

ESTUDIO SOBRE LA REGULACION DE LAS PENAS EN EL VIGENTE CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

ANTONIO MILLAN GARRIDO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y FUNDAMENTO. II. CLASES. III. PENAS PRINCIPALES: A. Pena de muerte; B. Penas privativas de libertad: 1. Reclusión; 2. Prisión; C. Penas privativas de derechos: 1. Pérdida de empleo; 2. Separación del servicio. IV. PENAS ACCESORIAS: A. Degradación; B. Pérdida de empleo; C. Separación del servicio; D. Suspensión de empleo; E. Deposition de empleo; F. Expulsión de las filas militares; G. Servicio disciplinario; H. Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito; I. Inhabilitación; J. Suspensión. V. CÓMPUTO. VI. APLICACIÓN. VII. EJECUCIÓN. VIII. SUSPENSIÓN DE CONDENA. IX. LIBERTAD CONDICIONAL. X. REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO. XI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

I. INTRODUCCION: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

De las penas, en un sentido amplio, se ocupa el título V del Tratado Segundo del vigente Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 que, fiel al principio de integralidad que, en nuestro Ordenamiento, informa la legislación penal castrense(1), ofrece una extensa normativa (arts. 207 a 247) en la que se contiene, junto a los particularismos propios de la ley especial en esta materia, una diversidad de preceptos tomados del Derecho común. Ello da lugar a una teoría de la pena en la que se abordan, sin remisiones al Código penal, las distintas cuestiones (naturaleza, duración, efectos, aplicación, ejecución) que la misma suscita(2).

(1) Vid. Foscolo, Ugo, *La integralità dei codici penali militari in rapporto alla pena militare* (intervento al Congreso internazionale di Diritto penale militare, Verona, 9-11 maggio 1959), en "Codice penale militare integrato", Milano, Giuffrè Editore, 1961, págs. 212 a 281.

(2) El *Anteproyecto de Código penal militar* (Madrid, 1982) regula las penas, con sensibles innovaciones, en el título tercero de su libro primero (arts. 12 a 36). Las imprescindibles referencias a este Anteproyecto se hacen al texto concluido en diciembre de 1981, que fue el aprobado por el pleno de la Comisión nombrada al efecto por Orden de 17 de no-

Tal problemática constituye el objeto de esta exposición que, tomando como base necesaria la propia realidad normativa(3), se limita fundamentalmente al examen de aquellas especialidades que, frente al Derecho común, presenta la legislación penal militar(4).

Así, respecto al concepto, fundamento y fines de la pena militar no son necesarias sino algunas precisiones en relación a la teoría general:

1. El Código de Justicia Militar no ofrece, como tampoco lo hace el Código Penal, un *concepto* de pena. Se limita a señalar, en su artículo 207, que "sólo se reputarán penas las impuestas por los Tribunales en virtud de procedimiento judicial", añadiendo que "las correcciones que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se considerarán penas, aunque sean de la misma naturaleza que las establecidas en esta Ley". Resalta de esta disposición general:

a) Que el concepto de pena militar aparece restringido, por cuanto no se comprenden en él las sanciones impuestas por faltas (graves o leves), que se denominan "correcciones" o "correctivos"(5).

b) Que, a diferencia del Código penal (art. 26), el de Justicia Militar no excluye expresamente del concepto de "pena" otras medidas como la detención o la prisión preventiva, quizás por considerar que, siendo el concepto de pena puramente formal (6), el mismo no necesita de una delimitación negativa.

Conforme a lo anterior, la pena militar puede definirse, siguiendo a Rodri-

vembre de 1980 y el pasado a informe de las distintas Capitanías Generales. Con posterioridad, particularmente durante el primer semestre de 1983, se han introducido algunas modificaciones antes de que, a finales de junio, fuese definitivamente entregado en el Ministerio de Defensa.

