

Arbitrio Judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar

Eduardo Calderón Susín

Comandante Auditor

Profesor de Derecho Penal en la
Universidad de Palma de Mallorca

SUMARIO: 1. El arbitrio judicial como «ratio essendi» de la existencia de las circunstancias y paradigma de su función. 2. Sistemas seguidos para la regulación de las circunstancias. 3. Sistema adoptado por el Código de Justicia Militar español. 3.1. Esquema general. 3.2. La integralidad del Código castrense. 3.3. Análisis del artículo 192. 3.3.1. Antecedentes. 3.3.2. Ambito de aplicación. 3.3.3. Interpretación del arbitrio. 3.3.4. Criterios para concretar la pena. 3.4. Análisis del artículo 193. 3.5. Defensa del sistema establecido en los artículos 192 y 193. 3.6. Algunos otros problemas relativos a la determinación de la pena. 3.6.1. Gran extensión entre los límites de la pena. 3.6.2. El arresto militar como pena para delito. 3.6.3. Aplicación a las faltas graves las reglas establecidas para los delitos.

El legislador, al acuñar los diversos preceptos penales, culmina un proceso de abstracción estableciendo para cada tipo de delito una responsabilidad normal o básica, de modo que, tras esa primera individualización legal, el Juez, al encontrarse con el caso concreto, si estima que en éste concurren todos los elementos que integran el delito, lleva a cabo la auténtica individualización en el sentido de pronunciar la existencia de responsabilidad penal.

Si la pena aparejada al injusto por el legislador consiste en una magnitud invariable, ya habrá terminado el proceso de concreción del juzgador; si por el contrario, y como frecuentemente ocurre, la pena abstractamente prevista en la ley oscila entre unos límites, es cuando entran en juego las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; de cómo operan éstas según nuestro vigente Código de Justicia Militar es precisamente el objeto de las páginas que siguen en las que, tras explicar el origen y razón de ser de las circunstancias y los sistemas que en el derecho militar comparado se siguen en esta materia, abordaré, como núcleo de la exposición, una aproximación al estudio de la actual regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

1. EL ARBITRIO JUDICIAL COMO «RATIO ESSENDI» DE LA EXISTENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS Y PARADIGMA DE SU FUNCION

Si bien el origen del derecho penal se pierde en la oscuridad de la historia como en frase literaria se ha dicho (1), la consistencia de las circunstancias modificativas ha supuesto el avanzar a posteriores estadios.

Ha sido señalado por Mommsen que «el arbitrio judicial, como facultad concedida a los jueces para elegir entre varias formas de penalidad o de entre distintas prescripciones penales, era una cosa de tal modo inherente al sistema de coerción como contradictoria era al Derecho penal primitivo, en el que no se conocían penas alternativas ni subsidiarias, careciéndose por completo de medida de tiempo ni pecuniaria, a no ser el traducir a cifras el valor de la cosa», añadiendo el insigne romanista que, en las Doce Tablas, el derecho penal privado excluía el arbitrio judicial, mientras que en el público lo único que se podría hacer era o absolver o condenar a pena capital (2).

Va a ser en una etapa de ulterior desarrollo del derecho penal que el papel de las circunstancias modificativas surja, si bien tímidamente.

Contraídos a Roma (3), es indudable que llega un momento de reconocimiento, y aun sistematización, de las modificativas: reiterado ha sido el pasaje del Digesto del que se sintetizan las siete consideraciones (causas, persona, lugar, tiempo, calidad, cantidad y hecho) que deben tenerse en cuenta para imponer una pena más o menos grave.

Los propios historiadores, sin embargo, no se han cansado de repetir que el arbitrio judicial fue adquiriendo progresivamente mayor dominio, hasta tal punto que en la práctica se echó por tierra el orden jurídico. Más que de arbitrio había que hablar, en expresión gráfica, de arbitrariedad, aunque los textos legales siguieran estableciendo las pautas con las que operar (4).

Arbitrariedad, pues, como tónica general de la actuación de los jueces, en mayor o menor grado, según momentos y lugares, pero arbitrariedad en suma, porque, además de no sentirse el juzgador vinculado por unos criterios legales, las enumeraciones que de las atenuantes y agravantes se hacen, en leyes o por los jurisprudenciosos, eran «vagas,

(1) MAURACH, Reinhart, «Tratado de Derecho Penal», traducción de Córdoba Roda, Ariel, Barcelona 1962, vol. 1, pág. 46.

(2) Ver MOMMSEN, Teodoro: «El Derecho penal romano», traducción de P. Dorado Montero, editado por «La España Moderna», Madrid s/a, págs. 479 y ss.

(3) Esquemáticamente, ver RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español. Parte General», Madrid 1961, pág. 658.

(4) Por ejemplo, en las Partidas, la 7.ª, título XXXI, ley 8.ª.

abiertas y propicias a la interpretación extensiva», como de forma rotunda mantiene Tomás y Valiente (5).

Es contra el sistema social y político que, en el siglo XVIII, se reacciona esencial y activamente, primero con una base ideológica sustancial y consistente, después con realizaciones en la práctica: las distintas revoluciones, las coloniales y la francesa, van a servir de catapulta a las ideas que las posibilitan y, en cuanto al derecho penal, se ponen las bases de cuál va a ser el del futuro, un derecho humanitario e individualista (basado en las ideas liberales), a partir del que va a llegarse, con las aportaciones científicas, al vigente en los países más o menos impregnados de una cultura e ideología común.

Dicho momento, el siglo XVIII y principios del XIX, es, en consecuencia, trascendente para perfilar la significación, función y, por tanto, la esencia de las circunstancias modificativas.

En 1766 afirmaba Voltaire: «Por cualquier parte que extendamos nuestra vista vemos la contrariedad, la dureza, la incertidumbre, la arbitrariedad», con lo que cerraba su comentario al libro «De los delitos y las penas», de Beccaria (6). Es en este último donde, espigando el texto en ocasiones oscuro y farragoso de su obra, encontramos explicado el recelo contra los magistrados, la estricta sujeción a la ley que en su labor deben observar, el que ninguna interpretación de las leyes penales «pueda residir en los jueces penales» (7). Pero no he hallado, a pesar de las explicables extremosidades contenidas en su obra, ningún pasaje en que se manifieste partidario de la pena de magnitud invariable como medio de cortar al juzgador toda posibilidad de arbitrio, palabra, eso sí, de la que sus contemporáneos de parigual ideología huían por haberla asimilado al término arbitrariedad (8).

Es el primer Código revolucionario francés, el de 1791, que, en el punto que ahora nos interesa, el del arbitrio judicial en orden a la individualización penal dentro de la prefijada por la ley, recoge al máximo esta idea de recelo hacia el juzgador, convirtiéndole, al establecer tan sólo las penas absolutamente indivisibles, en un mero autómatas al que, habiendo establecido las premisas de la culpabilidad, la solución o consecuencia le venía dada de modo invariable, sin posibilidad de entrar en ninguna otra consideración que establecer una determinada conducta y subsumirla en el correspondiente delito establecido en la ley. Sobre la cantidad de pena era jurídicamente imposible que el Tribunal hiciera elección alguna.

(5) En «El Derecho penal de la monarquía absoluta», Tecnos, Madrid 1968, pág. 351.

(6) Página 160 del opúsculo que se cita en la nota siguiente.

(7) Ver BECCARIA, Cesare de: «De los delitos y de las penas», traducción de Juan Antonio del Val, número 133 de la colección «El libro de Bolsillo», de Alianza editorial, Madrid 1968, especialmente en los capítulos 3, 4, 6, 7 y 43.

(8) No obstante, tanto Beccaria como Lardizábal hacen más bien referencia a problemas interpretativos que de arbitrio judicial concedido por la Ley.

La reacción contra tan extrema postura, abonada científicamente por la idea de que la pena debía ser proporcionada únicamente al mal cometido (9), fue fulminante y las voces que se alzaron contra el sistema del mencionado texto penal francés fueron unánimes, sirviendo, de una parte, para corregir en las realidades legislativas aquella extrema postura, mediante la introducción de penas fijadas legalmente entre un máximo y un mínimo, y, de otra, para establecer el significado y la función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En efecto, el Código napoleónico de 1810 abandona aquella rígida previsión legal de la pena; máxime cuando la privativa de libertad, que, a partir de aquellas calendas, y por influjo de las ideas ilustradas, va a convertirse en el eje de los sistemas punitivos, es lógica y perfectamente divisible.

En España, el C. P. de 1822 también estableció el mecanismo idóneo para el ejercicio del arbitrio judicial, catalogando en los artículos 106 y 107 una serie de circunstancias que «agraven o disminuyan el delito», respectivamente, a la par que señalaba con anterioridad que «en los casos en que la ley imponga al delito pena corporal o no corporal o pecuniaria de tiempo o cantidad indeterminada, y fijando solamente el mínimun y máximun, los jueces de hecho deberán, cuando declaren el delito, declarar también su grado»; añadiendo que «en cada uno de estos delitos habrá tres grados» (10).

Ya a partir del C. P. de 1848, nuestro ordenamiento jurídico fijaba el complejo sistema dosimétrico que ha llegado, con ligeros retoques, hasta nuestros días (11).

Doctrinalmente pasa a ser mayoritaria la posición de que el arbitrio judicial, sin conculcar la seguridad jurídica que implica el principio de legalidad, es totalmente necesario a fin de lograr una auténtica individualización penal, de modo que los jueces, dentro de los límites que la ley establece, imponen la pena que estiman justa atendiendo a los criterios que el propio texto legal prescribe y que no son otros que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (12).

Viene ello impuesto por razones de justicia y de equidad, y es hasta tal punto cierto: a) Que en los Códigos penales van desapareciendo

(9) BECCARIA, *ob. cit.*, capítulo 6. Aunque la idea parece fundamental, en el sentido de que la ley en su proceso de abstracción debe así fijar la pena, desde el momento en que se pretende excluir la individualización judicial se llegan a consecuencias absurdas e injustas.

(10) El resabio, por lo reciente, de la rígida y extrema postura de los revolucionarios franceses en 1791, es ostensible en nuestro legislador de 1822 ya que, más adelante, prescribió: «Cuando la ley imponga pena fija y determinada, será esta la que se aplique irremisiblemente, sin necesidad de distinguir el grado delito».

(11) En el proyecto de ley Orgánica de Código Penal de 1980 (en adelante P. L. O. C. P.) se pretendía simplificar el sistema, aunque la idea de la que se parte es la misma.

(12) Sobre este aspecto doctrinal, en España, es imprescindible por lo completo, a la vez que sintético, y la selección de citas, ver ORTIZ BERENGUER, Enrique. «Atenuante de análogo significación». Universidad de Valencia, 1978, págs. 26 y ss.

esas penas «fijas y determinadas», a las que hacía mención nuestro legislador de 1822, y de las que aún quedan se puede afirmar que son puramente residuales (13); b) Que es corriente la crítica de aquellas leyes que prevén la pena de muerte como única; y c) Que, concebida la pena de multa en nuestro C.P. como jurídicamente indivisible (14), se postuló se diera entrada en nuestro Derecho al sistema de los días-multa (15), una de cuyas ventajas estriba en poder graduar el número de días teniendo en cuenta las circunstancias modificativas, mientras que el importe de la multa se haga conforme a la capacidad económica del culpable (16).

Trasladados al derecho penal militar español vigente, no cabe ninguna duda que esta explicada función general de las circunstancias modificativas como criterios moduladores del arbitrio judicial es de él predicable, si bien resalta, como especialidad respecto del derecho penal común, el amplio arbitrio que la Ley otorga a los Tribunales castrenses, tal y como será detallado más adelante. Valga ahora resaltar que la explicación a este hecho es, a mi juicio, únicamente histórica.

