IV). Que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, con arreglo a lo dispuesto en el art. 19 del Código Penal (CONSID.º V). Que el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa, se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de la pena impuesta, según dispone el art. 33 del Código Penal (CONSID.º VI). Condena al legionario F. C. S. como autor responsable de dos delitos consumados de Robo con intimidación en las personas, previstos y sancionados en los Arts. 500 y 501-5.º, ambos del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y llevar armas, a sendas penas de SEIS AÑOS DE PRESIDIO MENOR, con la accesoria legal para ambas de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de las condenas con el efecto especial militar de volver al Ejército a cumplir en Cuerpo de Disciplina el tiempo que le reste de su empeño; y al soldado A. P. R., como autor responsable de dos delitos consumados de Robo con intimidación en las personas, previstos y sancionados en los arts. 500 y 501-5.º, ambos del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de llevar armas y usar disfraz, a dos penas de SEIS AÑOS DE PRESIDIO MENOR, con la accesoria legal para ambas de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, con el efecto especial militar de volver al Ejército a cumplir en Cuerpo de Disciplina el tiempo que le reste de su empeño. Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, se les abonará a ambos, en su totalidad, la prisión preventiva sufrida durante la tramitación de este procedimiento. En concepto de responsabilidad civil, vendrán obligados a abonar por mitad cada uno de ellos, y solidariamente entre sí, las siguientes cantidades: A la CAMPSA 23.230 pesetas, a M. N. C. 500 pesetas y a A. B. S. 9.900 pesetas, importe de los daños y perjuicios que han sufrido.*

**7. Disentimiento. Delitos de Homicidio (art. 407, CP). Legítima defensa. Requisitos. Necesidad racional del medio empleado (Art. 8.º, núm. 4.º, 2.º, CP). Eximente incompleta (Art. 9.º-1.º, CP). Como atenuante muy calificada. Atenuante 8.º del Art. 9.º, CP (arrebato u obcecación). Corrección por faltas leves del Art. 443 del C. J. M.**

*Sentencia de 21 de Marzo de 1979 (Sexta Región Militar).—Sobre las 3 horas 15 minutos del día 28 de noviembre de 1976, el procesado Guardia Civil segundo J. R. D., de 22 años de edad, sin antecedentes penales, sin correctivos en su documentación militar y con tres meses escasos de experiencia en el ejercicio de sus funciones de Guardia Civil segundo, se encontraba de paisano en la Sala de Fiestas "Bordatxo" de la localidad navarra de Santesteban, a la que había llegado poco antes acompañado de tres amigos. Cuando uno de ellos, llamado A. R. A., y el propio encartado se hallaban en la pista de baile fueron empujados inopinadamente por unos individuos y, al preguntarles por qué lo hacían, uno de ellos propinó un puñetazo al R. A., y el otro dos bofetadas al Guardia Civil segundo, el cual, al ver como a continuación, y sin explicación razonable, un grupo de siete u ocho individuos avanzaba hacia él con propósito de agredirle, trató de eludirlos,*

aproximándose a unas escaleras que conducían al bar y de éste a la calle, más como aquéllos persistieran tenazmente en su actitud agresiva, dio a conocer a gritos su condición de Guardia Civil segundo —sin que en los autos haya quedado concretado la literalidad de la frase que empleó, pero sí que lo hizo en forma inequívoca exhibiendo su cartera militar— y empuñando su pistola reglamentaria marca "Star" de 9 mm. Parabellum núm. 7.238, conminó al agresor más próximo —que resultó ser S. N. A.— para que depusiera su actitud y le acompañase al exterior del local, mas el interpelado y un amigo suyo llamado F. J. N., hicieron caso omiso a la seria advertencia del Guardia Civil, y, uno tras otro y en espacio de segundos, se abalanzaron contra el mismo para agredirle, y entonces el procesado, viendo en peligro inminente y grave su integridad física, se vio precisado a verificar con su pistola reglamentaria —única arma que portaba— cuatro disparos, uno de los cuales hirió a S. N. A. en el pulmón izquierdo que le produjo una hemorragia intensa y súbita a resultas de la cual falleció minutos después; otros dos alcanzaron a F. J. N. que resultó herido en el epigastrio, vesícula biliar, colon transverso y riñón derecho, a consecuencia de cuyas heridas falleció el 17 de diciembre del mismo año; el cuarto proyectil rozó, sin herirle, a J. A. D. D., amigo del procesado. Practicado análisis de alcoholemia del fallecido N. A., arrojó un porcentaje de alcohol en sangre de 0,8 gr. por litro, que puede ocasionar —según señala el dictámen pericial—, y de hecho ocasionó, alteraciones de conducta, euforia, excitación, falta de auto-control y conducta susceptible de producir conflictos con otras personas. También el Guardia Civil segundo procesado antes y durante su estancia en el local de autos, había tomado varios cubas-libres con ron que, aunque no le habían producido ebriedad, le habían alterado ligeramente. Una vez producidos los disparos, el encartado trató de ganar rápidamente la salida, lo que no consiguió, porque el grupo perseguidor le cerró el paso, abordándole y golpeándole hasta dejarle sin sentido en el suelo, profiriéndose por los agresores expresiones tales como "lincharle, matarle que es Guardia Civil". El encartado curó, apto, útil y sin secuelas del politraumatismo sufrido, siete días después (RESULT.º I). *C. G. Ordinario*: Tras declarar como probados unos hechos esencialmente coincidentes con los que han sido relatados en el Primer Resultando de esta nuestra Sentencia, se consideró que los mismos encajan en el tipo penal que define el art. 407 del C. P., si bien, en este caso concreto, la tipicidad penal no va acompañada de la antijuridicidad, pues si bien es cierto que el procesado produjo dos muertes, también lo que su proceder estuvo legitimado en los términos que con acierto había señalado la Defensa, y, en consecuencia, su conducta resulta amparada por la Ley, por lo que su acción de ninguna manera puede calificarse de antijurídica, ni, en definitiva, los hechos probados calificarse de delito de Homicidio, toda vez que concurre con plenitud la causa de justificación de legítima defensa propia, 4.º del Art. 8.º del C. P., por lo que se absuelve al procesado J. R. D. de los dos delitos de Homicidio de los que venía acusado, absolución libre y sin restricciones. El consejo de guerra, en "Otroso" de la Sentencia, llama la atención de la Autoridad Judicial sobre la pertinencia de corregir al encartado como autor de dos faltas leves militares del art. 443 del C. J. M., por su concurrencia a establecimientos como el de autos y por el abandono sin permiso del lugar de su residencia, donde tenía su destino, respectivamente. *Autoridad Judicial*: Disintió de la Sentencia recaída por estimar que en la misma se ha aplicado indebidamente la eximente de legítima defensa, 4.º del Art. 8.º del C. P., toda vez que no concurre en los hechos el segundo de los requisitos que recoge dicho apartado, "necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima", por la falta de proporcionalidad e inadecuación del medio empleado por el procesado para rechazar la agresión de que era objeto; entiende la Autoridad Judicial que el exceso en la defensa debe apreciarse utilizando la atenuante 1.ª del Art. 9.º, es decir.