(3) *Vid.*, para un análisis de conjunto de la situación en Derecho comparado, Jescheck, Hans-Heinrich, *Vollzug von Freiheitsstrafen an Soldaten, bemüungen um eine individuelle Gestaltung der Behandlung*, en "Neue Zeitschrift für Wehrrecht", Schweitzer Verlag, Berlín, 1973, cuad. 4, págs. 121 a 138. El trabajo reproduce la ponencia presentada por el autor en el VI Congreso de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre (La Haya, 22 al 25 de mayo de 1973) y que se basa en las contestaciones de catorce países, entre ellos España, a un cuestionario en el que se hacía referencia a las clases de penas que pueden imponerse a los militares, a las Autoridades facultadas para imponerlas y asegurar su cumplimiento, a la forma de ejecución, particularmente al tipo de establecimientos, y a los eventuales proyectos de reforma existentes en esta materia.

Asimismo, Chenut, Claude, *Les sanctions applicables aux militaires*, Ecole royale militaire, Bruxelles, 1968.

(4) *Vid.* González Pacheco, Humberto, *La pena en el fuero de guerra*, en "Boletín Jurídico Militar", Méjico, 1955, n° 7-8, págs. 315 a 331; Padilla Padilla, Luis, *Consideraciones sobre el delito y la pena común y militar*, en "Boletín Jurídico Militar", Méjico, 1950, n° 11-12, págs. 476 a 485.

(5) *Vid.* Rodríguez Devesa, José María, *Faltas militares*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo IX, Barcelona, 1958, págs. 619 y ss.

(6) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, Octava edición, Madrid, 1981, pág. 827.

guez Devesa, como "una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito"(7).

2. En cuanto al controvertido tema del *fundamento*, convengo con el autor antes citado(8) en que las penas militares (privativas de libertad), aun reconociéndoles una específica función de ejemplaridad(9), tienen los mismos fines de prevención general y especial asignados a la pena en el Derecho común. Por de pronto, pueden ejecutarse en establecimientos penitenciarios comunes; y cuando se cumplen en establecimientos militares, éstos tienen por finalidad la de realizar sobre los penados "un labor educadora, completando su instrucción en un régimen de trabajo que permita su reincorporación a las fuerzas armadas, en su caso, y facilite su readaptación a la vida social"(10). Tal orientación resulta, por demás, mayoritaria hoy en la doctrina tanto española(11) como extranjera(12).

II. CLASES

1. Distingue el Código de Justicia Militar entre penas militares y comunes. En esta distinción, hoy prácticamente sin contenido, debe destacarse el carácter "militar" de las denominadas penas "comunes", que nada tiene que ver con las previstas en el Código penal.

Se establecen *penas militares* para la mayoría de delitos militares propios, esto es, para aquellos que sólo pueden ser cometidos por miembros de las fuerzas armadas (sedición, contra la disciplina militar, contra el honor militar, abandono de servicio, contra los deberes del centinela, abandono de destino o resi-

(7) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 824.

(8) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Novena edición, Madrid, 1983, pág. 1252.

(9) Vid. Álvarez Villa, Fernando, *Funciones de la pena*, en "Boletín Jurídico Militar", Méjico, 1955, n° 7-8, págs. 291 a 294; Calderano, B., *La funzione della pena nella sua evoluzione en "Rassegna dell'Arma dei Carabinieri"*, 1966, n° 6, págs. 1192 y ss.

(10) Artículo 2 del *Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares*, aprobado por Real Decreto 3331/1978, de 22 de diciembre (BOE n° 31 de 1979).

(11) Señala Jiménez, en relación al delito de sedición, cómo no existen particularismos esenciales en las penas militares de privación de libertad, dominando la tendencia a unificarlas con las comunes y a que se cumplan en unos mismos establecimientos penitenciarios. Las diferencias son, para este autor, de grado: mayor necesidad de su ostensible presencia para, con sentido de prevención general, contribuir al mantenimiento de la disciplina; mayor gravedad de las penas, mayor prontitud e insoslayabilidad en su aplicación; mayor grado de elasticidad. Vid. Jiménez y Jiménez, Francisco, *El delito de sedición militar*, tesis doctoral inédita, Parte Tercera: La legislación española; Zaragoza, 1969, pág. 57.