2. SISTEMAS SEGUIDOS PARA SU REGULACION

Sobre la base expuesta de otorgar arbitrio judicial en atención a las circunstancias, los distintos ordenamientos jurídicos siguen diversos sistemas en cuanto a la apreciación de las mismas.

Antón Oneca señala que fundamentalmente son dos: el de dejarlas a la estimación del Juez o determinarlas en la Ley, indicando que si el primero «se funda en la imposibilidad de prever en la norma jurídica todos los matices de la vida, la fijación en la Ley tiene por finalidad la garantía del individuo frente a posibles abusos de los encargados de administrar justicia y procurar la igualdad en las resoluciones judiciales» (17).

Con más detalle, Del Rosal, aludiendo a las distintas orientaciones de los Códigos, hace la siguiente clasificación de éstos: a) Los que otorgan a los tribunales una facultad completamente discrecional; b) Los que siguen el sistema de las llamadas atenuantes genéricas; c) Los que contienen una enumeración cerrada o abierta de las circunstancias,

(13) En nuestro C. P. sólo figuran las reprobaciones, totalmente periclitadas y en tren de desaparecer (no figuran en el P. L. O. C. P.), la pérdida de la nacionalidad española (aplicable solo a los naturalizados, reos del delito de traición) y el comiso.

(14) Ver RODRIGUEZ DEVEZA, ob. cit., pág. 888.

(15) Y así lo hacía el P. L. O. C. P.

(16) De ahí que el actual artículo 63, si operar sólo la multa de cantidad predeterminada, aunque entre unos límites, relegue a un segundo plano la concurrencia de circunstancias modificativas.

(17) ANTON ONECA, José: «Derecho Penal. Parte General», Madrid 1949, págs. 323 y 324.

dando reglas para su aplicación; y d) Los códigos más recientes, como grupo residual (18).

Respecto de los ordenamientos punitivos militares, puede perfectamente adoptarse este esquema más explicativo, ya que, como más adelante expondré y es notorio, el derecho penal castrense tiende mayoritariamente a concebirse como especial respecto del común, siendo gran parte de los Códigos o Leyes complementarios de los ordinarios, por no citar la importante corriente del «Código único», comprensivo de toda la materia penal (19); por ello las regulaciones de los textos comunes son aplicables, en principio, en la esfera militar, salvo que en ésta se disponga otra cosa.

Cabría, pues, distinguir de entre las leyes militares en relación con el arbitrio judicial y las circunstancias:

a) Las que silencian su regulación, depositando en los tribunales la facultad discrecional de imponer la pena dentro de determinados límites; en los países de cultura jurídica continental europea es el sistema más infrecuente, citándose como ejemplo el holandés.

Es quizá el más extendido en la cultura anglosajona, en cuyo contexto, una vez formulado positivamente el juicio de culpabilidad, suele moverse el juzgador con gran libertad en la fijación de la pena dentro de los límites preestablecidos. La Ley Penal militar israelí (de 1955) puede ser adscrita a este sistema.

b) Las que siguen el sistema de las llamadas «circunstancias genéricas», a cuyo tenor es suficiente que los jueces decidan sobre la existencia o no de ellas, sin necesidad de precisar cuál o cuáles sean. En este grupo subdistinguiría otros dos: uno puro, en el sentido de que es ésta la regla única, vrg. Bélgica (20); y otro que, a su vez, admite una categoría de circunstancias calificadas, que, por suponer la ampliación del arbitrio judicial, deben de modo expreso ser mencionadas por el juez, estando limitativamente previstas por el legislador. Es el sistema francés (21) y, por absoluto mimetismo, el de Marruecos y Arge-

(18) Ver DEL ROSAL, Juan: «Tratado de Derecho Penal Español. Parte General». Darro, Madrid 1972. volumen II, págs. 491 y ss. Un resumen de la exposición de DEL ROSAL en el «Compendio» preparado por RODRIGUEZ RAMOS, editorial Darro, Madrid 1974.

(19) Ver más adelante apartado 3.2.

(20) El Código penal militar belga de 1870, el más breve de los que conozco con sus 62 artículos, constituyó un modelo de complementariedad de la ley punitiva castrense, disponiendo su ordinal 58 que «las disposiciones del libro 1.º del Código penal ordinario, no derogadas por la presente ley, se aplicarán a las infracciones cometidas por militares». Puede verse en BACARDI, Alejandro de: «Nuevo Colón», 3.ª edición, tomo III, Barcelona 1978. Este Código Penal de 1870 continúa vigente, aunque está en marcha su sustitución. El anteproyecto que he manejado sigue, en los puntos aludidos, igual postura.

(21) El C. J. M. francés de 1965 se remite al C. P. común donde se distingue entre excusas y circunstancias atenuantes; las primeras, expresamente previstas y enumeradas por el legislador, permiten apreciar una pena menos rigurosa (provocation, minorité, crédulité de l'agent); las segundas autorizan al juez, según el artículo 463, a atenuar la pena, no definiendo la ley cuales sean, de modo que la apreciación es discrecional del juzgador. «Basta al juez constatar que existen circunstancias atenuantes o que procede hacer al inculcado una aplicación moderada de la ley». Ver MERLE/VITU, «Traité de droit criminel», éditions Cujas, Paris 1973. La reciente reforma del C. J. M. mediante la Ley 82-821 de 21 de julio de 1982 en nada afecta a la materia estrictamente penal; supone la adaptación orgánica y procedimental consiguiente a la supresión de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz o territorio francés.

lia. Lo recuerda, en parte, el Código de Justicia Militar Mejicano de 1933, sobre el que volveré.

c) Gran parte de los códigos contienen una enumeración cerrada o abierta de las circunstancias, a la par que se dan reglas para la apreciación concreta de las mismas por el juzgador. Normalmente, el sistema se completa previendo también circunstancias en la parte especial, que constituyen unas modulaciones específicas respecto de determinados delitos.

Las diferencias, no obstante, dentro de este gran grupo son múltiples, dando lugar a unas reglas más o menos flexibles, e incluso muy rígidas como las de nuestro C. P. (22), en contra de lo que ocurre con el C. J. M., de modo que la tendencia general la constituye más bien la de este último que la de aquél.

En efecto, son numerosos los Códigos militares que, tras enumerar una serie de circunstancias, indican que deben tenerse en cuenta por el juzgador para elegir la pena concreta, pero sin dividir ésta en grados. Ocurre ello en Argentina (23), Colombia (24), Perú, Portugal y Uruguay. Se suele excepcionalmente permitir que el juez baje de grado la pena, o, con más restricción todavía, el que la suba, bien con una fórmula flexible (25), bien por la concurrencia de unas determinadas circunstancias (26).

Otros textos legales establecen la posibilidad o la obligación de salirse del grado de pena. Tal se da, por citarlos cronológicamente, en Suiza, Italia y Cuba (27).

Pocos, por fin, escinden la abstracta pena prevista por el legislador en grados. Es el caso de Venezuela (28).

d) En último grupo debe aludirse a los sistemas que establecen, más que unas tasadas circunstancias, unos criterios generales y amplios a los que deba sujetarse el juzgador. Recuerdan el sistema francés, pero no se trata exactamente de la misma preceptuación; me estoy refiriendo a regulaciones como la del Código Penal alemán, cuyo párrafo 47 irradia al campo militar (29).

(22) Y lo sigue siendo el P. L. O. C. P.

(23) C. J. M. de 1951, en la regulación de esta materia es el que más recuerda al vigente C. J. M. español.

(24) Código de Justicia Penal Militar de 1958.

(25) Caso de Perú y Portugal: C. J. M. de 1950 y C. J. M. de 1977 respectivamente.

(26) Como ocurre en el Código Penal Militar uruguayo de 1943.

(27) Código penal militar suizo de 1943, el italiano de paz de 1941 y Ley penal militar cubana de 1966.

(28) Regulación esta, la de Venezuela (C. J. M., de 1938), que recuerda en gran manera a la adoptada en el P. L. O. C. P. al dividir en dos mitades la pena señalada a la Ley.

(29) Pues el artículo 3.º de la Ley penal militar prescribe que «el derecho penal común se aplicará siempre que esta ley no determine otra cosa», y las especialidades castrenses las circunscribe más adelante, además de a la obediencia y al miedo, a embriaguez y a las derivadas del diferente repertorio de penas. Me refiero a la Ley de 1957, e imagino que la de 1974 es similar.

El C. J. M. mejicano de 1933 recuerda en parte al ordenamiento germano, aunque la influencia del francés parece manifiesta.

Dejar constancia, y acabo con ello esta rápida panorámica, de un ordenamiento como el ruso (30), en donde, para determinados delitos, la concurrencia de circunstancias atenuantes ocasiona «la aplicación de los preceptos de la ordenanza disciplinaria del Ejército de la U. R. S. S.».

3. SISTEMA ADOPTADO POR EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

Nuestro C. J. M. vigente, en punto a circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y a su valoración por los Tribunales, se aparta sensiblemente del sistema establecido, como común, en el C. P.

3.1. Esquema general

De las circunstancias y arbitrio judicial se ocupa el C. J. M. en el Tratado 2.º, nominado «Leyes Penales» (31), y dentro de él en el título II: «De las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal».

Pero no es, a pesar de los términos que lo encabezan, todo el título el que a estas circunstancias se contrae, sino exclusivamente los capítulos 2.º a 7.º, ambos inclusive, desde los artículos 186 a 193, excepción hecha del 191, que se refiere a eximentes.

La imprecisión técnica y terminológica de nuestros textos punitivos castrenses se manifiesta aquí una vez más: si el C. P. llama a las eximentes circunstancias, lo cual es ya inexacto (32), el C. J. M. añade otro absurdo al englobarlas como modificativas, y lo hace a plena consciencia o por lo menos reiteradamente, pues en la exposición de motivos alude también a «las circunstancias modificativas eximentes». Si es cierto que las eximentes no pueden ser nunca circunstancias, pues afectan a la esencia del delito, de tal suerte que su concurrencia, al suprimir un elemento necesario, lo anula, tampoco es sostenible que modifiquen la responsabilidad criminal, ya que ésta no nace. No obstante, carece la imprecisión, al igual que en el C. P., de trascendencia, porque, además de ser absoluta y prioritariamente explicativo el calificativo de eximentes, el artículo 191 del C. J. M. obliga a la apreciación de las «causas» de exención señaladas en esta Ley.

(30) Ley sobre responsabilidad penal por delitos militares de 1958.

(31) Recordar que en su afán omnicompreensivo el legislador de 1945, siguiendo la línea marcada por el C. J. M. de 1890, incluye en un texto legal único el doctrinalmente llamado derecho penal material y el formal (orgánico y procesal), amén de otras diversas y residuales materias (civiles y administrativas, y entre estas, las disciplinarias).

(32) Resulta curioso que muchos autores silencian todo comentario sobre esta imprecisión; se ocupe de ella de modo fulminante, como es en él característico, ANTON ONECA, ob. cit., pág. 323.

De otra parte, tampoco son verdaderas circunstancias modificativas «los casos especiales de agravación en delitos comunes» del discutido, no sólo en cuanto a su existencia, sino en torno a su significación, artículo 194 del C. J. M., que constituye el último capítulo del título en cuestión, y cuyo estudio excede con mucho los límites de este trabajo.

Son, pues, dentro de este título II del Tratado Segundo, los capítulos II a VI, y parte del VII (excluyendo el artículo 191), los que se ocupan de las circunstancias y que, siguiendo los términos de la propia ley en las rúbricas, hacen referencia a los siguientes aspectos:

— Capítulo II: «De las circunstancias atenuantes» (art. 186).