como eximente incompleta, por lo que propone se dicte nueva sentencia en la que se considere al procesado como autor de dos delitos de Homicidio, con la concurrencia de la circunstancia atenuante citada, condenándosele a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION MENOR por cada uno de ellos, accesorias y efectos legales, fijándose la responsabilidad civil en 800.000 pesetas, a abonar a los herederos legales de cada una de las víctimas. *Fiscal Togado: Rectificó su escrito de acusación, en el que había mostrado su conformidad con el disenso formulado, salvo en lo que respecta a la cuantía de las responsabilidades civiles (que proponía en 650.000 pesetas por cada una de las víctimas), en el sentido de entender que con respecto a la muerte de S. N. concurre la eximente completa de legítima defensa, por lo que retiró la acusación respecto de dicho presunto delito de Homicidio, y que respecto de la muerte de F. J. N. concurre en el procesado la atenuante por eximente incompleta de legítima defensa, solicitando por este delito de Homicidio atenuado la imposición de la pena de tres años de prisión menor. Defensa:* En el mismo acto, ratificándose en las conclusiones contenidas en su anterior escrito, y tras alegar las razones de hecho y de Derecho que consideró procedentes, solicitó se dictase sentencia en la que se absuelva libremente a su patrocinado. *C. S. J. M.: Revoca, entendiendo que examinada en conjunto y con detallada ponderación la prueba practicada en la Causa mediante el oportuno contraste de las declaraciones del procesado y testigos, y de la documentación aportada, llega esta Sala de Justicia a la conclusión, de conformidad con el unánime parecer del Fiscal Jurídico Militar de la Región, Consejo de Guerra, Auditor, Capitán General de la Región y Fiscal Togado, de admitir que la declaración de hechos probados contenida en la sentencia integran dos delitos consumados de homicidio previstos y sancionados en el Art. 407 del C. P. de los que es autor el procesado Guardia Civil segundo J. R. D., a tenor de lo dispuesto en el Art. 14-1.º de dicho Cuerpo Legal, por su participación personal y directa en la ejecución de los hechos integrantes de la infracción (CONSID.º 1). Que la razón de haber sido elevadas las actuaciones a este Alto Tribunal descansa en el diferente criterio que las Autoridades que han intervenido en la sustanciación del procedimiento por apreciación o no de la eximente de legítima defensa, sobre la que el Consejo de Guerra se pronunció en sentido afirmativo y con unánime parecer. Cree la Sala que no es posible en el presente caso su estimación con tal carácter de exención ya que según tiene declarada tanto la doctrina cuanto el Tribunal Supremo de Justicia, el antiguo Consejo Supremo de Guerra y Marina y este Alto Tribunal, en múltiples sentencias, falta de inexcusable concurrencia de los tres factores categóricamente expresados en el número 4.º del art. 8.º del C. P. Las Autoridades discrepantes coinciden en constatar la presencia de los supuestos recogidos en los números 1.º y 3.º de dicha atenuante, a saber: la agresión ilegítima y la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, más no el de la 2.ª de las estipuladas, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler aquélla. La Sala entiende que, en el caso de autos, aún dándose claramente los dos primeros supuestos, falta el 3.º, la racionalidad en el medio empleado, que es concepto íntimamente ligado con el de la proporcionalidad; es, en el fondo, el estado de necesidad que subyace en toda legítima defensa y el Código exige que la racionalidad guarde una relación estrecha con los medios de que disponga el agredido para que le permita repeler o impedir la agresión con el menor daño al atacante injusto. Las sentencias, entre otras muchas, de 5 de diciembre de 1964, de 23 de octubre de 1968 y de este Alto Tribunal de 6 de diciembre de 1961, se pronuncian categóricamente sobre la inexcusable necesidad de que el empleo de defensa sea racional, porque si no se corre el riesgo de que sea excesiva. Asimismo la sentencia de 14 de febrero de 1966 matiza el auténtico alcance que la Ley quiere expresar cuando exige la proporcionalidad entre la acción agresiva ilegítima y la reacción defensiva necesaria en el sentido de que sea medida, no con arreglo al criterio subjetivo del que se defiende, sino conforme al criterio valorativo que la recta razón dicta a un imparcial observador tras la atenta y*

*ponderada apreciación de cuantas circunstancias subjetivas y objetivas configuran concretamente el hecho, y la sentencia de 7 de octubre de 1961 agrega que a la agresión ilegítima se ha de responder con la defensa necesaria mas sin rebasar o traspasar en la reacción los límites necesarios a la repulsa del acometimiento sufrido. La doctrina desde los precursores hasta las modernas corrientes coinciden en reiterar la necesidad de la proporción, so pena de incurrir en un evidente riesgo de exceso en la defensa, como, a juicio de la Sala, ha acaecido en el presente caso. Estamos, en resumen, en presencia de la atenuante muy cualificada recogida en el número primero del art. 9.º, en relación con el n.º 4.º del art. 8.º del Código Penal (CONSID.º II). Que asimismo la Sala entiende que concurre en el presente caso la circunstancia 8.ª del Art. 9.º del Código Penal de haber obrado el procesado por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató u obcecación. La doctrina consagra el principio de que no basta el arrebató por sí solo para producir una atenuante en la responsabilidad; precisa que guarde proporción, aunque los estímulos que lo han originado, puedan ser de tal índole que hayan podido generar angustia y temor, como resultantes del propio estado de ánimo emocional, sentimiento intenso que surge de pronto y va acompañado de fuertes resonancias fisiológicas, tales como aceleramiento del corazón, alteraciones térmicas, disminución o aumento del sistema respiratorio y alteraciones vasomotrices. Los comentaristas del Código Penal de 1870 ya apuntaban que la amenaza y la provocación pueden producir el natural arrebató con minoración de la responsabilidad del autor, y en tal sentido la Jurisprudencia ha aceptado como compatible la provocación y el arrebató y así lo consagra en las sentencias de 11 de febrero de 1875, 5 de julio de 1890, 18 de febrero de 1903, 21 de octubre de 1911, 31 de octubre de 1924, 16 de febrero de 1929 y 20 de enero de 1949. En el presente caso, el procesado en la última fase del incidente desencadenado en la pista de baile de donde arrancan los luctuosos hechos independientemente de la provocación y agresión recibidas, fue conturbado en su ánimo por un sentimiento de arrebató que la Sala cuidadosamente pondera como concurrente (CONSID.º III). Que en razón de cuanto se consigna en los dos anteriores, entiende la Sala que concurren en favor del procesado la circunstancia atenuante 1.ª del Art. 9.º, en relación con el n.º 4 del art. 8.º, como muy cualificada, y la recogida del n.º 8.º del Art. 9.º, todos ellos del Código Penal, las que, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 61-5.º y 66 del mismo Cuerpo Legal, facultan a rebajar las penas en uno y dos grados, aplicándolas en la extensión que se estime pertinente (CONSID.º IV). Que la Sala, de conformidad con el punto de vista expresado por el Consejo de Guerra que vio y falló la Causa, en razón de la concurrencia del encartado a establecimientos como el de autos a horas inadecuadas, así como el abandono sin permiso del lugar de su residencia donde tenía el destino, considera que tales hechos integran dos faltas leves previstas genéricamente en el Art. 443 y sancionables con arreglo a lo preceptuado en el art. 416, ambos del C. J. M., y en su virtud fijará en el pronunciamiento el alcance de su corrección (CONSID.º V). Que toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente y, en este sentido, ha de proveerse lo adecuado mediante la indemnización prevista entre los conceptos establecidos en el art. 101 y siguientes del Código Penal (CONSID.º VI). Condena al procesado, Guardia Civil segundo J. R. D., como autor responsable de dos delitos de Homicidio previstos y sancionados en el art. 407 del Código Penal, con la concurrencia en su favor de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, una de ellas muy cualificada y prevista en el n.º 1.º del art. 9.º en relación con la eximente incompleta de legítima defensa recogida en el n.º 4 del art. 8.º, y de otra señalada en el n.º 8.º del art. 9.º del mismo Cuerpo Legal, a la pena de UN AÑO Y CUATRO MESES DE PRISION MENOR por cada uno de los delitos, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto militar de pérdida de tiempo para el servicio por igual duración de aquéllas y debiendo satisfacer a los herederos*

de cada uno de los fallecidos S. N. A. y J. J. N. A., en concepto de indemnización, la suma de DOSCIENTAS CINCUENTA MIL PESETAS. Asimismo la Sala corrige al ya condenado, como autor de dos faltas leves previstas en el art. 443 del C. J. M., con un mes de arresto por cada una. Le será de abono, para el cumplimiento de las penas privativas de libertad y de las correcciones todo el tiempo que ha permanecido en prisión preventiva a resultas del procedimiento. Acaecidos los hechos con anterioridad a la promulgación de los Reales Decretos 388 de 1977, de 14 de marzo, y 1.135 de 1977, de 27 de mayo, la Sala acuerda que pasen las actuaciones a la Autoridad Judicial de la Sexta Región Militar para que proceda a dar puntual cumplimiento a cuanto en los mismos se dispone.