(12) Vid. Veutro, Vittorio, *Diritto Penale Militare*, en el "Manuale di Diritto e Procedura Penale MMilitare" de G. Landi, V. Veutro, P. Stellaci y P. Verri, Milano, Giuffrè Editore, 1976, pág. 232, quien advierte, sin embargo, de las reservas mostradas por un sector de la doctrina italiana en el Congreso que, sobre el cumplimiento de las penas militares y el tratamiento penitenciario a miembros de las fuerzas armadas con vistas a su reinserción en el colectivo militar, y en la vida civil, organizó en 1972 en Saint Vicent, el Grupo

dencia, desertión, denegación de auxilio, negligencia, reincidencia en faltas graves).

Por el contrario, se establecen *penas comunes* para todos los delitos militares impropios, es decir, los que puede cometer cualquier persona (traición, espionaje, rebelión, insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada, inutilización voluntaria para el servicio, usurpación de funciones y uso indebido de uniforme, ocupación y destrucción de documentos militares, allanamiento de dependencia militar), así como para los delitos (militares propios) de fraude y contra el Derecho de gentes (13).

2. Asimismo distingue el Código entre penas principales y accesorias. *Principales* son las partes previstas de modo directo y específico en la Ley. *Accesorias* son las penas que no pueden imponerse sino como consecuencia de una principal.

3. Las *penas militares* son, por orden de gravedad, las de muerte, reclusión militar, pérdida de empleo, prisión militar desde tres años y un día, separación del servicio y prisión militar hasta tres años. Las *penas comunes* son, también por orden de gravedad, las de muerte, reclusión, prisión desde tres años y un día, prisión hasta tres años e inhabilitación (art. 209).

Son *penas accesorias militares* la degradación, la suspensión de empleo, la deposición de empleo, el servicio disciplinario, la expulsión de las filas militares con pérdida de todos los derechos adquiridos en ellas y la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito. Las penas de pérdida de empleo y separación del servicio son también accesorias en los casos en que, no imponiéndolas expresamente, la Ley declara que otras penas las lleven consigo.

Las *accesorias de las penas comunes* comprendidas en el Código son la inhabilitación, en los casos que la Ley determina, y la suspensión de cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio (art. 210).

4. Puede, finalmente, distinguirse, en orden a su duración, entre penas militares *temporales* y *permanentes*.

Las penas militares de pérdida de empleo y separación del servicio impuestas como principales o como accesorias de otras penas, y la pena accesoria de degradación militar son siempre de carácter permanente. Los que las sufrán no podrán ser rehabilitados sino a virtud de una ley (art. 213).

Entiende comúnmente la doctrina que la rehabilitación puede llevarse a efecto a virtud de una ley de carácter general. De hecho, en la práctica, se ha concedido

Italiano de la Société Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre.

(13) Cfr. de Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español, con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, tomo II. "Derecho Penal Militar", Madrid, Edit. Naval, sin fecha, pág. 144.

de forma genérica e incluso por Decreto (14).

III. PENAS PRINCIPALES

A. Pena de muerte

1. Por el artículo 15 de la Constitución española de 1978 quedó abolida la pena de muerte, "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra" (15).

De conformidad con el principio constitucional, la reforma operada en el Código de Justicia Militar por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, añadió un párrafo final al artículo 209, según el cual, "la pena de muerte sólo podrá imponerse en tiempos de guerra", con referencia expresa (e innecesaria) al propio precepto constitucional y al Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre, que, con carácter provisional, había sustituido, desde su entrada en vigor el mismo día que la Constitución, la pena de muerte, en tiempos de paz, por la de treinta años de reclusión en el Código de Justicia Militar, en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964 y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 (16).

(14) *Vid.* De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 149.

(15) *Vid.*, sobre los antecedentes y el debate parlamentario de esta norma, Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte (comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978)*, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 19 y ss.