— Capítulo III: «De las circunstancias agravantes» (art. 187).

— Capítulo IV: «De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad, según los casos» (art. 188).

— Capítulo V: «De las circunstancias atenuantes calificadas» (artículo 189).

— Capítulo VI: «De las circunstancias agravantes calificadas» (artículo 190) (33).

— Capítulo VII: «De la apreciación de las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad» (arts. 191 a 193).

Se bosqueja en estos preceptos un sistema que poco tiene que ver con el construido en el C. P., pues aunque se enumeren (arts. 186 a 190) unas circunstancias atenuantes y agravantes, en «*numerus apertus*» aquéllas y de modo cerrado éstas, los artículos 192 y 193 determinan la vigencia de un amplio arbitrio judicial, de una gran flexibilidad en la fijación de la pena concreta, ya que, aunque estén perfectamente tasadas en el artículo 193, en relación con los antecedentes 189 y 190, las posibilidades de que los Jueces y Tribunales Militares suban o bajen el grado de la pena (es potestativo), se goza de libertad dentro de la propia pena, que, en la más frecuente cual es la privativa de libertad, está prevista con unos márgenes muy amplios y sin división interna alguna en grados; las atenuantes y agravantes no se valoran al modo del artículo 61 del C. P., sino que, junto a ellas, la segunda parte del artículo 192 establece unos criterios que pueden operar conjuntamente a la hora de individualizar la sanción el juzgador.

Ello permite afirmar, también en lo referente a circunstancias modificativas y al arbitrio judicial, la especialidad del derecho penal militar respecto del común, el contenido en el C. P.

[33] La reciente reforma del C. J. M. mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, ha dejado este artículo con una sola circunstancia, pero lo apresurado de su confección, ha hecho que se olvidaran, en la revisión de estilo, de poner en singular el epígrafe del capítulo, a pesar de que otros sí han sido cambiados (ver artículo quinto de la Ley). Estas prisas, siempre peligrosas en toda tarea legislativa, pueden traer unos difíciles problemas de interpretación, pues resulta que el artículo sexto suprime el artículo 190 del C. J. M., que en el artículo primero es modificado.

3.2. La integralidad del Código Castrense respecto del Común. Remodelaciones y particularismos

He predicado la especialidad de nuestro derecho penal militar, y no en un sentido puramente topográfico (34), sino en el de que por la propia naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en la ley marcial, ésta adopta una serie de particularismos o regulaciones distintas en diversas materias, pero siguiendo fiel a los principios e instituciones que, como comunes, se prevén en el C. P. 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 (35).

Así, el amplio arbitrio judicial mencionado constituye una especialidad indudable sobre cuyos fundamentos trataré de terciar, pero antes, y por lo que estimo de conexión con el término especialidad, debo dedicar unas líneas al concepto de complementariedad de las leyes penales militares, como expresivo de que éstas sólo deben contener, además de los concretos tipos delictivos castrenses, las reglas que se separan de la regulación del derecho penal común. Esta idea de complementariedad es secuela necesaria de la especialidad (36).

Contrario al de complementariedad es el concepto de integralidad (37), que no significa otra cosa sino que el legislador militar regula toda la parte general del derecho penal de modo paralelo al C. P. y con total independencia, teniendo en cuenta al ordenamiento común como pauta o indicación a lo sumo.

Una ley penal militar integral implica partir de una idea de autonomía o sustantividad del derecho punitivo castrense, pues es su instrumentación; tales ideas eran las sustentadas en nuestra Patria por las

(34) Por hallarse extramuros del C. P. Ver RODRIGUEZ DEVESA, P. general cit., pág. 33.

(35) Sobre la especialidad del Derecho Penal Militar, y abandonada ya idea de sustantividad y de autonomía tan querida en nuestro país desde que en 1913 SALCEDO RUIZ pronunciara su discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, puede verse: RODRIGUEZ DEVESA, José María, «Derecho penal militar y Derecho penal común», en Primeras Jornadas de Derecho Penal y Derecho de la Guerra, Valladolid 1961; NUÑEZ BARBERO, R., el mismo título del anterior, en A. D. F. y C. P., Madrid 1971, págs. 713 y ss.; COLOMBO, Carlos J.: «Sustantividad del Derecho penal Militar», en R. E. D. M., número 17, pág. 9, Madrid 1964. La doctrina italiana se ha ocupado del tema ampliamente; ver, por todos, VENDITTI, Rodolfo: «Il diritto penale militare nel sistema penale italiano», 4.ª ed., dott. A. Giuffrè editore, Milano 1978, pág. 23 y ss.

(36) No sólo doctrinalmente, sino en las realidades legislativas más recientes es la postura dominante; de complementarios cabe calificar a los textos punitivos militares de Alemania, Argentina, Bélgica, Cuba, Chile, Israel, Italia, Portugal, Uruguay, etc. Además es de destacar la corriente, incluida en los países socialistas, de que haya un sólo Código penal en el que esté abarcado lo militar, corriente que también está ganando adeptos en otros países como Suecia y Austria. Ver JIMENEZ Y JIMENEZ: «La nueva legislación penal militar sueca», nota en R. E. D. M., núm. 20, Madrid 1965, pág. 87 y ss.; y MILLAN GARRIDO, Antonio: «Los títulos X y XI del Código penal rumano», en R. E. D. M., número 37, Madrid 1979, páginas 221 y ss.

(37) Los conceptos fueron debatidos y los términos acuñados en la doctrina italiana, donde, una vez puestos de acuerdo en que los actuales Códigos penales militares (el de guerra y el de paz) son complementarios respecto del común, el tema ha perdido toda virulencia. Ver CIARDI, Giuseppe: «Trattato di Diritto penale militare», volume primo, parte generale, Bulzone editore, Roma 1970, pág. 18 y ss.

calendas en que aparece nuestro vigente C. J. M. (38), al que sin reparos cabe clasificar como integralista, amén de por lo dicho, por la vocación de exhaustividad que demuestra al copiar y repetir constantemente conceptos establecidos en el C. P., así como por el propio tenor del párrafo 2.º del artículo 257 del C. J. M. (39).

Por ello, y dado que la nota de especialidad se induce, no obstante, del conjunto del C. J. M., es labor prioritaria, del que pretende su exégesis, distinguir lo que es auténtico particularismo o regulación «propiamente especial» de lo que tan sólo se trata de una remodelación con la idea, más o menos encubierta y consciente, de mejorar el texto penal común. A estos particularismos y remodelaciones circunscribiré la exposición.

De otra parte, la regla del párrafo 2.º del artículo 257 obliga a establecer qué disposiciones del C. P. son de aplicación directa en el campo punitivo militar. En este sentido, por supuesto que con referencia a las modificativas, lo único que encuentro trasvasable del C. P. al C. J. M. es el contenido de los artículos 59 y 60.

3.3. Análisis del artículo 192

Se puede afirmar que es este artículo el central para concluir la consagración de un amplio arbitrio judicial en nuestra ley penal militar (40).

3.3.1. Antecedentes

Aunque alrededor de 1850 hubieron intentos codificadores del derecho militar en paralelo a los del común (41), éstos no fructifican hasta que el 17 de noviembre de 1884 se promulga el Código Penal Militar (42) en desarrollo de una previa Ley de Bases de 15 de julio de 1882; poste-

(38) Con acento despectivo aludía JIMENEZ DE ASUA, al ocuparse de las eximentes, a esta autosuficiencia del legislador castranense, señalando que «... en probanza del desconocimiento de los militares por cuanto hacen los que no visten (por fortuna) su entorchada ropa, se limita (el artículo 185 del C. J. M.) a copiar lo que dijo el derogado Código de la Armada... con ignorancia supina de lo que desde 1932... se había hecho en el Código común, sobre todo en orden al estado de necesidad», en «Tratado de Derecho Penal», tomo III, 3.ª edición, Losada, Buenos Aires 1965; por cierto, que el último inciso de la cita demuestra una total ignorancia de la reforma del C. J. M. por la Ley de 21 de abril de 1949, de cuyas resultas el número 7.º del artículo 185 pasó a ser pura transcripción de su equivalente del artículo 8.º del C. P., pero está traída por la Ilustradora de la tendencia del legislador militar español a considerarse autónomo en la elaboración de sus propios presupuestos.

(39) El artículo 7.º del C. P. no lo contradice, sino que es congruente con el párrafo 2.º del artículo 257 del C. J. M., cuya regla está pensada, más como precaución de haber olvidado algo, que como remisión en bloque a lo no establecido especialmente en la Ley Militar, que es el «modus operandi» de los Códigos complementarios.

(40) V. QUEROL Y DE DURAN, Fernando de: «Principios de Derecho militar español», editorial Naval, Madrid 1949, tomo II, págs. 73 y ss.

(41) Sobre estos intentos codificadores, y en general sobre los antecedentes de la codificación militar, debe verse: MUGA LOPEZ, Faustino: «Antecedentes del Código penal militar de 1884», en R.E.D.M. números 1 y 2, 1956. También ESTEBAN RAMOS, Salvador: «Hacia un nuevo sentido del derecho militar», en R. E. D. M. número 11, págs. 89 y ss., 1961.

(42) En adelante C. P. E.

riormente, a pesar de ser de la misma fecha la Ley de Bases, se promulga el Código Penal de la Marina de Guerra el día 24 de agosto de 1888 (43), para, finalmente, el 25 de junio de 1890 dictarse el Código de Justicia Militar, derogándose el de 1884 (44).

Queda patente que la codificación penal militar (45) quedó descolgada de la común, con lo que eran ya conocidas las críticas al complejo sistema establecido en esta última para la determinación judicial de las penas (46). Esto, unido a que los Tribunales militares habían venido actuando con total libertad hasta entonces y al amplio protagonismo del Ejército en la vida española del siglo XIX (47), explica que tanto el artículo 9 del C. P. E. de 1884 como el 17 del C. P. M. G. de 1888 y los artículos 172 y 173 del C. J. M. de 1890 permitieran al juzgador en los delitos militares, separándose del sistema adoptado por el C. P., moverse con absoluto señorío dentro de los límites de la pena.

Este arbitrio fue defendido con diversos argumentos por parte de los autores militares e, incluso, aplaudido desde fuera. Entre aquéllos se esgrimieron desde el meramente práctico y pueril, en el sentido de que mal se avenían a la propia composición de los Tribunales Militares (de actuación eventual y legos en derecho) las complejas reglas del Código Penal Ordinario, de difícil comprensión (48), hasta el más consistente, en el que se esboza una razón de la especialidad del derecho penal militar, señalándose que «se ha de atender sobre todo a las necesidades, conveniencias del organismo armado, a los principios en que su vida descansa» (49). Entre los aplausos merece destacar a Quintillano Saldaña, que, después de calificar al derecho militar de «duro» y «desconocedor de la psicología y de la ética», no tuvo ambages en afirmar, respcto del C. J. M. de 1890, que «el arbitrio judicial no queda ahogado enteramente, como en el común, por los prejuicios del siglo».

(43) En adelante C. P. M. G.

(44) Y la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra de 14 de marzo de 1884.

(45) No tiene consistencia alguna la idea de que las Reales Ordenanzas tanto de la Armada (de 1746 rehechas en 1793 y complementadas en 1802) como del Ejército (de 1768) fueran en sí unos Códigos, por la mezcolanza de materias en ellas contenidas y por obedecer a un sistema ideológico y político periclitado. Sobre el sentido de la codificación: CASTRO y BRAVO, Federico de: «Derecho Civil de España. Parte General I», Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, pág. 185 y ss.