**8. Disentimiento. Delito de Apropiación indebida (Arts. 535/528 del C. P.). Faltas de Apropiación indebida (Art. 587-3.º del C. P.). Notorio error en la apreciación de la prueba. Animo de lucro. Naturaleza de los fondos depositados. Absolución. Correcciones por faltas leves militares.**

*Sentencia de 6 de junio de 1979 (Segunda Región Militar).*—Con motivo de la revisión de fondos que en la mañana del día 14 de diciembre de 1977 realizaba el Capitán don E. M. U., Jefe del Escuadrón de Carros de Combate del Regimiento Acorazado de Montesa, núm. 3, el Brigada don D. S. H. se adelantó a confesarle que para satisfacer deudas de juego había tomado, en distintas fechas y en cantidad variable, dinero de la Caja de Depósitos de Tropa, nutrida con cantidades que le entregaban los soldados que voluntariamente lo deseaban para una mayor seguridad y en lugar de guardarlo en sus propias taquillas. El referido Brigada, de personalidad psicológica poco estable según afirman varios compañeros y Jefes a los folios 11, 11 vtº, y 12, durante un periodo de dos años y actuando como Auxiliar del Capitán del Escuadrón, verdadero administrador de la Unidad, guardó las citadas cantidades —a veces muy elevadas, por lo que el Capitán retiraba parte de ellas para guardarlas en la Caja Fuerte— con toda normalidad, hasta dieciocho días antes de dicha confesión, es decir, hasta el día 26 de noviembre de 1977, en que sustrajo 13.000 pesetas y después en varias ocasiones, de las que no existe constancia cierta, hasta un total de 93.000 pesetas, con destino a la finalidad indicada y con ánimo de reintegrarlas en la primera oportunidad, resultando al efecto acreditado que con fecha 14 de diciembre del mismo año y antes de la instrucción de la presente Causa, confesó espontáneamente a su Capitán, como antes se ha dicho, dichas sustracciones y reintegrando en su totalidad las 93.000 pesetas de las que había dispuesto, tres días después, sin que por ello haya sufrido perjuicio alguno ni el propio Escuadrón, ni los soldados que le habían confluído cantidades procedentes de giros familiares para su guarda y custodia. Consta también en relación con dichos hechos, que el señor Coronel del Regimiento solicitó del Excmo. señor Capitán General de la Segunda Región Militar la imposición de dos meses de arresto, que cumplió, hasta su puesta en libertad, en el Castillo de Santa Catalina de Cádiz, continuando desde entonces en situación de libertad provisional (RESULT.º I). *C. G. Ordinario:* Dictó Sentencia en la que declara como probado que en las fechas que se señalan, el procesado, aprovechándose de su condición de depositario de parte de los fondos entregados por la Tropa, tomó con ánimo de lucro las siguientes cantidades con objeto de hacer frente a deudas contraídas en el juego: el día 26 de noviembre de 1977, de 13.000 pesetas; el día 30 del citado mes y año, 15.000 pesetas; el día 2 de diciembre siguiente, de 15.000 pesetas; el día 5, 15.000 pesetas; el día 10, 15.000 pesetas; y el día 13, 20.000 pesetas. Que el día 14 de diciembre puso estos hechos en conocimiento del Capitán de su Escuadrón don E. M. U., quien lo denunció a sus superiores. Que las cantidades sustraídas hasta un total de 93.000 pesetas fueron restituidas por el procesado el día

17 de diciembre de 1977. Que el procesado, que conoce las leyes penales militares, observaba con anterioridad a estos hechos regular conducta y posee antecedentes penales de haber sido ejecutoriamente condenado por un delito de "conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas" y por otro de "imprudencia"; el Consejo de Guerra calificó los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, previsto en el art. 535 del Código Penal y penado en el 528 de dicho texto legal; y de cinco faltas de apropiación indebida previstas y penadas en el art. 587, párrafo 3.º, del repetido texto legal, por cuando el procesado en diversas ocasiones se apoderó de otras tantas cantidades de dinero que previamente había recibido con la obligación de entregarlo a sus destinatarios, a medida que éstos lo fueron solicitando. De los calificados delitos y faltas el Consejo de Guerra estimó responsable en concepto de autor al procesado, por su participación directa, personal y voluntaria en la ejecución de los hechos, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1.º de los art. 12 y 14 del C. P., apreciando la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo, 9.ª del art. 9 del C. P., toda vez que antes del inicio de procedimiento alguno, el culpable puso en conocimiento del Capitán su acción, procediendo, casi de inmediato, a restituir la cantidad que había sustraído, en evitación de los perjuicios que de la misma pudieran derivarse, y asimismo que no concurre la circunstancia específica agravante prevista en el n.º 2.º del art. 194 del C. J. M., toda vez que fue precisamente su condición de encargado de un depósito de fondos lo que hizo posible la comisión del delito, condenando al procesado Brigada don D. S. H. a la pena de DOS MESES DE ARRESTO MAYOR, con la accesoría de separación del servicio y la de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; y a la de CINCO DÍAS DE ARRESTO MENOR por cada una de las faltas de apropiación indebida, para cuyo cumplimiento le será de abono el tiempo que por estos hechos hubiera permanecido privado de libertad, no existiendo responsabilidades civiles exigibles, habida cuenta que en el caso presente el encartado procedió a restituir la totalidad del dinero sustraído. *Autoridad Judicial:* Estima que el Consejo ha incurrido en notorio error en la apreciación de la prueba a la que hace referencia el art. 799 del citado texto legal, pues al expresarse en la sentencia "Que el procesado aprovechándose de su condición de depositario de fondos de la tropa, tomó con ánimo de lucro" las cantidades que especifica, no refleja la realidad actuada en el proceso, pues independientemente de que no aparece bien perfilada la situación que permitió al procesado aprovecharse de su condición para tomar dichas cantidades —pues se trataba de un fondo no reglamentario y por tanto atípico, confiado transitoriamente al procesado bajo la observancia de mínimas formalidades—, la afirmación esencial que sienta referida al ánimo de lucro resulta más que problemática, pues nada permite establecer que tomase aquéllas con un propósito definitivo de apropiación, resultando así excusado el presente ánimo de lucro, corroborando esta apreciación la confesión espontánea al Capitán de la Unidad y la devolución también espontánea, tres días después, de la totalidad de la suma sustraída. Por todo ello entiende que si en un sentido estrictamente formal podría estimarse la perpetración por el procesado del indicado delito de Apropiación indebida, la apreciación conjunta de la prueba realizada con criterio menos riguroso y en base a la vez de la falta evidente de datos ciertos que permitan afirmar el propósito efectivo y definitivo de la apropiación, mueven a sentar la conclusión —como "in extremis" se impone al enjuiciamiento penal para los casos de duda— de que no fue perpetrado por el procesado el repetido delito de Apropiación indebida, y el fallo que correspondería dictar en la presente Causa no es otro que el de la absolución del procesado del delito de Apropiación indebida, objeto de la pública acusación. Continúa haciendo constar que al repetido procesado, como se hizo constar en ulterior Resultando, le fue



impuesta por el Excmo. señor Comandante General de Ceuta y a propuesta del Jefe de la Unidad el correctivo de DOS MESES DE ARRESTO en razón de los hechos enjuiciados, por estimar que los mismos integraban la falta leve de "inexactitud en el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias", proponiendo en consecuencia la elevación de las actuaciones al Consejo Supremo de Justicia Militar para la resolución del disenso planteado, y añadiendo en OTROSI que siendo constitutiva la participación del procesado en el juego de naipes que tenía lugar en la Sala de Suboficiales de su Acuartelamiento de la falta leve que sanciona el art. 443 del C. J. M., bajo el concepto de "juego en cuarteles", puede ser sancionada la misma en vía gubernativa con el correctivo pertinente, estimándose que esta infracción es independiente de la falta leve de inexactitud en el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias antes referida, y castigada con el correctivo de DOS MESES DE ARRESTO, cumplidos por el mencionado Brigada. *Fiscal Togado:* Estima que el propósito de reintegrar no excluye el ánimo de lucro, por lo que mostrándose conforme con los hechos que deben considerarse probados y se detallan en el dictamen del Auditor, hace suyo éste con las modificaciones siguientes: Que el Brigada no era el depositario de los fondos, sino que actuaba como mero auxiliar del Capitán del Escuadrón, verdadero administrador y depositario de aquéllos, y que no existe constancia cierta de las cantidades que se apropió el procesado en las distintas ocasiones, pues en la declaración obrante al folio 55 vt.º se refiere a las cifras aproximadas, y considera al Brigada de Caballería don D. S. H. autor de un delito consumado de hurto en la cuantía de 93.000 pesetas, de carácter continuado, y previsto en el número 1.º del art. 514 del Código Penal y sancionado en el núm. 3 del art. 515 del mismo, redactado con arreglo a la Ley veinte de 8 de mayo de 1978, que modificó las cuantías de determinados delitos. Considera el Fiscal Togado que existe "hurto" y no "apropiación indebida", teniendo en cuenta que el procesado no era depositario de los fondos, y aprecia un delito continuado en lugar de delito y varias faltas, teniendo en cuenta que existió en todo momento unidad de propósito, que es lo que caracteriza al delito continuado, según lo establecido en forma reiterada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, apreciando la atenuante de arrepentimiento espontáneo del n.º 9 del art. 9 del Código Penal, que, teniendo en cuenta el tiempo y circunstancias de toda índole en que se produjo la devolución de la cantidad sustraída, se aprecia como muy cualificada a los efectos de poder imponer la pena inferior en uno o dos grados, de acuerdo con lo dispuesto en la regla 5.ª del art. 61 del C. P., procediendo revocar la sentencia dictada por el Consejo de Guerra y condenar al Brigada de Caballería don D. S. H. a la pena de DOS MESES DE ARRESTO MAYOR con las accesorias de separación del servicio, suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, para cuyo cumplimiento le será de abono el tiempo que permaneció arrestado por razón de estos hechos, sin que sean de exigir responsabilidades civiles. Y en cuanto al hecho, no perseguido en estas actuaciones, de que varios Suboficiales participasen en juegos prohibidos, procede que la Sala llame la atención de la Autoridad Judicial, por si considera oportuno sancionar una falta leve militar del Art. 443 del C. J. M., imponiendo en consecuencia, si no lo hubiere hecho ya, los correctivos pertinentes. El Defensor designado para asistir al procesado en este Alto Tribunal evacuó el escrito de Defensa alegando las razones que estimó oportunas. *C. S. J. M.:* Revoca, porque esta Sala de Justicia, admitiendo el Primer Resultado de hechos probados, ha de separarse tanto de la calificación que de los hechos de autos hace el Consejo de Guerra, como de la del propio Fiscal Togado, y que llevan a la comisión de un delito consumado de Apropiación indebida y de Hurto, respectivamente, con las accesorias correspondientes, tanto específicas como genéricas, y ambos con la pena de DOS MESES DE ARRESTO MAYOR, más CINCO DIAS DE ARRESTO MENOR por