(16) Este Real Decreto-Ley es desafortunado, mas no porque no derogue expresamente la pena de muerte en el Código penal, lo que, en mi opinión, era innecesario, sino porque, de hecho, la mantiene, para tiempos de guerra, en dos leyes especiales comunes, no militares, cuales son la LPPNA de 1964 y la LPDMM de 1955. *Vid.*, sobre este tema, Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Suplemento a la Séptima edición, Reformas hasta el 31 de diciembre de 1979, Madrid, 1980, pág. 11; Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., págs. 30 y ss; Landrove Díaz, Gerardo, *La abolición de la pena de muerte en España*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", tomo XXXIV, Madrid, enero-abril 1980, págs. 28 y ss.

Con posterioridad, Juan-Felipe Higuera Guimerá se ha ocupado específicamente de esta disposición, tratando de poner de relieve su inconstitucionalidad formal y material.

Para este autor, el Real Decreto-Ley nº 45/78, de 21 de diciembre, sería formalmente inconstitucional desde el momento en que, con arreglo a una interpretación estricta del artículo 86, 1º de la Constitución, que desde luego no comparto, sólo pueden establecerse delitos o penas por medio de una Ley Orgánica y, excepcionalmente, a través de una Ley ordinaria. La inconstitucionalidad material de la norma deriva, para Higuera, de la pena de treinta años que, establecida como "única" e "indivisible", ha de reputarse inhumana y contraria, como tal, al artículo 15, primer inciso, del texto constitucional.

La consecuencia más relevante de esta pretendida inconstitucionalidad radica, sin duda, en que los supuestos más graves de rebelión militar, para los que el Código de Justicia

La reforma, sin embargo, como tuve ocasión de señalar en su momento (17), no fue acompañada de otras previsiones legislativas que, al respecto, hubieren sido convenientes:

a) No se ha sustituido la pena de muerte en cada uno de aquellos supuestos regulados en el Código en que la misma es inconstitucional por no ir exclusivamente referidos a tiempos de guerra, con lo que hay que seguir recurriendo al Real Decreto-Ley 45/1978, cuyo carácter provisional fue ignorado por el legislador.

La solución no estaba tampoco, como se ha pretendido (18), en haber trasladado el contenido del Real Decreto-Ley de referencia al final del artículo 209 CJM, lo que técnicamente sería incorrecto, sino en haber establecido, para los distintos tipos previstos en el Código de Justicia Militar, las penas políticocriminalmente adecuadas dentro de los límites constitucionales, sin esperar a la reforma integral de las leyes penales militares que, aún en estos momentos, cuatro años más tarde, continúa siendo objeto de polémico debate.

b) No se aprovechó tampoco la reforma para concretar y precisar el exacto contenido de los denominados *tiempos de guerra*, concepto no definido en la Constitución y cuya interpretación no está exenta de dificultades.

Por de pronto, a la vista de los artículos 32 y siguientes de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, no pueden considerarse conceptos equivalentes los de *tiempos de guerra* y *estado de sitio*, porque éste puede declararse sin que se den las circunstancias fácticas de beligerancia que caracteriza la situación de guerra.

Tampoco define los tiempos de guerra la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización militar.

El propio Código de Justicia Militar regula supuestos paralelos como los del "ejército en campaña" o "frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos" (art. 256), pero tampoco nos ofrece una definición de *tiempo de guerra* que, como elemento normativo, utiliza de forma reiterada en diversos tipos para referirse a una determinada situación bélica agravatoria de la conducta sancionada.

Militar establecía la pena de muerte como pena única, resultarían impunes en tiempo de paz.

Cfr., al respecto, Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *El Real Decreto-Ley n.º 45/78 que sustituyó la pena de muerte: problemas y soluciones*, Bosch, Barcelona, 1983.

(17) Millán Garrido, Antonio, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar*, en "Revista de Derecho Público", Edersa, n.º 87, Madrid, abril-junio 1982, págs. 302 y ss. Posteriormente, este trabajo se ha publicado, con algunas adiciones, en la "Revista Española de Derecho Militar", n.º 40, Madrid, 1982, págs. 195 a 231.

(18) Así, Valenciano Almoyña, Jesús, *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980*, Madrid, 1980, pág. 102.