(46) Comentando el C. J. M. de 1890 decía Angel ROMANOS que «el legislador siguiendo los derroteros por donde hoy marcha la ciencia penal no ha sometido a los Tribunales en la apreciación de las penas a las reglas matemáticas a que los sujeta el Código ordinario»; en la pág. 64 de «Justicia militar. Guía práctica para la Administración de la Justicia en el Ejército», Imprenta de C. España, Vitoria 1891. Recientemente COBO ha defendido la postura de tal «Código ordinario» en «El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870» dentro del libro editado por la Real Academia de Jurisprudencia y legislación recogiendo las conferencias dictadas en «Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870», Madrid 1970, págs. 69 a 89.

(47) No viendo, por consiguiente, con buenos ojos el recorte de facultades que, de importar a la vida militar el sistema del C. P. común, hubiera significado para los tribunales militares.

(48) Ver IGON/NUÑEZ DEL PRADO: «El Código penal militar», Biblioteca Judicial, Madrid 1884, página 18; critican el que no se hiciera un catálogo de circunstancias.

(49) Ver CONEJOS D'OCÓN, Antonio: «Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar», Imprenta F. Domenech, Valencia 1885, pág. 295.

señalando en relación al C. P. M. G. de 1888 que «era la Ley penal más antropológica y, por tanto, más científica vigente en España» (50).

El actual 192 es una síntesis de los indicados Códigos de 1888 y 1890, en cuya aplicación la doctrina jurisprudencial fue tajante y unánime en el sentido de señalar que los criterios establecidos por el legislador para graduar la pena eran tan sólo indicativos y en modo alguno vinculantes para los Tribunales militares, que podían moverse con total libertad, sin otra limitación que la de la extensión de la pena imponible; al efecto se distinguía que el artículo 172 del C. J. M. de 1890 hacía referencia «a la potestad discrecional que la ley concede a los Consejos de Guerra en lo tocante a la imposición de la penalidad con tal de que lo haga dentro de los límites legales», mientras que el artículo 173 «sólo se contrae a conferir a los indicados Tribunales la facultad de apreciar las circunstancias atenuantes y agravantes según su prudente arbitrio y con arreglo a conceptos genéricos que determina, en oposición a las enumeraciones casuísticas que sobre los mismos temas sustantivos formula el C. P. ordinario»; deducía, por fin, «que no es admisible invocar el artículo 173 de la ley castrense cuando se trata de determinar la pena que debe imponerse, sino atenerse a lo que respecto al particular dispone el artículo 172, y que, si bien los Tribunales militares pueden apreciar o no, según su criterio, las circunstancias que en el caso concurren..., esto no restringe el arbitrio que la ley les concede para fijar las sanciones que dentro de la ley estimen adecuadas». Esto decía, recogiendo «la constante doctrina mantenida en esta materia por esta Sala y por el Consejo Supremo de Guerra y Marina en multitud de resoluciones...», en Sentencia de 3 de enero de 1935 la Sala militar del Tribunal Supremo (51).

Esta reiterada interpretación (52), que recuerda en alto grado a la mantenida por el Tribunal Supremo en relación con las reglas 4.ª y 7.ª del artículo 61 del C. P. (53), no seguía, sin embargo, la idea expresada por científicos y comentaristas del derecho militar, quienes señalaban que «el espíritu de la ley... obliga a tener en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes» de modo que si el legislador, aunque no sometía a los Tribunales a las reglas matemáticas del Código ordinario, «sí

(50) En sus adiciones a la traducción del «Tratado de Derecho Penal» de F. von Liszt, 2.ª edición, Madrid 1929, tomo I, págs. 499 y 501.

(51) Aranzadi (en adelante Ar.) 257. La recojo como ejemplar y, a la vez, recapituladora de toda una continuada doctrina.

(52) Sólo he encontrado, apartándose de esta tesis, la reseña de una sentencia del Alto Tribunal de Justicia Militar, de fecha 21 de noviembre de 1936, en el sentido de que «el arbitrio que otorga el artículo 172 para imponer la pena en la extensión que estime justa, ha de ser con relación a las circunstancias modificativas de responsabilidad que existan en el delito apreciado y en la persona responsable; por lo que, al concurrir circunstancias agravantes, no debe en Justicia aplicarse al condenado la menor de las dos penas señaladas por la Ley, sino aplicar la más grave». En DAVILA Y HUGUET, José María: «Legislación penal de los Ejércitos de España», editorial Aldecoa, Madrid 1942, pág. 955.

(53) Ver la interpretación, y su crítica, en CORDOBA RODA, Juan: «Comentarios a la Jurisprudencia penal», en Revista Jurídica de Cataluña, enero-marzo 1974, núm. 125. Sobre la posibilidad de recurso de casación en el supuesto de mal ejercicio del arbitrio: BELTRAN BALLESTER, Enrique: «El arbitrio judicial en el C. P. español y la nueva redacción de la regla 6.ª de su artículo 61», en el Colectivo «Escritos Penales», Universidad de Valencia, 1979.

limita moralmente su arbitrio según las circunstancias del caso», como decía Romanos (54); «esta facultad no ha de ejercerse ciertamente de modo caprichoso», señalaba D'Ocón (55); las circunstancias atenuantes y agravantes «pueden y deben tenerlas en cuenta los Tribunales», afirmaba Jalón y Palenzuela (56), y así la mayoría.

Con estos antecedentes, es ya la hora de adentrarse en el estudio del vigente artículo 192, que, reformado por la Ley de 21 de abril de 1949 (57), plantea una, a mi parecer, rica problemática, que trataré de explicar: primero centrando su ámbito de aplicación y después explicando en qué consiste el arbitrio que se otorga a los Tribunales militares, y qué criterios deben tener en cuenta éstos para modularlo.

3.3.2. Ambito de aplicación

En efecto, comienza el artículo 192 señalando que «en los delitos comprendidos en este Código los Tribunales militares... impondrán la pena señalada por la Ley en la extensión que estimen justa»; con lo que, de una parte, está circunscribiendo la regla, que a continuación da, tan sólo a los «delitos comprendidos en este Código» y, de otra, parece otorgarles un absoluto arbitrio.

¿Cuáles son los «delitos comprendidos en este Código»? No cabe duda que el 192 es la pauta imperativa por la que han de regirse los Tribunales militares en el enjuiciamiento de los delitos que el Código Castrense tipifica a partir del artículo 258 y hasta el 413. El problema surge, sobre todo, en relación a los delitos nombrados en el artículo 194 y, en menor medida, con aquellos otros comunes para cuyo enjuiciamiento se atribuye competencia a la Jurisdicción militar y con los que se incluyan en los bandos.

Sin entrar en la polémica sobre la naturaleza de los delitos aludidos en el artículo 194, en el sentido de si se trata de delitos militares al igual que los descritos desde el título VIII del Tratado Segundo del C. J. M., o son puramente comunes, o si nos encontramos ante una categoría propia y que participa de las dos anteriores (58), me parece claro,

(54) ROMANOS Y SANTA ROMANA, Angel: «Justicia Militar», Vitoria 1891, págs. 64 y 65.

(55) Ob. cit., pág. 295.

(56) «Los Consejos de Guerra», Burgos 1916, pág. 85.

(57) Trascribo su redacción originaria, conforme apareció en 1945: «En los delitos comprendidos en este Código los Tribunales militares apreciarán o no, a su prudente arbitrio, las circunstancias atenuantes o agravantes enumeradas en los artículos 186, 187 y 188, imponiendo la pena señalada en la extensión que consideren justa, y tendrán en cuenta, en todo caso, el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes, la trascendencia del hecho, el daño producido o podido producir con relación al servicio, a los intereses del Estado o a los particulares, la clase de pena señalada por la Ley y si el delito fue cometido en acto de servicio o fuera de este o con ocasión del mismo».

(58) Ya he manifestado antes que excede los límites de este trabajo: Ver apartado 3.1; como la polémica se había ya suscitado con el anterior artículo 175 del C. J. M. de 1890, puede verse un planteamiento de la misma en QUEROL, ob. c., págs. 87 y ss.; a la que cabe añadir la postura de José María, «Derecho penal español. Parte especial», Madrid 1980, en cuya pág. 1249 afirma su cualidad de «delicta sui generis».

en relación al problema del arbitrio judicial, el que no son aplicables las prescripciones del artículo 192 (59), afirmación que hago en base al propio tenor literal del artículo 194, que en su inciso inicial alude a que los delitos en él enumerados «serán castigados con la pena que tuvieren señalada en el ordinario, impuesta en su grado máximo o...»; y el párrafo final afirma que, «para la aplicación de este artículo, los grados de la pena inmediatamente superior se formarán según las reglas contenidas en el Código Penal común». De ello se desprende que la pena sigue siendo la del código ordinario y que su estructura en grados es también la de éste, lo que resulta incompatible con las prescripciones del artículo 192, que parte precisamente de la indivisión matemática en grados de las penas, aludiéndose en realidad no a los delitos comprendidos en el C. J. M., sino, de entre éstos, a aquellos que llevan aparejadas unas penas de las mencionadas en su artículo 209. Es, pues, la naturaleza de las penas, según sean de las catalogadas en el C. J. M. (como militares o comunes, es indistinto) o en el C. P., la que determina la aplicación del artículo 192 y, comoquiera que las penas asociadas a los delitos del artículo 194 son de las acuñadas en el C. P., es éste el que debe aplicarse (60).

Con ello no quiero decir sino únicamente lo dicho: la no aplicación del artículo 192 a los supuestos del 194; quedan en pie los enormes problemas que, en cuanto a la fijación de la pena, se suscitan con el artículo 194 (61).

Por lo que hace a aquellos delitos no tipificados en el C. J. M. ni incluidos en su artículo 194, pero cuyo enjuiciamiento está encomendado a la Jurisdicción militar conforme a lo dispuesto en el título I del libro primero del C. J. M., no les serán de aplicación las reglas generales de los títulos I a VII del tratado 2.º y, por tanto, tampoco el artículo 192 y sus concordantes; aunque se refiera a ellos el C. J. M., no están exactamente «comprendidos en este Código» como reza el artículo 192, sino que el texto marcial se refiere a ellos a los sólo efectos de competencia; tan es así que de recortarse ésta, y excluirse su enjuiciamiento por la jurisdicción militar, la única variación estribaría en las reglas procedimentales, pero no en las penales «stricto sensu» (62).

(59) Otra hubiera sido la solución, de haberse seguido por el legislador de 1945 la postura adoptada en el C. P. M. G. de 1868, en el que se definían y penaban autónomamente estos delitos, mezclados con los demás en dicho Código establecidos, solución criticable, pero que no planteaba más problemas de interpretación, abstracción hecha de estar de acuerdo o no con dicha solución.

(60) Por ello tampoco son de aplicación los artículos 186 a 190, sino «in íntegrum» las modificativas del C. P.

(61) La oscilación jurisprudencial, con abundante cita de sentencias y compartimentación de los criterios sustentados, viene esquemáticamente expuesta en ALGORA MARCÓ/HERNÁNDEZ OROZCO: «Código de Justicia Militar», Aguilar, Madrid 1963, pág. 125.

(62) Precisamente la reciente Ley Orgánica 6/1980, de 6 de noviembre, ha reducido la competencia de Jurisdicción Militar de modo cuantitativa y cualitativamente muy importante, pero las descripciones han sido mínimas, por no decir nulas, ya que si algunas conductas han salido de C. J. M., han sido recogidas en el C. P. que también ha resultado modificado por tal Ley Orgánica, cambiando la redacción de los artículos 152 y 154 y dotando de contenido al artículo 242.