*cada una de las faltas de apropiación indebida el primero de ellos. Pero sin detenernos en la que puede ser más exacta tipificación, es lo cierto que la Causa se ha seguido por un delito de Apropiación indebida y no es ésta la razón por la que ha sido elevada a este Alto Tribunal el presente procedimiento, sino el diferente criterio mantenido por el Consejo de Guerra de una parte y el Auditor y el Capitán General por otra, acerca de la existencia o no de un delito, basados en la atenta y ponderada valoración de las pruebas que obran en autos (CONSID.º I). Que de acuerdo con lo indicado en el anterior Considerando, esta Sala de Justicia, valorando la prueba que se aporta y mediante el oportuno contraste con la declaración del procesado y testigos, amén de la documentación que obra en la Causa, está de acuerdo con el informe del Auditor y Decreto del Excmo. señor Capitán General aludidos, que estiman el error notorio en la apreciación de la prueba a que se refiere el art. 799 del C. J. M., por una manifiesta discrepancia entre lo que la sentencia examinada ha declarado cierto y lo que de modo patente resulta de las actuaciones, por existir una oposición evidente entre los hechos que se dan como probados y la misma prueba practicada, y que al expresarse en la sentencia "que el procesado aprovechándose de su condición de depositario de los Fondos de la Tropa tomó con ánimo de lucro...", no reflejó la realidad actuada del proceso—como dicen las dos Autoridades citadas—, independientemente de que no aparezca bien perfilada la situación que permitió al procesado aprovecharse de su condición para tomar cantidades de las que no existe constancia cierta en lo referente a su cuantía, como reconoce el propio Fiscal Togado, pues en la declaración obrante al folio 55 vº. se habla de "cifras aproximadas", y hay que tener en cuenta que las citadas cantidades no debían estar bajo la custodia y depósito del Brigada, por no corresponderle ese cometido con fondos que pasaban a ser oficiales en cierta manera, cuando eran entregados por los soldados para su guarda y depósito, sino del Capitán del Escuadrón que de hecho retiraba de la custodia del Brigada cantidades de dinero cuando éstas eran relativamente crecidas, y ello con sujeción a lo establecido en los Reglamentos del Régimen Interior. Se trataba, pues, de un fondo no reglamentario y atípico, confiado transitoriamente al procesado, bajo la observancia de mínimas formalidades, al que era en realidad Auxiliar del Escuadrón, y cuyo Capitán era el verdadero Administrador (CONSID.º II). En cuanto a la afirmación de que existió ánimo de lucro, este "animus" que es esencial y característico tanto del delito de apropiación indebida como del de hurto y requisito subjetivo en ambos casos del agente de delito en el que se presume, incluso, la existencia del mismo, el ánimo o intencionalidad de lucrarse o enriquecerse, no existe en este delito de apropiación indebida y es exigido taxativamente en el art. 535 del Código Penal Ordinario para que se dé esta figura delictiva, ya que la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que son elementos característicos de este delito, juntamente con la recepción del dinero, o efectos o cualquier otra cosa mueble, que lo sea en concepto de depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla o que se nigue el hecho tangible del recibo, debe existir además la apropiación, es decir, hacerla suya incorporándola con intención definitiva a su propio patrimonio, así como que este apoderamiento cause perjuicio a otro (Sentencia de 22 de abril de 1964), o como dice la sentencia de 30 de enero de 1947, el culpable con su actuación inspirada por ánimo o propósito de lucro, cause de propósito y con dolo específico, un perjuicio material al patrimonio ajeno, lo que no se da en el transcurso de estas actuaciones y por tanto aparece así consignado en el correspondiente Resultando de hechos probados en la Sentencia, pues aquí faltan como más característicos el ánimo de lucro, es decir, la intención de incorporar la cantidad de que se trata de una manera definitiva a su propio patrimonio, o sea, que falta el matiz psicológico constituido por el deseo del agente de alcanzar con el apoderamiento de la cosa cualquier beneficio, ventaja o goce, utilidad o provecho económico tangible para incorporarla a su patrimonio con deseo de definitiva retención (Sentencia de 11 de octubre de 1962), que en los hechos que examinamos no*

*se dan ni tienen lugar, como lo demuestra la circunstancia de la confesión espontánea a su Capitán del Escuadrón, y la devolución, también espontánea, tan sólo tres días después de la comisión de los hechos y antes de la iniciación de la Causa, sin que por otra parte sufriera perjuicio alguno el Estado ni los terceros, soldados depositantes de las respectivas cantidades, que nunca a lo largo de dos años de tiempo en que el Brigada actuó, como depositario "sui generis" que era, vieran ya no atendidas sino ni siquiera demoradas en su entrega, por el más mínimo tiempo, la devolución de las cantidades solicitadas por los aludidos soldados, propietarios de las cantidades entregadas, sin irrogar por tanto perjuicio alguno a la buena marcha que implicaba el cumplimiento de una obligación que de manera tan peculiar había sido echada sobre los hombros del Brigada y que en todo caso excedía de sus atribuciones y categoría (CONSID.º III). Que como señala el Ilmo. señor Auditor en su escrito, la apreciación conjunta de la prueba realizada con un criterio menos riguroso y en base de la falta de datos ciertos que permitan apreciar el propósito efectivo y definitivo de la apropiación —como se indica en el anterior Considerando— nos lleva a sentar la conclusión, como "in extremis" impone el enjuiciamiento Penal de los casos fundados en duda, de que no fue perpetrado por el procesado el delito de apropiación indebida, por faltar también los restantes requisitos del mismo que se señalan también en el Considerando anterior; ni tampoco ningún otro delito, que como el de hurto —que como más afín y de acuerdo con el art. 514, apartado 1.º del Código Penal Ordinario—, requiere (igualmente que en la apropiación indebida) el específico ánimo de lucro indicado; y por tanto el fallo que corresponde aplicar en la presente Causa no es otro que el de la absolución del procesado por el delito de apropiación indebida, que ha sido el objeto de la acusación pública, revocando en consecuencia la sentencia dictada por el Consejo de Guerra (CONSID.º IV). Que ya en su momento e inmediatamente después de que el Capitán del Escuadrón diera parte al Coronel de que el Brigada don D. S. H., había confesado haber tomado en varias ocasiones cantidades del fondo que administraba, el aludido señor Coronel del Regimiento, solicitó del Excmo. señor Capitán General de la 2.ª Región Militar, la imposición de un arresto de dos meses y el señalamiento del establecimiento donde habría de cumplir el correctivo, que se impuso finalmente por el Excmo. señor Comandante General de Ceuta en razón de los hechos enjuiciados por estimar que los mismos eran constitutivos de una falta leve de "inexactitud en el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias" del Art. 443 del C. J. M., cumpliendo el repetido correctivo de DOS MESES DE ARRESTO en el Castillo de Santa Catalina, de Cádiz (CONSID.º V). Que de acuerdo con el art. 19 del C. P. todo responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente, por lo que al no haber responsabilidad criminal no la hay tampoco civil, no existiendo, en consecuencia, responsabilidades civiles que exigir puesto que el total de las cantidades tomadas fue devuelto inmediatamente y no ha existido daño ni perjuicio para nadie (CONSID.º VI). Absuelve al procesado Brigada de Caballería don D. S. H. por el delito de apropiación indebida y con todos los pronunciamientos favorables. "Otrosi": que de acuerdo también con el informe y decreto auditoriados del Ilmo. señor Auditor y del Excmo. señor Capitán General de la 2.ª Región Militar, respectivamente, y en cuanto a los hechos no perseguidos en estas actuaciones de las que se desprende que varios Suboficiales participaban en juegos de naipes en la propia Sala de Suboficiales de su acuartelamiento, esta Sala acuerda declarar tales hechos constitutivos de la falta leve de "juego en cuarteles" comprendido en el art. 443 del C. J. M. e imponer al Brigada de Caballería don D. S. H. —independientemente de la ya corregida por "incumplimiento de obligaciones reglamentarias"— el correctivo de DOS MESES DE ARRESTO, a cumplir en el castillo o establecimiento militar correspondiente, comunicándose así a la Autoridad Judicial, por si estima oportuno, si no lo hubiere hecho ya, corregir en vía gubernativa a quienes fueron también responsables de la citada falta que se aprecia.*