En mi opinión, por *tiempos de guerra* o *tiempo de guerra*, conceptos que estimo equivalentes (19), debe entenderse toda situación fáctica de conflictividad armada entre dos partes beligerantes. Puede tratarse de una guerra internacional o externa, pero también de un conflicto interno, de una contienda civil (20). En ningún caso es necesaria una previa declaración formal de guerra, que, además de ser un requisito abandonado en la práctica internacional, no afecta a la situación fáctica de confrontación armada que es el contenido esencial del concepto que nos ocupa (21).

Apoya esta tesis la misma génesis parlamentaria de la expresión. Según el Senador Sr. Cirici Pellicer, que introdujo en el artículo 15 de la Constitución dicha fórmula, con la misma se tiende a diferenciar y delimitar la "guerra auténtica" de situaciones puramente jurídicas y de carácter convencional, como sería hoy el estado de sitio, que podría ser declarado sin que existiese una guerra "real". Esta nueva fórmula, según su inspirador, quiere significar una "lucha armada general y organizada", con lo que se descarta la posibilidad del uso "político" o "de orden público" de la pena capital (22).

2. La pena de muerte, que, conforme a lo anterior, es hoy en nuestro Derecho una pena militar de carácter excepcional (23), lleva consigo la degradación

(19) En la fórmula originaria del artículo 15 de la Constitución aprobada en el Senado figuraba *tiempo de guerra*. En la Comisión Mixta Congreso-Senado se optó por emplear el plural, sin que se adujera una razón sustancial, quedando en el texto constitucional como *tiempos de guerra*. En la reforma del Código de Justicia Militar, el Informe de la Ponencia, al incluir la modificación del artículo 209, no prevista inicialmente en el Anteproyecto, habla de *tiempos de guerra* (vid. BOCG, Congreso de los Diputados, 24 de abril de 1980, pág. 166/17). Por el contrario, en el texto remitido al Senado figura en singular como *tiempo de guerra* (vid. BOCG, Senado, 8 de julio de 1980, pág. 14). Por último, con la aceptación de una enmienda del Senador Sr. Villar Arregui, que propuso la utilización del plural en "armonía con el artículo 15 de la Constitución" (vid. BOCG, Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 61), se estableció definitivamente en el último párrafo del artículo 209 la expresión *tiempos de guerra*.

(20) En contra, Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 837, para quien el término constitucional *tiempos de guerra* debe referirse únicamente a la guerra exterior o internacional, esto es, a aquellos supuestos de beligerancia entre dos o más Estados soberanos.

(21) En contra, Barbero Santos, Marino, *La pena de muerte en la Constitución*, en "Sistema", n.º 42, mayo 1981, pág. 53; Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., pág. 56.

(22) Vid. Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., págs. 28 y s.

(23) Vid., sobre las garantías procesales en la aplicación de la pena de muerte, así como su ejecución, Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., págs. 66 y ss., con amplias referencias a los Convenios de Ginebra de 1949.

Un supuesto excepcional de enjuiciamiento y ejecución simultánea de la pena de muerte es el contenido en el artículo 338 del Código, según el cual, "el que por cobardía sea el primero en volver la espalda al enemigo incurrirá en la pena de muerte, y podrá en el mismo acto ser muerto para castigo y ejemplo de los demás". Sobre esta tradicional forma

en los casos en que la Ley así lo dispone expresamente, como ocurre en los supuestos más graves de traición, espionaje y delitos contra el Derecho de gentes (arts. 258, 259, 272 y 280). Cuando no se ejecute por haber sido indultado el reo, llevará consigo la pérdida de empleo para los Oficiales y Suboficiales y la expulsión de las filas del Ejército con pérdida de todos los derechos adquiridos en él para los que no tengan la indicada condición, excepto los pasivos que puedan corresponderles en relación a sus años de servicio (art. 218, 1º y 2º).