No hay que olvidar que Derecho penal militar y Jurisdicción castrense, aunque la existencia de esta ha querido ser justificada por la de aquél, no son conceptos indisolublemente unidos; puede existir un Derecho penal militar sin Jurisdicción Castrense y esta sin estar ceñida tan sólo a un ordenamiento punitivo militar.

El problema únicamente se plantearía con los delitos incluidos en los bandos militares, otro de los institutos poco estudiados (63) y mal conocidos, en gran parte debido a la defectuosa regulación de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico. ¿El ejercicio del arbitrio judicial se sujetaría a la flexible disposición contenida en el artículo 192 del C. J. M.?

En realidad, habría que estar a lo que al respecto dijera el Bando, y, de callar sobre este extremo, distinguir entre bandos correspondientes al estado de sitio o a tiempos de guerra sin haber declaración formal de estado de sitio; en cuanto a los primeros (64), si como parece deben contraerse a la atracción de competencia a la jurisdicción militar, se aplicarían, salvo disposición en contrario, las reglas que disciplinan las penas que se asocian a los delitos incluidos en el bando (65); por el contrario, en los bandos de guerra, y en base al artículo 181 del C. J. M., único cuerpo legal que de ellos se ocupa, los delitos en él establecidos serían militares y vendría en aplicación el artículo 192 (66).

3.3.3. Interpretación del arbitrio

¿Establece este artículo 192 un arbitrio ilimitado al igual que como lo interpretó la jurisprudencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina y de la Sala Militar del Tribunal Supremo en relación a los artículos 172 y 173 del C. J. M.? Rotundamente no, pues se exige atender al «número y la entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes enunciadas en los artículos 186, 187 y 188» y, además, tener en cuenta, «en todo caso, el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes...», exigiéndose un criterio de justicia.

Ello no obstante, en el sentido contrario, existe una importante corriente, doctrinal y jurisprudencial, que sigue con fidelidad los derroteros anteriores, a pesar de que el legislador de 1945 (67) demuestra, en su expresión, el cambio de los mismos.

(63) Ver los trabajos publicados por OTERO GOYANES y por RODRIGUEZ DEVESA en el número 3 de la R. E. D. M., Madrid 1957; GONZALEZ PEREZ, Jesús: «Comentarios a la Ley de Orden Público», Publicaciones Abejón, Madrid 1971, págs. 357 y as.

(64) Aludidos y posibles pero indefinidos en el artículo 34 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, que derogó los artículos 25 a 51 de la Ley de Orden Público de 30 de Julio de 1959.

(65) Máxime de aceptar la tesis que, en base a la derogada Ley de Orden Público, mantiene CEREZO MIR, José, en el sentido de que estos bandos no pueden crear nuevas figuras delictivas ni modificar las penas señaladas con anterioridad en la Ley a cada delito: ver pág. 183 de su «Curso de Derecho Penal Español. Parte General», Tecnos, Madrid 1981. En contra RODRIGUEZ DEVESA, General lct., pág. 172. Del conjunto de la Ley Orgánica 4/81, y en especial del artículo 35, parece desprenderse que, en lo posible, debe ser el Congreso de los Diputados el que de las pautas del contenido de los bandos.

(66) La cuestión en muchas ocasiones ni se plantearía dada la escasa cabida a las matizaciones que en tales momentos se da: además no son de extrañar, en esos tiempos, las penas únicas y fijas; repárese que la magnitud invariable, más grave y por excelencia, es la de la muerte, posible en los tiempos de guerra conforme al inciso final del artículo 15 de la Constitución de 1978. De todas formas es más que dudosa la constitucionalidad de los bandos expresados en el artículo 181 C. J. M. como algo diverso a los previstos en la L. O. 4/1981.

(67) Teniendo en cuenta además la reforma del C. J. M. por la Ley de 21 de abril de 1949.

En efecto, Querol señala que la enumeración construida en los artículos 186 al 188 podría considerarse inútil, pero que ello no es así, pues tiene la utilidad de simple recomendación, y añade —¿justificándolas?— «¿por qué no ha de ser bueno que, sin merma de su *libre decisión discrecional*, la ley guíe a los jueces, marcándoles el camino con ejemplos, ofreciéndoles una enumeración de circunstancias con carácter y fin puramente demostrativo, como explica la exposición de motivos que es el intento de los artículos 186, 187 y 188?» (68).

El Consejo de Justicia Militar, en esta línea, no ha dejado de señalar que el artículo 192 concede «una facultad discrecional en orden a la fijación de la pena» (69), y que «no puede ser materia de disenso el examinar el libre arbitrio judicial dentro de los límites que establece un precepto legal..., libre facultad que se otorga al Tribunal Sentenciador para que en cada caso concreto, y según las circunstancias que libremente aprecia, pueda fijar la pena en la extensión que estime justa» (70).

En fin, por citar otras sentencias más recientes, en la de 24 de junio de 1970 (71) parece aludirse a que el artículo 192 contiene una «orientación», y en la de 15 de enero de 1975 (72) se pone fin a un considerando discurrendo que «... el arbitrio que la Ley otorga es atributo privativo y discrecional del juzgador, que no se halla sujeto a reglas distintas de la íntima convicción que dictase la prudencia».

Sin embargo puede rastrearse una tendencia jurisprudencial según la cual el arbitrio del artículo 192 sí tiene límites; de una parte, gran número de sentencias se refieren a una «valoración de las circunstancias de toda índole en personal ponderación» (73) y al «buen uso del libre arbitrio» (74); de otra, se señala que han de tenerse o que deben ser tenidos en cuenta los criterios señalados en el artículo 192 (75), de lo que cabe deducir su imperatividad; tampoco son raras las consideraciones jurisprudenciales relativas al examen de la justicia de la valoración (76).

(68) Ob. cit., pág. 86 y ss.; hay que tener en cuenta que ya tenía QUEROL redactado el texto cuando entra en vigor la Ley de 21 de abril de 1949, incluyéndola este autor, a modo de apéndice, a partir de la página 701.

(69) S. 5 octubre 1972, en R. E. D. M. núm. 96, pág. 152 a 155.

(70) S. 19 mayo 1965, en R. E. D. M. núm. 21, págs. 199 a 201; se alude también a este veto de disenso en la sentencia de 14 de julio de 1950, citada tanto por ALGORA/HERNANDEZ, ob. cit., pág. 18, como en DIAZ-LLANOS, Rafael: «Leyes Penales Militares», Madrid 1968, pág. 167, donde también se recoge que el Decreto de 25 de septiembre de 1935, al establecer el recurso de apelación, estableció como motivo del mismo, el error en el ejercicio de ese albedrío legal para fijar en justicia la penalidad.

(71) En apéndice al número 27 de la R. E. D. M., «Jurisprudencia Militar de España», Madrid 1974, páginas 155 a 158, R. 78.

(72) En R. E. D. M., número 31-32, pág. 107 a 109.

(73) Vrg. SS. 8 julio 1955 (en R. E. D. M. núm. 2, pág. 210 a 212); noviembre 1959 (R. E. D. M. número 10, pág. 267), y 20 diciembre 1966 (en R. E. D. M. núm. 24, págs. 164 y 179).

(74) Vrg. S. 23 mayo 1956 (R. E. D. M. núm. 3, pág. 240 a 244).

(75) Vrg. SS. 5 junio 1957 (R. E. D. M. núm. 2, pág. 320); 8 mayo 1957 (R. E. D. M. núm. 2, pág. 306); 9 octubre 1957 (R. E. D. M. núm. 6, pág. 243 y 244).

La comodidad y subyacentes criterios utilitarios parecen marcar el norte en la interpretación del artículo 192 del C. J. M. por la jurisprudencia, al igual que la antes señalada corriente del Tribunal Supremo en la hermenéutica de las reglas 4.ª y 7.ª del artículo 61 del C. P., pero ya he afirmado que aquel precepto no estimo que estatuya un arbitrio ilimitado.

Es postura cómoda admitir que el artículo 192 quede reducido, en las sentencias, a una pura fórmula de estilo (77), pues las circunstancias de los artículos 186, 187 y 188 deben ser tenidas en cuenta, de modo que, para su no apreciación, el tribunal ha de razonarlo, y razonarlo en base a estos criterios que se mencionan en el propio artículo 192.

Trataré de argumentar la afirmación:

a) Si bien es cierto que los artículos 186, 187 y 188 (y también los dos siguientes) se inician con una proposición con la que se faculta a los Tribunales para la apreciación de las circunstancias en ellos mencionadas, no lo es menos que el artículo 192 señala que «impondrán la pena señalada por la Ley en la extensión que estimen justa» atendiendo «al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes... teniendo en cuenta, en todo caso, el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes...».

No me cabe la menor duda de que, en el sentido que he indicado, el tenor de 192 obliga a atender las circunstancias concurrentes; me parece esclarecedor que la reforma del C. J. M. mediante la Ley de 21 de abril de 1949 suprimiera, del precepto en cuestión, el inciso que, referido a los Tribunales Militares, les señalaba que «apreciarán o no a su prudente arbitrio», sustituyéndolo por «teniendo en cuenta las circunstancias...».

El propio Querol en sus apostillas, imagino que apresuradas, a la reforma de 1949 (78), no dudó en decir: «parece, pues, que se realza la importancia que los tribunales deben dar a tales circunstancias, aunque sin mengua de su arbitrio judicial» (79); pero no entró en la explicación de esa aparente contradicción.

b) La expresión «en la extensión que estimen justa» viene a reconocer con este adjetivo que la medida de justicia lo será con arreglo a los criterios que el propio 192 prescribe.

c) Sería ilógico, por no decir absurdo, que el legislador dedicara unos extensos artículos a enumerar una serie de circunstancias para

(77) Tanto en las del Consejo Supremo (y sus antecesores) como en las de los Consejos de Guerra, es frecuente encontrar fórmulas como las de «considerando que los Tribunales Militares, según dispone el artículo 192 del C. J. M., impondrán pena señalada por la Ley en la extensión que estimen justa» u otra similar; cláusula de estilo que no dice nada, y de la que confieso haber hecho uso yo mismo en gran número de sentencias.

(78) A pesar de la importancia de esta reforma y en contra del precedente de 1945, en el sentido de dotar al texto legal de una amplia exposición de motivos, la Ley de 21 de abril de 1949 carece de ella.

(79) Ob. cit., pág. 709.

que en modo alguno vincularan después a los encargados de administrar la justicia militar.

d) Existen, también, argumentos procesales que abundan en la tesis que mantengo y que hilan, sin solución de continuidad, con el contenido en el párrafo anterior:

- De los artículos 532, 552 y 566 del C. J. M., así como de sus concordantes y, en general, del propio concepto de actuaciones sumariales, se desprende que los Jueces Instructores deben investigar y tratar de fijar, también, los elementos accidentales del delito, o si se prefiere los hechos relevantes para la medición de la pena; esto es, las circunstancias.
- El artículo 729 del C. J. M. obliga a manifestarse al Fiscal en el apartado 4.º de su escrito de conclusiones provisionales, sobre las circunstancias modificativas, y otro tanto cabe decir de los del acusador particular (80) y de los defensores (art. 734); y de los escritos de acusación (art. 759) y de defensa (art. 761).
- Con igual carácter imperativo, el artículo 790 prescribe que en las sentencias debe contenerse un considerando circunscrito a las «circunstancias modificativas» (regla 4.ª) y, lógicamente, con anterioridad, en uno de los resultandos las conclusiones definitivas de las partes (81), dentro de las cuales ya hemos reparado que entran las modificativas.

Sería ilógico prestar tanta importancia procesal a las circunstancias modificativas si en la parte penal material carecieran por completo de ella.