**9. Disentimiento. Delito de Abandono de Servicio (Art. 359, párrafo primero y núm. 3.º C. J. M.). Absolución. Falta grave del Art. 437-1.º, C. J. M.**

*Sentencia de 27 de junio de 1979 (Sexta Región Militar).*—El Soldado E. B. I., mayor de edad penal, que con anterioridad a la fecha de autos, se le habían leído las disposiciones del Código de Justicia Militar, y que de igual forma ha sido ejecutoriamente condenado a las penas y en los procedimientos que han quedado consignados en el encabezamiento de esta sentencia, el día 21 de julio de 1977, después de salir del servicio de puesto de centinela, que había prestado durante cuatro horas, en el Gobierno Militar de San Sebastián, se desprendió del correaje que llevaba y sobre las 21,05 horas de dicho día, cuando debía de estar en el local destinado a los componentes del Retén, Plantón y Guardia, en dicho lugar, como se encontrara muy nervioso por diferencias familiares que mantenía con su mujer, sintió un impulso de salir a la calle a airearse, por lo que sin pensarlo más, se marchó del Gobierno Militar, hacia la Zona del Puerto y Parte Vieja de la Ciudad, distante unos 150 metros, tomándose una copa en un bar y regresando a las 21,30 horas de nuevo al Gobierno, presentando una gran agitación nerviosa, por lo que fue conducido al botiquín del Regimiento Sicilia, diagnosticándose un estado histérico, como consecuencia de los problemas familiares que le abrumaban (RESULTº I). C. G. *Ordinario:* Tras declarar como probados unos hechos esencialmente coincidentes con los que han sido relatados en el Primer Resultando de esta nuestra Sentencia, estimó que tales hechos no son constitutivos del delito de Abandono de servicio que se imputa al procesado, y sí, en cambio, de una falta grave del art. 437, 1.º, del C. J. M., ya que el procesado, si bien se ausentó del lugar donde debía permanecer después de prestar el servicio de centinela, lo cierto es que apenas transcurrieron veinticinco minutos de ausencia; que la distancia que le separaba del acuartelamiento era escasa; y que la redacción del art. 358 del Código Castrense supone una norma general, amplia, que faculta al Tribunal para valorar según su prudente arbitrio lo que se entiende por abandono de servicio, atendiendo al momento, lugar y acuartelamiento en que los hechos se produzcan; entendiéndose en este caso que el delito no existe, si bien el procesado incumplió las órdenes de Régimen Interior, dada por sus superiores. En consecuencia, el Consejo de Guerra absuelve al procesado del delito de que venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables, y en "Otroso" de su sentencia llama respetuosamente la atención de la Autoridad Judicial, por estimar que los hechos son constitutivos de una falta grave del núm. 1.º del Art. 437 del Código Militar, que pudiera ser corregida con cuatro meses de arresto militar. *Auditor:* Propuso la elevación del procedimiento a este Consejo Supremo de Justicia Militar, en disentimiento, por no ser procedente la aprobación de la sentencia recaída, pues a pesar de entender que el Consejo de Guerra había valorado acertadamente los elementos de prueba aportados al sumario, siendo consecuente y correcta la exposición de los hechos que declara probados, el fallo dictado, en cuanto a su calificación jurídica, entiende el Auditor que no se ajusta a Derecho, pues en realidad tales hechos son constitutivos de un delito consumado de Abandono de servicio de armas, previsto y penado en el Art. 359, párrafo primero y número 3.º, del Código de Justicia Militar, por cuanto que el procesado, formando parte de la Guardia del Centro Militar consignado en el relato de hechos probados, se ausentó sin permiso ni autorización alguna, por tiempo y a distancia más que suficientes para dejar de cumplir con las obligaciones que le imponía el servicio que prestaba, sin que sea de apreciar la concurrencia de la circunstancia agravante de delincuencia habitual, 2.ª del art. 190, que se da en el procesado, en virtud de la facultad que otorga en cuanto a su apreciación el art. 193, preceptos ambos del Código castrense. Así calificados los hechos, entiende el Auditor que procede imponer al procesado la pena de un año de

prisión militar, con el efecto especial militar correspondiente, y sin que existan responsabilidades civiles que exigir. *Capitán General*: En disconformidad con el parecer de su Auditor, acordó disentir del mismo, proponiendo, de conformidad con la tesis mantenida en el primer Considerando de la sentencia del Consejo de Guerra, la libre absolución del procesado respecto del delito de Abandono de servicio que se le imputa, apreciando, no obstante, una falta grave del art. 437-1.º, del Código castrense, por lo que procede imponer al soldado E. B. I., el correctivo de cuatro meses de arresto militar, sin que existan responsabilidades civiles que exigir. *Fiscal Militar*: Solicitó, conforme a la tesis sustentada por el Auditor, la revocación de la sentencia y que se condene al procesado, como autor de un delito consumado de Abandono de servicio, previsto y penado en el art. 359, párrafo 1.º y núm. 3.º, del Código castrense, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión militar, sin que sean de exigir responsabilidades civiles. *Defensa*: Ratificándose en las conclusiones contenidas en su anterior escrito, y tras alegar las razones de hecho y de Derecho que consideró procedentes, solicitó se dictase sentencia confirmando el fallo del Consejo de Guerra, con la consiguiente absolución del procesado. *C. S. J. M.*: Confirma la Sentencia, entendiendo que los hechos declarados probados, en el primer Resultando, no son constitutivos de delito de Abandono de servicio que se imputa al procesado, ya que éste se ausentó del Gobierno Militar cuando formaba parte de la Guardia del mismo, permaneciendo en sus inmediaciones durante los 25 minutos que transcurrieron hasta su vuelta, tiempo que consumir unas copas, decidiendo volver al acuartelamiento sin intervención de otras personas y sin que se acredite en forma alguna una manifiesta intención por su parte de desentenderse del servicio para el que fue nombrado, calificándose, sin embargo, aquéllos como como integrantes de una falta grave del art. 437 del Código castrense núm. 1.º a la vista del incumplimiento por el procesado de las órdenes de Régimen Interior, dadas por sus superiores (CONSID.º I). Absuelve al soldado E. B. I. del delito de ABANDONO DE SERVICIO por el que fue procesado, imponiéndole el correctivo de CUATRO MESES DE ARRESTO MILITAR como autor de una falta grave prevista en el núm. 1 del art. 437 del Código de Justicia Militar, con el efecto de pérdida de tiempo para el servicio por igual duración, siéndole de abono el tiempo que hubiera permanecido preso a resultas del procedimiento.