3. La pena de muerte se ejecutará "mediante fusilamiento y sin publicidad" (art. 871), con observancia de lo dispuesto en los artículos 867 a 878 CJM, en los que la reforma de 1980, entre otras modificaciones, suprimió el ritual público y solemne que en el artículo 879 se establecía para la ejecución de la degradación (24).

B. Penas privativas de Libertad

Las penas privativas de libertad ofrecieron una gran variedad en nuestro Derecho penal militar histórico (cadenas, reclusiones, presidios, prisiones) y fue, inicialmente, intención del legislador de 1945, según se señala en la propia Exposición de Motivos del Código vigente, el reducirlas a una sola. No se hizo, sin embargo, así, "atendiendo a que son distintas las accesorias y efectos que hay que atribuir a la privación de libertad, según sea más o menos duradera, y corresponda a delitos más o menos graves. Por ello se han mantenido las penas de reclusión y prisión y se ha hecho en esta segunda la diferenciación entre cuando exceda de tres años o cuando no sobrepase este tiempo, también con vistas a las accesorias y efectos que, en cada supuesto, ha de llevar consigo" (25).

1. La pena de *reclusión militar* tiene una duración de doce años y un día a treinta años (art. 211, 1º). La misma duración tiene la *pena común de reclusión* (art. 212, 1º).

Llevar consigo como accesorias, en todo caso, la pérdida de empleo para los Oficiales y Suboficiales y la expulsión de las filas del Ejército para los demás miembros de las fuerzas armadas (art. 218, 3º). La pena común de reclusión comporta, además, la inhabilitación por el tiempo de la condena (art. 222, 1º).

2. La pena de *prisión militar* tiene una duración de seis meses y un día a doce años (art. 211, 2º), la misma que la *pena común de prisión* (art. 212, 2º).

de punición de la cobardía, Puig Durán, Juan Ignacio, *Consideraciones sobre el artículo 338 del Código de Justicia Militar*, en "Revista Española de Derecho Militar", nº 36, Madrid, julio-diciembre 1978, págs. 107 y ss.

(24) Asimismo, en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares se contienen (arts. 74 a 76) algunas "reglas para la ejecución de la pena de muerte y trato de los condenados a ella".

(25) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 147.

Si excede de tres años, comporta la separación del servicio para los Oficiales y Suboficiales y, para los que no lo sean, la deposición de empleo y el destino a Cuerpo de disciplina por el tiempo que después deban servir en filas, descontándoseles para todos los efectos el de la condena (art. 219, 1º).

La prisión hasta tres años lleva consigo las accesorias de suspensión de empleo para los Oficiales y Suboficiales, y la deposición de empleo para las clases de tropa y marinería (art. 220).

Además, la pena común de prisión comporta la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena (art. 222, 2º).

Finalmente, las penas privativas de libertad, de cuyo cumplimiento se ocupan genéricamente los artículos 880 a 895 CJM (26) y 77 a 85 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares (27), producen el efecto, para los individuos de las clases de tropa y marinería, de pérdida para el servicio y antigüedad de un periodo de tiempo igual al que comprenda la condena, cualquiera que sea el efectivo que permanezcan presos después de firme el fallo. Esto no obstante, les será de abono el tiempo que hayan estado en prisión atenuada (art. 229, 2º y 3º).

(26) En el articulado del Código se establece, además, en ocasiones, para delitos concretos y situaciones excepcionales, determinadas formas de cumplimiento de estas penas.

Así, los condenados por delitos de desertión o falta de incorporación a filas, cometidos en tiempo de guerra, "cumplirán la pena durante la campaña prestando servicio en funciones penosas, y si al terminar aquella no la hubieren extinguido, cumplirán lo que les reste en el establecimiento penitenciario que corresponda" (art. 381).

La medida resulta, en mi opinión, necesaria, habida cuenta de que, de otra forma, la pena contribuiría a la finalidad del desertor que, en tiempo de guerra, será generalmente la de eludir los riesgos y fatigas propios de la campaña (*vid.* Millán Garrido, Antonio, *El delito de desertión militar*, Barcelona, Bosch, 1983, pág. 124).