Pero es que el argumento procesal no se agota con lo dicho, ya que, a pesar de las antes mencionadas sentencias que consideraban no puede ser materia de disenso al examinar el libre arbitrio judicial dentro de los límites establecidos en la Ley, el artículo 799 del C. J. M. no ampara tal aserto, sino todo lo contrario, pues la Autoridad Judicial y el Auditor lo que no pueden es fundamentar la disconformidad con la sentencia del Consejo de Guerra «en el uso que el propio Tribunal hubiere hecho de su facultad de elegir entre penas alternativas cuando fuere imposible cualquiera de estas», pero nada se dice, y por tanto ni se impide ni se restringe del disenso por haber usado contrariamente a la Ley el arbitrio concedido por el artículo 192.

De donde, si se han vulnerado los criterios allí establecidos, o, lo que es lo mismo, si no se han apreciado o desestimado con justicia las circunstancias de toda índole allí previstas, cabrá disenso, y, aho-

(80) Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, su artículo 12.º induce a mantener que la acusación particular se admite en todos los procedimientos seguidos por la Jurisdicción Militar por delitos comunes cuya pena no exceda de seis meses. En contra: artículo 452 del C. J. M. Todo ello con independencia de lo dispuesto en el anómalo Decreto 4.101/1964.

(81) Tampoco se ha modificado la regla 3.ª del artículo 790, dando cabida al acusador particular, con la Ley Orgánica 9/1980.

ra también, el recurso de casación establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/80.

Es pues esta interpretación que acabo de exponer y argumentar la que me parece correcta; no obstante sería deseable «de lege ferenda», para disipar las dudas, que en el encabezamiento de los artículos 186 a 189 se sustituyera el verbo «poder» por el «ser», y además con la idea de evitar rutinizaciones en la gestación y en la redacción de las sentencias, que en el artículo 192 se exigiera que los Tribunales razonaran en estas la individualización penal efectuada (82), posibilitándose de modo más franco un disentimiento o la casación.

3.3.4. Criterios para concretar la pena

La segunda parte del artículo 192 está dedicada a la determinación de los otros criterios que, junto con las atenuantes y agravantes, ofrece la ley a los Tribunales para que concreten la pena y que tienen un valor equivalente a las circunstancias enumeradas en los artículos 187 y siguientes; incluso superior, pues ya he expresado mi opinión de que pueden enervar a estas últimas: también vinculan al juzgador y deben ser investigados en el sumario (83), ya que el propio tenor literal del artículo dice que los Tribunales Militares tendrán en cuenta «en todo caso...».

Al estudiarlas Querol las configura como «una serie de factores —de una u otra forma posiblemente concurrentes al caso de que se trata— que han de ser tenidos en cuenta por los Tribunales de los Ejércitos», señalando que esta segunda parte del artículo no es propiamente preceptiva, sino orientadora o recomendativa (83 bis); opinión que, como demuestra lo hasta ahora mantenido, no comparto; sino ¿por qué dice el legislador que *serán tenidas en cuenta en todo caso?*

¿Cuáles son estas circunstancias criterios de modulación de la pena? Siguiendo el texto legal:

a) «El grado de perversidad del delincuente». Procede del artículo 173 del C. J. M. de 1980 y me parece importante el dato, atendiendo la fecha, pues el origen debió estar en las corrientes entonces en boga y hoy plenamente superadas. Cabe, así, anotar como curiosidad que el C. P. no emplea para nada este vocablo (84), aunque sí lo haga incidentalmente el artículo 28-6.ª del P. L. O. C. P.

(82) Tal y como se hace en la regla 1.ª del artículo 78 del P. L. O. C. P. para el supuesto de que no concurren circunstancias atenuantes y agravantes; el artículo 142 del Código de Justicia Militar peruano de 1950 y el 132 del C. P. Italiano, de aplicación a lo militar, exigen el razonamiento del arbitrio.

(83) Aspecto este que muchas veces es obviado en las actuaciones procesales, según propia experiencia personal.

(83 bis) Ob. cit., pág. 80.

(84) Ver BELTRAN BALLESTER, ob. cit. en nota (53), pág. 74.

Puede pensarse que al aludirse al «grado» parta el legislador de la idea de que todo el que comete un delito es perverso; lo cual parece excesivo.

Perversidad es tanto como maldad o corrupción de las costumbres, aludiéndose a un estado y constituyendo, como señala Mir Puig, un modo de ser (85), algo en suma que se engloba dentro de la personalidad, pero que ha de deducirse de los hechos enjuiciados, o demostrarse de estos, pues sino se confundiría con los malos antecedentes a los que a continuación se refiere como algo distinto el artículo 192. Ello fue puesto de relieve por la Sala Militar del Tribunal Supremo, de cuyas sentencias escojo, por esclarecedoras, la de 31 de octubre de 1934 (86) y la de 31 de enero de 1935 (87); en la primera de ellas se trataba de un insulto a fuerza armada con resultado de muerte y se dice debe apreciarse «la perversidad manifiesta del delincuente como circunstancia de agravación, caracterizada por la forma con que hubo de perpetrarlo, al agredir de modo rapidísimo e inopinado al Guardia, sin darle tiempo para defenderse (88), y por haber hecho, sobre éste, después y sañudamente, otros dos disparos con su propia pistola cuando ya se encontraba inerte en tierra y herido en la cabeza por un proyectil de arma de fuego»; más concisamente la segunda sentencia citada hace referencia «a la escasa perversidad del delincuente como se deduce de los hechos de autos y de su comportamiento posterior» (89).

No obstante es esta una postura minoritaria, recordada en contadas ocasiones (90), pues el criterio de la perversidad, si bien es utilizado profusamente por la jurisprudencia, suele serlo con una simple alusión al término sin más explicaciones.

Cabe en fin destacar otra interpretación más, por parte del Consejo Supremo, sobre la perversidad, y que no es otra que estimarla como presupuesto de peligrosidad; así se basamentan agravaciones de la pena por la conjunción de ambos conceptos, sobre todo durante la década de los cuarenta y en relación primordialmente al delito de rebelión (91), incluso se emplean como términos equivalentes, de modo expreso (92) o disyuntivamente (93), llegando hasta a aludir tan sólo a la peligrosidad en vez de a la perversidad (94); y destaco esta tendencia por lo que de

(85) MIR PUIG, Santiago: «Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto C. P.», en R. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense núm. 3 de 1960, pág. 54.

(86) Art. 1765.

(87) Art. 262.

(88) Más bien parece explicar un acometimiento alevoso.

(89) En el mismo sentido, aunque más bien en los términos de la S. 31 octubre 1934, las SS de 23 de febrero, 30 de marzo y 25 de marzo de 1935 (Art. 706, 710 y 908, respectivamente).

(90) Vrg. SS. 4 enero y 23 febrero 1944 (Art. 256 y 535).

(91) Hay gran número de sentencias en este sentido, entresaco algunas: 7 y 10 Junio 1940 (Art. 649 y 654); 25 y 29 octubre 1941 (Art. 1.219 y 1.349); 9 enero 1942 (Art. 217); 4 febrero 1944 (Art. 285).

(92) SS. 5 Julio 1940 (Art. 768) y 7 noviembre 1941 (Art. 1.341).

(93) SS. 5 noviembre 1941 (Art. 1.340) y 22 mayo 1942 (Art. 900).

(94) SS. 18 noviembre 1940 (Art. 1.284); 16 Julio 1941 (Art. 969); 22 mayo 1942 (Art. 285).

recuerdo tiene de la idea de que la perversidad y la peligrosidad son fundamento de la agravante de reincidencia, usual en las indicadas fechas; sentencia hay que habla de la perversidad «evidenciada por las dos condenas» anteriores del procesado (95); parece claro que esta interpretación en modo alguno parece correcta pues, si está refiriendo la perversidad a una fundamentación de la reincidencia, esta última ya se encuentra recogida en sus dos formas (genérica y específica) en el artículo 187 del C. J. M., con lo que nos encontraríamos ante una injustificada repetición o, lo que es peor, doble valoración de unos hechos; de otra parte si se quiere aludir con la perversidad a algo distinto a la recidiva, lo será al resto de sus antecedentes, no penales pero indiciarios de peligrosidad, y ello, además de ser de muy dudoso recibo, haría que se confundiera con los antecedentes a que el mismo artículo hace alusión de modo expreso.

Todas estas dificultades interpretativas, lo trasnochado del término, y del concepto, así como las incongruencias consecuentes y el posible empleo vano del criterio de modulación, hacen que me decante por la supresión del mismo; en último término el catálogo de agravantes y el criterio de los antecedentes bastan para abarcar los posibles hechos que pudieran merecer el aumento de la pena, dentro de los límites legales, y que se tratan de abarcar con «la perversidad».

b) «Sus antecedentes». Deben ser personales (95 bis) y hacer referencia a las cualidades morales, en el sentido de bondad, maldad o normalidad, refiriéndose el C. J. M. a la tarea del Juez Instructor para recabarlos, vrg. artículos 542 y 564.

Obviamente los antecedentes penales que integran las agravantes 12.ª y 15.ª del artículo 187 y la del 190 no se incluyen aquí; entra, eso sí, la carencia de estos.

Los antecedentes del reo no deben confundirse con los del hecho procesal, señalaba un autor a principios de siglo; los que han de tenerse en cuenta son los anteriores al comienzo de la ejecución del delito que se juzga (96); y, si bien el Derecho penal actual no puede sancionar sino conductas concretas, nunca personalidades en sí, no debe eliminarse el criterio como uno más de los moduladores de la pena asociada al hecho cometido; una condena debida a los antecedentes es deleznable, pero prescindir de estos una vez establecida la culpabilidad ni lo permite la Ley ni parece justo que lo haga.

En relación con su distinguo respecto de la perversidad me remito a lo ya expuesto, si bien las dificultades para ello me hacen pensar en la conveniencia de unificar ambos criterios sustituyéndolos por el de la

(95) S. 11 junio 1943 (Art. 1.141). Sobre la perversidad con fundamento de la reincidencia ver, por todos, MIR PUIG, Santiago: «La reincidencia en el Código Penal», Bosch, Barcelona 1974, págs. 460 y ss.

(95 bis) QUEROL, ob. cit., pág. 80.

«personalidad», homogeneizándose así con la regla 4.ª del artículo 61 del C. P. (97).

c) «La trascendencia del hecho». Debe entenderse por tal la repercusión social de la conducta delictiva, tanto en la sociedad en general como en la más concreta esfera castrense; en este último campo debe conectarse, sobre todo, con la disciplina, entendida esta como conjunto de deberes, cumplimiento de estos y en relación con la subordinación jerárquica (98).

Tratándose de un criterio de carácter objetivo sólo se tendrá en cuenta en tanto suponga un «plus» o un «minus» respecto de la trascendencia que podemos llamar normal, o sea la que abstractamente ha sido establecida por la ley al configurar cada uno de los delitos y aparejarles la pena; en este sentido no está de más recordar, y tener en cuenta, que la mera descripción típica significa que la conducta que la engloba ya ha sido seleccionada por el legislador como trascendente, pues el Derecho Penal constituye la última «ratio legis».

A lo dicho, que ya implica el máximo cuidado para operar en la práctica con el criterio en cuestión, debe añadirse que en muchas ocasiones resultará dificultoso, sino imposible, discernir la trascendencia del daño al que se alude en el propio artículo 192 a continuación.

La trascendencia, muy poco argumentada en la jurisprudencia, ha sido basada en hechos concurrentes en el delito que produjeran o pudieran producir situaciones de alarma (99), y desde luego el campo más claro de aplicación, consecuente con lo apuntado, parece que es el de los delitos contra la disciplina militar del título XII del tratado II del C. J. M.

d) «El daño producido o podido producir al servicio, a los intereses del Estado o a los particulares» (100). Dañar es causar sufrimiento, menoscabo, perjuicio, dolor o molestia.