**10. Disentimiento. Diligencias Preparatorias. Relato fáctico. Omisión en el Resultando de hechos probados. Incongruencia. Delito de conducción de vehículo de motor sin el correspondiente permiso (Art. 340, bis, c, C. P.). Falta de simple imprudencia (Art. 586-3.º, C. P.).**

*Sentencia de 7 de noviembre de 1979* (Segunda Región Militar).—El día 12 de febrero de 1976, el inculpado R. M. V., entonces Cabo primero del Regimiento de Infantería Soria núm. 9, se encontraba en el acuartelamiento de su Unidad, aproximadamente a media tarde y, sin poseer el correspondiente permiso para conducir vehículos de motor, solicitó del soldado de su misma Unidad J. R. B. autorización para utilizar el vehículo automóvil de su propiedad, con la alegación de que lo necesitaba para trasladar unos televisores a su pueblo, a lo que accedió su titular al creer de buena fe, pues así se lo había manifestado el mencionado Cabo, que se encontraba en posesión del carnet reglamentario. Con el vehículo de referencia, se ausentó del acuartelamiento sin la oportuna autorización para ello y después de realizar diversas actividades con el mismo, en las primeras horas del día siguiente el inculpado invitó a unos amigos a realizar un viaje en el turismo, y cuando circulaba a la altura del kilómetro 574 de la carretera N-431 (Sevilla-Huelva), término municipal de Sanlúcar la Mayor, a una velocidad excesiva y no

adecuada a las circunstancias concurrentes de nocturnidad y peligrosidad del tramo curvo existente en dicho punto kilométrico, se salió de la calzada al colisionar contra la defensa de una alcantarilla. A consecuencia del choque resultaron con lesiones los ocupantes paisanos J. S. L. y R. L. S., de las que tardaron en curar, sin defecto o deformidad algunos, seis y doce días respectivamente, durante los que estuvieron impedidos para sus ocupaciones habituales; se originaron, con tal motivo, gastos en la Residencia de la Seguridad Social del Instituto Nacional de Previsión de Sevilla, por un total de 16.757 pesetas; los daños al vehículo fueron tasados en 44.674 pesetas, con renuncia del propietario del mismo a todo tipo de indemnización y los ocasionados en las instalaciones de la carretera fueron valorados en 3.250 pesetas. Al inculpado, por razón de la ausencia de su acuartelamiento la noche de autos sin la preceptiva autorización le fueron impuestos sesenta días de arresto militar por el Jefe de su unidad (RESULT I).

*Juez Togado Permanente:* Dicitó sentencia, en la que tras declarar como probados los hechos que en la misma se consignan en su primer Resultando, absolvió con todos los pronunciamientos favorables a R. M. V. del delito de imprudencia simple antirreglamentaria del que venía acusado y le condenó como autor de un delito consumado de conducción ilegal del Art. 340, bis, c), del Código Penal en relación con el Código de la Circulación vigente, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 20.000 pesetas de multa, sustituible, en caso de impago, por dieciséis días de arresto, y como autor responsable de una falta de simple prudencia del art. 586-3.º del mencionado Cuerpo Legal, a la pena de 1.000 pesetas de multa y arresto sustitutorio de cinco días para el caso de impago. En concepto de responsabilidad civil se condena al inculpado a abonar al Instituto Nacional de Previsión la cantidad de 16.757 pesetas y al Estado, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, la de 3.250 pesetas.

*Autoridad Judicial:* Disiente por entender que del examen de la sentencia y de las actuaciones que la originan se deduce la omisión en el fallo dictado de la pena de represión que, conjuntamente con la fijada de multa, son las pertinentes conforme a lo dispuesto en el art. 586 núm. 3.º del Código Penal, vicio sustancial insubsanable en base a lo dispuesto en el Art. 800 del Código de Justicia Militar, lo que es motivo de disenso. Justifica además el disenso en base a la manifiesta incongruencia del juzgador, al exponer en el correspondiente Resultando de hechos probados que cuando el vehículo circulaba a una velocidad aproximada a 60 Km/h. permitida en aquella zona, por causas no determinadas, se salió de la calzada, sin que nada pudiese hacer el conductor por dominarlo, pues de ello, deduce que fue ajeno a su voluntad el percance sufrido o al menos considerar la presunción de inocencia del inculpado, a salvo de la prueba clara y contundente de lo contrario; y para mantener congruencia en la misma exculpa al repetido conductor del suceso inculpinado que no puede serle atribuido ni siquiera en el ámbito menos grave de la falta de simple imprudencia. Asimismo destaca la omisión en el Resultando de hechos probados de la carencia por parte del inculpado del correspondiente permiso de conducir vehículos de motor, aunque ciertamente haya una referencia implícita, más no de forma concluyente, cuyo supuesto es determinante de la infracción penal sancionada.

*Fiscal Togado:* Entiende que en la sentencia consultada se dan las infracciones alegadas por la Autoridad Judicial de la Segunda Región Militar, y ello por los mismos razonamientos expuestos, que la Fiscalía Togada suscribe íntegramente; considera que la Sala pudiera acordar la revocación del fallo y dictar nueva sentencia en la que, recogidos los hechos de la disentida con la adición que se propone, se califiquen y sancionen los mismos en la forma señalada por la Autoridad Judicial de la Región.

*Defensor:* Muestra su conformidad con los hechos narrados y la calificación jurídica que de los mismos hace la Autoridad Judicial, y los estima constitutivos de un delito de conducción ilegal del art. 340, bis,

b), del Código Penal, mas no en cuanto a la pena, que con base en las circunstancias derivadas de los hechos y antecedentes del inculcado, estima que debe ser la de 5.000 pesetas de multa, sustituible, caso de impago, por diez días de arresto. Por último hace referencia a los beneficios concedidos por el Real Decreto 388/77, de 14 de marzo, y por el Real Decreto 1135/77, de 27 de marzo, que entiende de aplicación al inculcado, por lo que debe ser indultado de la totalidad de la pena mencionada. *Fiscal Togado*: en el acto de la vista, modificando su escrito de acusación, entendió que los hechos enjuiciados eran, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, constitutivos de un delito de conducir vehículo de motor sin el correspondiente permiso, del art. 340, bis, c), del Código Penal Común, y solicitó la imposición de la pena de 20.000 pesetas de multa sustituibles en caso de impago por un mes de arresto, y de una falta de simple imprudencia del núm. 3.º del art. 586 del mismo Cuerpo Legal, para la que pidió la imposición de las penas de 1.000 pesetas de multa, sustituible en caso de impago por cinco días de arresto, y de represión privada. En concepto de responsabilidad civil debería abonar el inculcado al Instituto Nacional de Previsión la cantidad de 16.757 pesetas, y al Estado, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 3.250 pesetas; considera que son de aplicación los Reales Decretos de indulto de 14 de marzo de 1977 y 27 de mayo del mismo año. El *Defensor* del inculcado, en el mismo acto, se ratificó en su escrito de defensa. *C. S. J. M.*: Entiende que *la diferencia de criterios manifestados, de una parte por el Juez Togado permanente de la Segunda Región Militar en su sentencia y, de otra, por el Auditor de Guerra y la Autoridad Judicial al disentir de aquella, se centra en dos cuestiones fundamentales: la primera en la omisión en el Resultando de hechos probados, del de carecer el inculcado del correspondiente permiso de conducir vehículos de motor, ya que —según se dice en el disenso— si hay referencias implícitas a dicha carencia, no se expresa de una forma concluyente y necesaria para una adecuada calificación penal posterior; la segunda versa sobre la supuesta incongruencia de calificar como de imprudencia, en su graduación de falta, la conducta del inculcado sin que en los hechos que se declaran probados se refleje como tal (CONSID. I). Que los hechos declarados como probados en la sentencia penal constituye una de las indispensables premisas de la misma y de importancia tal que, sin ella, no sería posible la construcción de los fundamentos jurídicos de la referida resolución. Por ello, el legislador en el núm. 2.º del art. 790 del Código de Justicia Militar exige que en la sentencia se consignarán en Resultandos numerados los hechos relativos a los extremos o cuestiones que hayan sido objeto de investigación en la causa y deban serlo del fallo, haciéndose declaración expresa de los que el Consejo estime probados, lo que supone que el juzgador debe poner el mayor empeño y singular esmero en que el relato sea claro, concreto y decida, desde el punto de vista fáctico, de modo terminante, la problemática del proceso de que se trate, sin incurrir en ambigüedad, duda u omisión (CONSID. II). Que en el caso presente, la narración histórica de la sentencia analizada, ha de considerarse incompleta e insuficiente, al no determinar de forma concluyente aspectos fácticos que precisen adecuada concreción. En dicho relato se omite la expresión clara, terminante e indudable, de la carencia por parte del condenado del pertinente permiso de conducir que le habilitase para el uso del vehículo siniestrado; de igual forma no se refleja en el Resultando de hechos probados de la sentencia disentida, la conducta evidentemente culposa del conductor del vehículo dañado, olvido el señalado, que determina la alegación de incongruencia por parte del Auditor y Autoridad Judicial como otro motivo del disenso, y es que resulta manifiesto que el inculcado, en el día de autos, obró con la imprudencia en el grado que se define en la sentencia, ya que imprudente conducta resulta la de quien con pericia no acreditada, a velocidad excesiva, circula por una curva, a altas horas de la madrugada, y por causa de dichas circunstancias se sale de la calzada y origina daños importantes en el coche que conducía y lesiones a sus*