Al igual que en el caso anterior el legislador da un criterio, con el que posiblemente incidir en el quantum de pena, de marcado carácter objetivo, por lo que cabe trasladar aquí todas las consideraciones generales escritas en relación a la trascendencia.

(96) MARTÍNEZ DE LA VEGA, J.: «Los antecedentes personales en el juicio criminal», en Boletín de Justicia militar, Madrid 1910, pág. 320 y ss.

(97) Sobre la personalidad puede verse la bibliografía ofrecida por RODRIGUEZ DEVESA en P. General cit., pág. 889.

(98) Sobre la multivocidad del término disciplina ver RODRIGUEZ DEVESA, «La acción penal y la acción disciplinaria...», en R. E. D. M., núm. 7, 1959, págs. 74 y ss.

(99) Es expresiva al respecto la S. 28 octubre 1933 (Art. 434) que, ante un supuesto de insulto a fuerza armada (tropa de caballería de la Guardia Civil), fundamenta la agravación en situaciones de alarma, aglomeraciones de público y solemnidad del acto (ocurrieron los hechos en las inmediaciones del Palacio de las Cortes el día 14 de julio de 1931, de apertura de las Constituyentes); la S. 22 septiembre 1942 (Art. 1.243) basa la trascendencia en el vandalismo.

(100) En general, y por ser términos equivalentes, ver CORDOBA, «Comentarios al Código Penal», colectivo con R. MOURULLO, CASABO y DEL TORO, Ariel, Barcelona 1972, en la glosa relativa a las reglas 4.ª y 7.ª del artículo 61, tomo II, págs. 273, 274 y 281.

Se trata de una clara referencia a la antijuricidad y presupone, por ende, la idea de que el hecho está ya en sí desaprobado por haberse lesionado (o puesto en peligro) un bien jurídico tutelado penalmente, por lo que nos encontramos con la valoración de una gravedad mayor o menor a la media prevista por el legislador.

Nunca deberá tenerse en cuenta tal daño, a los efectos del artículo 192, si ya ha sido previsto como elemento del delito o agravación especial, cual con frecuencia ocurre en el vigente C. J. M. (101).

Sería conveniente «de lege ferenda» sustituir la vigente formulación, por la de «gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio», eligiéndose al término «gravedad» por ser comprensivo tanto de la lesión como de la puesta en peligro del bien jurídico; por otra parte la exigencia de que deba razonarse en la resolución judicial la individualización penal efectuada adquiriría con estos criterios de carácter objetivo un relieve especial, al presuponer esta argumentación una rigurosa probanza de los hechos que sustentan el criterio; huelga decir, por axiomático, que estos hechos deben estar probados como el delito mismo y que, en consecuencia, deben recogerse, con tal cualidad, en la parte fáctica de la resolución.

e) «Las clases de penas fijadas». Se encontraba ya, en los propios términos, contenida esta prescripción en el artículo 173 del C. J. M. de 1890; no en el C. P. E. de 1884, que se limitaba a remitirse a las atenuantes y agravantes, ni en el C. P. M. G. de 1888; en realidad no veo nada clara la «voluntas legis».

Estoy con Querol, quien, en realidad, cambia el tenor de la Ley aludiendo a «la adecuación de la clase de pena al caso y persona culpable de que se trate» (102), y así, más que una circunstancia innominada, encontramos una indicación al juzgador de que atienda a los fines de prevención especial a que toda pena, su ejecución, debe tender; de ser esta la finalidad de la ley, no creo en que ello deba ser dicho en esta sede, porque o ya ha sido tenido en cuenta en el factor «personalidad» o es problema de ejecución tal y como he señalado.

f) «Si el delito fue cometido en acto del servicio, fuera de este o con ocasión del mismo». Procede del artículo 20 del C. P. M. G. de 1888 y hay que tener en cuenta que el acto de servicio, a efectos penales, viene definido en el número 1.º del artículo 256 del C. J. M., conteniéndose una extensión del concepto, respecto de los delitos de insubordinación, en el párrafo 2.º del artículo 333.

Es lo que Querol llama factor «ocasional», teniendo su mucha importancia en el derecho penal militar dentro del que supone un criterio lógico de modulación de la pena.

(101) Vrg. artículos 334, 345, 361, 392, 396 y 404.

(102) Ob. cit., pág. 80.

En muchos tipos penales es elemento constitutivo, de modo que no jugará esta regla del artículo 192 cuando así ocurra (103).

g) «Tratándose de delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves militares, todas aquellas circunstancias que puedan afectar a la seguridad, condiciones marineras, aparato motor, gobierno y eficacia de ellos en sus aspectos militar y de navegación». Es este un farragoso inciso final introducido sin explicación alguna por la ley de 21 de abril de 1949.

Supone novedad en nuestro derecho y no veo justificación alguna para ella (104), pues podría estar englobada en la trascendencia del hecho o mejor en el daño producido o podido producir. No es que deba desaparecer sino que bastará en una futura reforma completar la fórmula que antes he propuesto de «la gravedad y trascendencia del hecho, en sí y en su relación con el servicio» con el añadido «o el lugar de perpetración».

En cambio, sí encuentro a faltar una referencia a los móviles que, aún estimándose que puedan ser tenidos en cuenta a lo largo del artículo, lo son de modo fragmentario, y la alusión al grado o jerarquía militar del culpable.

En otras legislaciones se encuentra también como criterio agravatorio el estado de guerra, pero en la nuestra, sin llegar a los extremos de la italiana (105), va previendo el legislador, en cada caso concreto, la correspondiente agravación, pues sería insuficiente, en muchos supuestos, el moverse dentro de los límites de la pena establecida para el delito, sin distinción entre la paz y la guerra.

3.4. Análisis del artículo 193

Continúa con este precepto el legislador militar en la línea de otorgar un amplio arbitrio a los Tribunales Militares.

Lo antes dicho en relación al artículo 192, respecto de su ámbito de aplicación, vale para el ordinal 193 del C. J. M., a pesar de que, con referencia a los delitos del artículo 194, alguna sentencia se encuentra (106) en que se hace aplicación de la reincidencia del 190 del C. J. M. en vez de la del artículo 10 del C. P. (107), diferencia de matiz, pero indicativa de la confusión conceptual que reina en torno al debatido artículo 194; pero hay que poner de relieve que tal postura constituye

(103) Vrg. en los delitos de insubordinación.

(104) QUEROL, en sus apostillas a la reforma del 49, se limita a consignar la novedad sin más comentario; ob. cit., pág. 708.

(105) En la que existe un Código penal militar de guerra, como texto independiente del c. p. m. de paz; la explicación más conveniente, que para ello encuentro, es el momento en que ambos se promulgaron, el año 1941, y las datas de su inmediata gestación.

(106) Vrg. la de 6 de febrero de 1957: en R. E. D. M. núm. 5.

(107) En este momento, y en virtud de la reforma del C. J. M. por la L. O. 9/1980, debería trasladarse la idea al artículo 192, pues la reincidencia ha dejado de ser agravante calificada.

una excepción, pues la corriente es justa y certeramente la contraria (108).

El artículo 193 supone una extensión del 192, constreñida a las circunstancias atenuantes y agravantes calificadas de los artículos 189 y 190 del C. J. M. (109), otorgando la facultad a los Tribunales Militares, si aquellas concurren, de bajar o subir de grado la pena.

Curiosamente esta facultad se construye no sobre la posibilidad de imponer la pena superior o inferior a la que tuviere señalada el delito, sino en el sentido de estimar su apreciación o no, aún concurriendo.

Supone una desviación más a lo establecido en el C. P., cuyos artículos 65 y 66 obligan a bajar de grado la pena (110) y en el que la habitualidad ni siquiera es agravante común.

¿Basta con que el Tribunal declare la no apreciación aunque claramente concorra? De la lectura del artículo 193 ninguna exigencia más resulta y, por tanto, con esa simple declaración, aunque parezca ilógico, será suficiente.

En caso de no apreciarse la circunstancia en cuestión, tendrá su juego como una más de las que entran en la formación del arbitrio conforme al artículo 192; cuyas pautas pienso deben regir, asimismo, para individualizar la pena dentro de la superior o inferior a imponer si se aprecian las calificadas.

3.5. Defensa del sistema establecido en los artículos 192 a 193

Explayado el arbitrio judicial amplio que los artículos 192 y 193 del C. J. M. establecen, con clara separación de las reglas paralelas del C. P., me queda tan sólo el tratar de explicar si éste se encuentra o no justificado y, en suma, si subyace una auténtica razón de especialidad, pues de lo contrario, en una futura reforma, debería homologarse la regulación a la del C. P.

Pienso que, al menos, es un particularismo justificable y que, limándose en algunos puntos como los ya expuestos, debe ser conservado.

¿En qué me baso para hacer este aserto? Varias son las razones, a algunas de las cuales ya he aludido (111):

(108) Ver, por todas, la concluyente sentencia de 9 de octubre de 1968, en apéndice al número 27 de la R. E. D. M.

(109) Ver nota 33.

(110) En cuanto a la discordancia con el inciso final de la regla 6.ª del artículo 61 del C. P., que había desaparecido, en parte, tras la reforma de este último por la Ley 81/1978, se produce ahora en sentido contrario, la ley militar es más benigna, por mor de la última reforma del C. J. M., al incluirse la reincidencia en el artículo 187.

(111) Ver apartado 3.3.1.

a) Una histórica, consistente en que desde siempre ha venido teniendo este arbitrio el tribunal militar; los Códigos castrenses se separaron desde sus inicios en 1884 del complejo sistema adoptado por el codificador común a partir de 1848.

b) Otra, hilando con la anterior, estriba en las críticas que esas complicadas reglas del C.P. han recibido y que ya han sido esbozadas al tratar de los antecedentes del artículo 192 del C. J. M.

No es momento ni lugar para hacer crítica del sistema de nuestro texto penal común, pero sí recordar, de una parte que el derecho comparado, con todos los reparos que el argumento merece, muestra la postura del C.P. como claramente minoritaria, y de otra, lo que ya en la exposición de motivos del Código Penal de 1932, al considerar la parquedad de la reforma que respecto del de 1870 suponía, se decía, y reproduzco textualmente: «Desde hace medio siglo cuantos se han ocupado de nuestra legislación penal pidieron que se simplificase nuestro sistema punitivo y que se proscibiera el régimen de aritmética penal de los grados», para a continuación, tras diversos ranozamientos que no vienen al caso, argüir que «al cabo de dos años se pondrá en vigencia el Código auténticamente innovador», promesa obviamente incumplida.

Estoy de acuerdo con Casabo cuando señala que no cabe desconocer ni menospreciar las razones del sistema legalista adoptado por nuestros códigos comunes, en tanto supuso una reacción contra el todopoderoso arbitrio judicial de la época anterior, expresó el predominio del poder legislativo respecto de los otros poderes y pretendió salvaguardar la libertad e igualdad de las personas (112), pero no creo que sea preciso llegar a extremos maniatadores para el juzgador, pues, si bien no cabe duda de que la seguridad jurídica consiguiente al principio de legalidad debe ser valor prioritario en todo sistema penal, no es menos cierto que lo que se trata de dejar al arbitrio judicial es sólo la cuantía de la pena dentro de los límites predeterminados por la ley, por la imposibilidad de que esta prevea una determinada pena para cada delito singular. Lo que sí puede ser atentatorio a la seguridad jurídica es el establecer unas penas con amplios márgenes (113) y el no prescribir a los Tribunales las pautas o criterios a que deben sujetar su arbitrio, so pena de confundir este con el capricho.

MI conclusión es que, siempre en el supuesto de un estado de derecho y con un sistema equilibrado de recursos, no hay argumento para tanta complejidad, cual la del C.P., ni para desconfiar de los jueces acorsetándolos tan en demasía; como ha señalado Fernández Albor, el

(112) CASADO RUIZ: «La concreción de la pena en el Código Penal Español», Valencia 1978, páginas 9 y 10.

(113) Ver apartado 3.6.1.

peligro de un arbitrio judicial, podría decirse la degeneración, sólo existe en los países de régimen totalitario (114).

c) Además, si con el derecho militar ha de atenderse a las necesidades y principios del organismo armado, ello podría quedar conculcado, más de una vez, si los Tribunales militares quedaran constreñidos por las reglas dosimétricas del C. P. Los criterios para la modulación de la pena sentados en el artículo 192 del C. J. M. tienen la fundamental función de enervar, cuando la protección de los bienes jurídicos, que justifican la especialidad del derecho penal castrense, lo demanden, la eficacia de las circunstancias modificativas comunes enumeradas en los artículos 186, 187 y 188.

d) No hay que olvidar que el gran margen entre los límites de las penas que asocia el legislador a la mayoría de los delitos militares —que suele ser la pena de prisión (de seis meses y un día a doce años) o la de reclusión (de doce años y un día a treinta años)— conduciría las más de las veces, de seguirse el sistema del C. P. y caso de la sola concurrencia de una agravante a consecuencias injustas; lo que no quiere decir que esté de acuerdo con ese gran margen (113).

e) Por último, aunque denostado en la doctrina penalista, el fin de prevención general de la pena no puede ocultarse que desempeña en el derecho punitivo castrense un papel muy importante, de modo que esa finalidad de ejemplaridad y de intimidación, esencial, repito, en la ley marcial, exige que, cuando sea necesario, tribunales militares puedan actuarlo moviéndose con plena libertad en la individualización de la sanción.

Todos estos argumentos, en caso de no estimarse convincentes en pro de la especialidad, no se negará, al menos, que permiten calificar de lógica una remodelación de nuestra ley militar respecto de la común.

3.6. Algunos otros problemas relativos a la determinación de la pena

Abordo por fin de modo muy sucinto unos concretos problemas, relacionados con la determinación de la pena, que estimo es necesario, al menos enunciarlos, para completar la panorámica objeto de este trabajo.

3.6.1. Gran extensión entre los límites de las penas

Es uno de los extremos que más llaman la atención en una mera ojeada del C. J. M., a partir de los artículos 258 y siguientes, y antes en la escala de penas del artículo 209, así como al establecer su duración en los artículos 211 y 212.

(114) FERNANDEZ ALBOR, Agustín: «Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales», en el libro homenaje al P. Pereda, Universidad de Deusto, Bilbao 1965, págs. 373 y 374.

Supone ello aumentar, de modo indirecto, el arbitrio judicial ya expuesto; y si bien acabo de darlo como argumento justificador de esta mayor libertad de los Tribunales militares, comparada con la que otorga el C. P., no puedo por menos de manifestar mi crítica a este estado de cosas.

De una parte, porque las penas que prevea el legislador como asociadas de modo general a cada uno de los tipos delictivos deben guardar la máxima proporción con la gravedad de la conducta incriminada, en virtud de unas mínimas exigencias de seguridad jurídica; de otra, encamino mi crítica a lo que puedo calificar como incongruencias del C. J. M., si se comparan el desvalor implícito en algunos tipos con la consecuencia jurídica, en forma de pena, que se les aparece.

En efecto, ya puesto de manifiesto por los ilustrados, las penas deben ser las estrictamente necesarias y proporcionales al delito (115); como dice Rodríguez Mourullo, en base al párrafo 2.º del artículo 2 del C. P., cuya regla se reproduce en el artículo 183 del C. J. M., el texto punitivo común «parte de la idea de que la pena debe guardar proporción con el contenido de ilicitud del hecho y la culpabilidad del autor» (116).

Cobo Del Rosal y Vives Antón, desarrollando el principio de necesidad de la pena, señalan que sólo en la medida en que la pena sea imprescindible, es decir, necesaria, debe ser formulada y utilizada; añadiendo que corresponde a lo que gráficamente se ha llamado principio de intervención mínima, expresión de fortuna, acuñada por Muñoz-Conde (118), que es ya de uso corriente.

Estableciendo un cierto paralelismo, criticado ha sido en sumo grado, y con toda razón, el párrafo 3.º del artículo 344 del C. P. al permitir el legislador que los Tribunales para una sola descripción típica puedan recorrer una pena privativa de libertad desde los seis meses y un día a los veinte años. De indeterminación grave califica a la regla Vives (119) concluyendo que «con ella el legislador ha abdicado por completo de una tarea —la determinación de la pena dentro de unos márgenes razonables— que era enteramente suya»; antes, siguiendo a Cobo, señalaba que «el arbitrio judicial debe reducirse al mínimo imprescindible para individualizar el caso» y, parafraseando a Eberthardt Schmidt, que «el legislador debe cumplir su tarea dictando normas justas y precisas, y no descargando en los Tribunales el peso y la labor que a él solo corresponde. Pues ese peso les desorienta y abruma» (120).

[115] Ver, por todos, BECCARIA, obra y capítulos citados en nota 7.

[116] Al hablar del principio de retribución, como *Informador del vigente Derecho penal español*, en «Derecho Penal. Parte General», volumen primero, editorial Civitas, Madrid 1978, pág. 54. La cita podía recogerse, en parecidos términos, de cualquier penalista, pues ahí nos encontramos con uno de los lugares comunes en la dogmática penal española.

[117] Ver COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON: «Derecho Penal parte general: I», Valencia 1980, pág. 91.

[118] MUÑOZ CONDE, Francisco: «Introducción al Derecho Penal», Bosh, Barcelona 1975, págs. 56 y ss.

[119] En «Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes», dentro del colectivo «Delitos contra la salud pública», Universidad de Valencia 1977, página 556.

[120] *Ib.*, pág. 555.

Quiero concluir, con lo dicho, que estas ideas cardinales, según la mayoría dogmática penal, por lo que implican de garantía para la seguridad jurídica, principio este recogido en artículo 9.3 de la Constitución española de 1978, son desconocidas en el supuesto de que se prevean penas con unos muy amplios márgenes entre sus límites máximo y mínimo, cual ocurre en gran número de los delitos tipificados en el C. J. M. sin razón aparente (121).

Ello además se agrava, en ocasiones excepcionales, pero que en la ley están, con la existencia de las apuntadas incongruencias entre el desvalor de la acción y pena aparejada; un ejemplo de lo dicho se encuentra en los delitos de insubordinación, en el sentido de que mientras el artículo 325 del C. J. M. prevé la pena de prisión militar (de seis meses y un día a doce años) —para la ofensa al superior, en acto de servicio, de palabra en su presencia, por escrito dirigido a él o en otra forma equivalente— un comportamiento, a mi juicio más grave, cual es el maltrato de obra puede llevar la misma pena (art. 321-3.º), y, lo que me parece más absurdo, que las demostraciones con tendencia a ofender de obra a superior, en acto de servicio aunque sin emplear arma o medio ofensivo de los enumerados en el artículo 319, tengan prevista, en el párrafo 2.º del artículo 324, de oscura redacción, unas penas inferiores a la contemplada en el ordinal 325. Desafortunadamente pueden encontrarse más ejemplos.

Debe postularse, pues, una revisión a fondo del C. J. M. en esta materia (122), en el sentido de proporcionar, al máximo posible, la abstracta conducta delictiva con la consecuencia jurídica.

3.6.2. El arresto militar como pena para delito

El artículo 193 del C. J. M., dicho ha sido, posibilita a los Tribunales militares el apreciar libremente las circunstancias atenuantes calificadas del artículo 189, de modo que su estimación lleva ineludiblemente consigo el imponer la pena inferior a la que tuviese señalada el delito.

Idéntica, o superior, rebaja impone el artículo 236 del C. J. M. en los grados imperfectos de ejecución para la complicidad y el encubrimiento, así como respecto de proposición, conspiración y provocación.

Como quiera que la pena menor establecida en el C. J. M. por razón de delito es la de prisión o prisión militar, que parte de un mínimo de seis meses y un día, el penúltimo párrafo del artículo 239 dispone que «si hubiese que imponer pena inferior a la de prisión, se considerará el hecho como falta grave, imponiéndose arresto en la extensión que estime justa».

(121) Escasos son los artículos que establezcan penas con márgenes restringidos, como pueden ser los dedicados a la desertión, pues lo más frecuente es asociar la pena de prisión o de reclusión.

(122) En la práctica forense se produce, por obvias razones no sólo humanitarias sino de estricta justicia, una parcial inaplicación de la Ley, en el sentido de que los Tribunales, en los delitos militares, suelen utilizar los mínimos de las penas.

Aflora una vez más la imprecisión de nuestro texto penal militar.

Dejando aparte el hecho de que se haga referencia a la pena de prisión sin aludir a la de prisión militar que tiene un «nomen iuris» propio y es, por ello, categoría independiente (123), no deja de chocar el que un hecho delictivo se considere como falta grave y que se aluda a la imposición de arresto, cuando el correctivo que el artículo 415 del C.J.M. marca para las faltas graves es no el arresto (es el de las leves según el artículo 416) sino el arresto militar.

Todo este cúmulo de imperfecciones terminológicas debería ser salvado en una revisión de la ley militar, en la que debería idearse un sistema que resolviera la paradoja que implica el castigar un delito, no con pena, sino con un correctivo.

La propia jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar elude el no salirse de los términos que emplea el legislador, pero no ha mantenido una interpretación analítica de los mismos (124).

3.6.3. Aplicación a las faltas graves de las reglas para los delitos

Por disposición del artículo 415 del C. J. M., en su último párrafo, las prescripciones establecidas en el artículo 192 se «observarán por analogía» (sic) para la imposición de las correcciones con que se castiguen las faltas graves, teniendo en cuenta además el estado de ejecución de las faltas y la participación que en estas hayan tenido los infractores.

Sin analizar las, al parecer, endémicas imprecisiones terminológicas, me llama poderosamente la atención el hecho de que el legislador no haya establecido un mecanismo similar al estudiado del artículo 239 para atenuar la pena en el caso de apreciación de una atenuante calificada, teniendo en cuenta que todas las circunstancias modificativas, según el tenor literal de la Ley, son aplicables tanto a los delitos como a las faltas.

Que ello está hecho a conciencia no me cabe la menor duda, tanto por la no mención del artículo 193 como por el total contenido del propio 415; lo que se me ocultan son las razones, y no viéndolas, pienso se pueden propiciar resoluciones contrarias a un sentido de justicia material.

Se podrá aducir que es una regla paralela a la del artículo 601 del C. P., pero ello no es así ya que en las faltas comunes es materialmente imposible bajar del límite mínimo, so pena de absoluta impunidad, mien-

(123) Una interpretación lógica, y para evitar absurdos, lleva a mantener que el legislador se refiere así mismo a la pena de prisión militar; el defecto se hubiera con facilidad corregido con sólo señalar «a las de prisión» en vez de la actual literalidad de «a la de prisión».

(124) De entre las numerosas sentencias, recojo las de 26 de junio y 21 de noviembre de 1968; en el Apéndice al número 27 de la R. E. D. M., págs. 35 y 52.

tras que en los correctivos para faltas graves se parte de los dos meses y un día, cuantía a todas luces muy importante.

Equivalente o paralelo a dicho artículo 601 del C.P. lo será, en último extremo, el artículo 447 del C.J.M., pero nunca ese párrafo final del artículo 415 de la Ley marcial.