*ocupantes (CONSID. III). Que consecuencia necesaria de la omisión mencionada en primer lugar en el Considerando anterior, es la de que ha de acogerse el motivo primero del disenso alegado por el Auditor de Guerra y Autoridad Judicial; no así el expuesto en el segundo lugar, y que en razón de los que se declaran como probados en esta sentencia se llega a establecer de forma correcta y congruente el silogismo penal entre los hechos revisados y la calificación jurídica de los mismos (CONSID. IV). Que a tenor de lo expuesto, los hechos que se declaran probados en el primer Resultando son constitutivos de un delito consumado de conducir por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso, previsto y penado en el art. 340, bis, c), del Código Penal Común, y de una falta de simple imprudencia prevista y penada en el núm. 3.º del art. 586 del mismo Cuerpo Legal (CONSIDERANDO V). Que de los expresados delitos y falta es responsable en concepto de autor, el inculpado en autos R. M. V., sin antecedentes penales (CONSID. VI). Que no concurren ni son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (CONSID. VII). Que conforme a lo dispuesto en el art. 19 del Código Penal Común, toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, y, por tanto, procede declarar la del inculpado R. M. V., sobre la suma pendiente de abonar al Instituto Nacional de Previsión por cuantía de DIECISEIS MIL SETECIENTAS CINCUENTA Y SIETE PESETAS, y al Estado, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, por la de TRES MIL DOSCIENTAS CINCUENTA PESETAS (CONSID. VIII). Condena al encartado R. M. V., como autor responsable de un delito consumado de conducir vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso, previsto y penado en el art. 340, bis, c), del Código Penal Común, a la pena de VEINTE MIL PESETAS de multa, sustituible, caso de impago, por DIECISEIS DIAS de arresto; y como autor responsable de una falta de imprudencia del núm. 3.º del Artículo 586 del mismo Cuerpo Legal, a las penas de MIL PESETAS de multa, sustituible, caso de impago, por CINCO DIAS de arresto, y de Represión privada. En concepto de responsabilidad civil deberá abonar el ya condenado, al Instituto Nacional de Previsión, la cantidad de DIECISEIS MIL SETECIENTAS CINCUENTA Y SIETE PESETAS, importe de la asistencia sanitaria de los lesionados, y al Estado, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, la de TRES MIL DOSCIENTAS CINCUENTA PESETAS, a que asciende la reparación de los daños causados.*

**11. Disentimiento. Deserción (Arts. 370-1.º/372, C. J. M.). Estado de necesidad. No concurre ni como eximente ni como atenuante. Graduación de la pena.**

*Sentencia de 7 de noviembre de 1979 (Zona Marítima del Cantábrico). El día 13 de mayo de 1977 el entonces marinero de la Armada hoy procesado M. P. R., cuyas circunstancias personales anteriormente constan debidamente referenciadas, salió franco de localidad de su destino de la Escuela Naval Militar, debidamente autorizado, trasladándose al domicilio de sus suegros en Vigo, en el que convivía con su esposa que se encontraba en estado de gestación, y como quiera que surgieran desavenencias con sus suegros, el matrimonio fue expulsado de dicho domicilio, por lo que el procesado continuó con su esposa hasta ver de conseguirle cobijo, pernoctando ambos en los bajos del Polígono de Goya y efectuando las comidas en casa de un amigo, donde fue detenido por funcionarios del Cuerpo General de Policía el día 3 de junio de 1977 (RESULTA. I). C. G. Ordinario: Dictó sentencia en la que, declarando probados unos hechos análogos a los que se recogen en esta, los consideró constitutivos de un delito de Deserción militar previsto y penado en los arts. 370 y 372 del C. J. M.; de dicho delito reputó autor por su participación voluntaria y directa al procesado, exmarinero de la Armada M. P. R. y apreciando la circunstancia eximente séptima del art. 185 del C. J. M., de estado*



de necesidad, toda vez que el procesado ante la situación de desamparo en que quedaba su esposa adoptó la resolución de no volver a su destino en tanto no consiguiese que la misma pudiese tener atendidas sus elementales necesidades de cobijo y manutención, agravadas por el hecho de encontrarse en estado de gestación, sin que dicha ausencia causase perjuicio al servicio ni supiese abandono o dejación de obligaciones por los que tuviese el deber de sacrificarse, absolvió al procesado del delito de Deserción militar que le imputaba el Fiscal Militar, por concurrir la circunstancia eximente de estado de necesidad prevista en el punto 7.º del art. 185 del Código de Justicia Militar. *Autoridad Judicial:* Muestra su conformidad con los hechos declarados probados por la sentencia, en cuya apreciación correcta no existe error notorio; igualmente estima correcta la calificación de los hechos, pero discrepando en cambio del criterio mantenido al respecto por el Tribunal Sentenciador, considera que la apreciación de la circunstancia eximente de estado de necesidad, como concurrente en el supuesto que se contempla, no resulta ajustada a la Ley, ni se desprende de los hechos declarados probados que el procesado para evitar un mal mayor, tuviera necesidad de abandonar sus deberes militares, dejando de incorporarse a su destino, puesto que la atención de las necesidades de la esposa del procesado, desamparada por sus padres, no precisaba ineludiblemente la compañía personal del procesado, teniendo en cuenta que desde el día 13 de mayo de 1977 contaba el procesado con un piso que le facilitó doña M. D. B. (folio 44) donde pudo albergarse la esposa, sin que fuera imprescindible que se albergase también el inculpado, el cual, por otra parte, no se preocupó, como pudo hacerlo, de exponer a sus superiores las circunstancias en que se hallaba, para interesar en su caso, la obtención de un permiso, sin que conste haber tomado determinación alguna referente a sus obligaciones militares, hasta ser detenido por funcionarios del Cuerpo General de Policía, 20 días más tarde, por lo que a juicio de la Autoridad Judicial, procede disentir de la sentencia dictada y elevar las actuaciones al Consejo Supremo de Justicia Militar, proponiendo sea condenado el exmarinero de la Armada M. P. R., como autor de un delito de Deserción militar previsto y penado en los arts. 370 y 372, ambos del C. J. M., a la pena de seis meses y un día de prisión militar, para cuyo cumplimiento debe serle de abono el tiempo en que haya estado privado de libertad a resultas de esta Causa. *Fiscal Militar:* Se adhirió al criterio sustentado por la Autoridad Judicial, con su Auditor, estimando que aunque el Consejo de Guerra había calificado correctamente los hechos como constitutivos de un delito de deserción, previsto y penado en los arts. 370 y 372 del C. J. M., es lo cierto que no debió apreciar la circunstancia eximente del apartado 7 del art. 185 del Código Castrense, por no concurrencia en este caso de los requisitos exigidos en la misma, que si en un principio pudieron existir, desaparecen desde el momento mismo en que el procesado resuelve el alojamiento de su esposa y no se presenta a sus superiores a dar cuenta de su situación, permaneciendo fuera de control militar desde el día 13 de mayo de 1977 al 3 de junio del mismo año, en que fue detenido por la Policía, sin que durante dicho tiempo hubiese mostrado intención de volver a su destino, ni se hubiera preocupado de exponer a sus superiores las circunstancias por las que no regresó al mismo, por lo que considera acertados los razonamientos expuestos por el Auditor en su dictamen, y, en consecuencia, estima que los hechos cometidos por el procesado son constitutivos de un delito previsto y penado en los arts. 370-1.º y 372 del C. J. M., sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por lo expuesto, procede, a su juicio, que la Sala resuelva el disenso planteado, dictando nueva sentencia en la que, de acuerdo con el Capitán General de la Zona Marítima del Cantábrico y con el dictamen de su Auditor, se condene al procesado M. P. R., como autor de un delito consumado de deserción, previsto en el art. 370, 1.º, y penado en el art. 372, ambos del C. J. M., a la pena de seis meses y un día de prisión.

con las accesorias legales correspondientes, y con abono del tiempo en que permaneciera privado de libertad por razón de esta causa, y sin exigencia de responsabilidades civiles. El *Defensor* del procesado, prestando su conformidad a los hechos declarados probados por el Consejo de Guerra, recogidos en el escrito del Excmo. Sr. Fiscal Militar, así como a su calificación como delito consumado de deserción militar definido en el art. 370 y penado en el art. 372, ambos del C. J. M., del que considera responsable en concepto de autor a su defendido, alega por el contrario la concurrencia en el presente supuesto de la circunstancia eximente de estado de necesidad que contempla el apartado 7 del art. 185 del repetido Texto legal, basándose para ello, de una parte, en que según la declaración del procesado obrante al folio 21 de la causa, este se vio obligado a abandonar el domicilio de sus suegros, en donde residía con su mujer, en avanzado estado de gestación, debido a malos tratos en la persona de su esposa por parte de su suegro, persona de mala conducta pública y privada, y alcohólico, según consta en el informe de la Guardia Civil del puesto de Bouzas, obrante al folio 35, en el que se manifiesta asimismo que son habituales en él los malos tratos de obra, por lo que su defendido se vio obligado a encontrar un lugar donde pudiera acomodar a su esposa debidamente atendida, dado su estado avanzado de gestación, no procediendo a dejarla sola, manifestando al contrario de lo informado por el Excmo. Sr. Fiscal Militar en el penúltimo párrafo de su escrito, sobre la desaparición de los requisitos del estado de necesidad, que pudieron existir en un principio, desapareciendo en el momento en que el procesado resolvió el alojamiento de su esposa, que la necesidad para su defendido no era sólo alojamiento, sino también de la debida atención a su esposa maltratada, situación agravada por su avanzado estado de gestación, por lo que el hecho de habersele facilitado por M. D. B. otra casa de su propiedad, según consta en declaración obrante al folio 44 de la causa, indudablemente vacía, no implicaba de modo alguno que se subsanase la necesidad de atención que precisaba la esposa del procesado, por lo que resulta evidente, según manifiestas, que el estado de necesidad seguía existiendo, y que su defendido, infringía un deber, impulsado por ese estado para evitar un mal propio y a la vez ajeno, en la persona de su esposa; manifestando en segundo término que se desprendía de la declaración del Teniente de Máquinas don F. S. G., Jefe del Taller Mecánico de la Escuela Naval Militar obrante al folio 73 de la causa, que el mal que el procesado causó al servicio con su ausencia no era grave, deduciéndose de esta declaración, que el mal causado por su defendido no era mayor que el que se trató de evitar; en tercer término manifestó que la situación de necesidad no había sido provocado intencionadamente por su defendido, a la vista del estudio de los hechos; y en cuarto término manifestó que resultaba obvio que su defendido no tenía, por su oficio o cargo, obligación expresa de sacrificarse, razones todas ellas que abundaban en la apreciación de la circunstancia eximente contemplada en el apartado 7 del art. 185 del C. J. M., por lo que procedía la libre absolución del procesado. C. S. J. M.: *Revoca, entendiend*o que *el punto esencial de disenso se reduce a determinar si en la conducta del procesado en el hecho de autos concurre la circunstancia de estado de necesidad, definida en el art. 185, número 7 del C. J. M., bien con carácter de eximente o atenuante de la responsabilidad criminal, o si por el contrario hay que declarar su inexistencia, sin que aparezca divergencia de criterios en los demás aspectos, toda vez que existe coincidencia total, tanto por parte del Auditor y Autoridad Judicial de la Zona Marítima del Cantábrico, como en los informes del Fiscal Militar y Defensor ante este Alto Centro, en cuanto a la relación fáctica, calificación legal como deserción militar, y autoría del procesado, coincidencia que se estima plenamente aceptada en sus planteamientos por esta Sala (CONSID. 1). Que por lo tanto, y centrado el debate en el estudio de si la circunstancia de estado de necesidad concurre o no en el presente supuesto, hay que concluir en su inexistencia, ya que la infracción del deber militar de*

*permanencia en el servicio, cometida por el procesado, para encajar en el supuesto típico del art. 185, 7 o en el del art. 186, 1, hubiera debido ser motivada, no por una apreciación subjetiva del mismo de las circunstancias personales y familiares concurrentes en su esposa, sino por una base netamente positiva, toda vez que el estado de necesidad, como se ha sustentado por la doctrina más reciente, se funda en el principio de la valoración adecuada de los bienes jurídicos en conflicto, sin referencia alguna a los elementos subjetivos e intencionales, ya que se trata de una circunstancia configurada como causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad, lo que exige que la acción realizada, tipificada penalmente, se efectúe en circunstancias tales que deje de ser desaprobada por el ordenamiento jurídico, exigencia de la que deviene la necesidad perentoria de que la estimación como eximente completa o incompleta de tal estado de necesidad, se sustente en hechos objetivos y notorios que planteen la urgencia de una decisión que resulte en definitiva más legítima, sin apoyarse por tanto en móviles de índole subjetivista, que son los que efectivamente impulsaron al procesado a la comisión del delito de desertión militar, desconociendo la realidad, que le hubiera permitido al menos una llamada telefónica o telegrama a sus superiores para darles cuenta de su situación y paradero exactos, lo que no hizo, razonamientos todos que abundan en la no apreciación en el presente caso de dicha circunstancia de estado de necesidad, como eximente o atenuante, criterio reiteradamente sostenido por esta Sala en sus resoluciones de 9 de julio de 1958 y 29 de mayo de 1968, entre otras (CONSID. II). Que los hechos declarados aprobados en el primer Resultando de esta Sentencia, son constitutivos de un delito consumado de desertión militar en tiempo de paz y en territorio nacional, sin circunstancias calificativas, previsto en el número primero del art. 370, y penado en el art. 372, ambos del C. J. M., del que aparece como responsable en concepto de autor, por participación directa y voluntaria, el exmarinero de la Armada M. P. R., conforme a lo prevenido en el art. 196, número primero del C. J. M., extremos todos ellos sobre los que no se ha planteado discusión ni contradicción entre las diversas Autoridades que han intervenido en una u otra fase de la sustanciación del presente disentiimiento (CONSID. III). Que conforme a los razonamientos expuestos en el segundo Considerando de esta sentencia, no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (CONSID. IV). Que sobre la base de la aceptada calificación jurídica del hecho perseguido y responsabilidad penal de su autor, queda por determinar la penalidad imponible al mismo, y a este respecto es obligado tener en cuenta el criterio contenido en el 2.º párrafo del art. 372 del C. J. M., de graduación proporcional de la pena en relación al tiempo de ausencia del desertor, dentro de los límites señalados para la prisión militar, en el primer párrafo del mismo precepto, entre seis meses y un día a dos años, debiendo asimismo aplicarse la pena accesoria de destino a Cuerpo de disciplina por el tiempo que reste del servicio en filas, con descuento para todos los efectos del de condena, de acuerdo con el art. 219 en su último párrafo, y segundo párrafo del art. 372, ambos del Código Castrense, así como el efecto especial de pérdida de tiempo de servicio y antigüedad del 2.º párrafo del art. 229 del mismo texto legal (CONSID. V). Que conforme a lo dispuesto en el art. 219 del C. J. M., deberá abonarse al procesado en su totalidad, para el cumplimiento de la condena, el tiempo de prisión preventiva, detención o arresto sufridos por los mismos hechos durante la tramitación de la presente causa (CONSID. VI). Que no son de exigir responsabilidades civiles, dada la índole del delito cometido (CONSID. VII). Condena al procesado, como autor responsable del delito consumado de desertión militar en tiempo de paz y en territorio nacional, sin circunstancias calificativas, previsto en el número primero del art. 370 del C. J. M., y penado en el art. 372 del mismo Código, sin que sean de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISION MILITAR, con la pena accesoria de destino a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que le reste de servicio en filas,*

## JURISPRUDENCIA

descontado a todos los efectos el de la condena, y el efecto especial de pérdida de tiempo de servicio y antigüedad en el mismo, con abono del tiempo de prisión preventiva, detención o arresto sufridos por los mismos hechos durante la tramitación de la presente Causa, y sin que sean de exigir responsabilidades civiles, dada la indole del delito cometido.

**Joaquín Hernández Orozco**

FRANCISCO  
· O · T · U · T · I · S · M · I ·  
· D · E · V · I · T · O · R · I · A ·



SECCION DE  
DERECHO  
MILITAR