Como advierte, Rodríguez Devesa (*Deserción* en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo VII, Barcelona, 1955, pág. 253), esta modalidad de cumplimiento de las penas privativas de libertad deja subsistente la naturaleza de la sanción, que habrá de abonarse como si se cumpliera en un establecimiento penitenciario, de manera que producirá la pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad prevenida en el art. 229 para los individuos de las clases de tropa o marinería condenados a penas de prisión o reclusión".

(27) El artículo 77 establece que el cumplimiento de las penas privativas de libertad se ajustará al *sistema progresivo* para los penados pertenecientes a las clases de tropa y marinería, quienes obligatoriamente desarrollarán un trabajo retribuido (art. 78, 1º y 2º). Los Oficiales y Suboficiales podrán voluntariamente realizar trabajos intelectuales o manuales, sin que en ningún caso lleven consigo remuneración ni redención de penas por el trabajo (art. 78, 3º).

C. Penas privativas de derechos

Son la pérdida de empleo y la separación del servicio (28), que pueden ser impuestas como principales o como accesorias.

1. La pena de *pérdida de empleo* (29) produce la baja definitiva en los Ejércitos, con la privación de grados, sueldos, honores y derechos militares que correspondan al penado, así como la incapacidad para obtenerlos en lo sucesivo, excepto los derechos pasivos que pudieran corresponderle por los años de servicio (art. 223, 1º).

Antes de 1978, el condenado a pérdida de empleo era privado de los derechos pasivos que pudieran corresponderle y ahí radicaba su diferencia sustancial con la separación del servicio.

La vigencia del artículo 223, párrafo 1º, se tornó, no obstante, cuanto menos cuestionable, en esta materia, con la publicación aquel año de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre), que en su artículo 172, inciso final, establecen que "en ningún caso podrá (el militar) ser privado de los derechos pasivos que le correspondan".

La antinomia fue solventada en la reforma del Código de 1980 que añadió al párrafo primero del artículo 223 la excepción final, conforme a la cual el condenado a pérdida de empleo mantiene los derechos pasivos que puedan corresponderle (30).

2. La pena de *separación del servicio* "producirá también la baja en el Ejército respectivo con pérdida de los derechos adquiridos en el mismo, excepto los pasivos que puedan corresponderle por sus años de servicio" (art. 223, 2º).

En este caso, la reforma de 1980 (31) retocó la redacción anterior, dejando ver que en la separación del servicio la pérdida no es "absoluta" ni de "todos" los derechos, como se establecía hasta entonces.

Con ello se quiso señalar una diferencia entre pérdida de empleo y separación

(28) *Vid.*, sobre la expulsión de las fuerzas armadas como pena, desde una perspectiva criminológica, Lance, Charles, E., *A Criminal Punitive Discharge. An effective Punishment?*, en "Military Law Review", n° 79, Washington, 1978, págs. 1 a 133.

(29) *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *Pérdida de empleo*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, Barcelona, tomo XVIII (en preparación).

(30) El que existan penas militares que lleven consigo la pérdida de los derechos pasivos para el condenado no es infrecuente en la legislación comparada, justificándose la dureza de la sanción por la gravedad de los delitos, normalmente contra la seguridad del Estado, para los que está prevista. *Vid.*, al respecto, Mc Hughes, Lee M., *The Hiss Act Amendments*, en "Military Law Review", n° 16, Washington 1962, págs. 137 y ss.

(31) *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares*, cit., pág. 306.

ción del servicio que, tras la reforma, ofrecen un contenido muy semejante, máxime cuando, conforme al párrafo tercero del artículo 223, "en ambos supuestos, los condenados quedarán sujetos a la Ley General del Servicio Militar en lo que pueda serles aplicable".

La distinción, de todas formas, no se ha logrado, pues, si bien los efectos de la pérdida de empleo aparecen claramente establecidos, el contenido de la separación del servicio ofrece serias dudas al intérprete, tras la reforma, la que debió señalar de modo expreso cuales son los derechos adquiridos que, además de los pasivos, conserva el separado del servicio, así como en qué sentido la pérdida de derechos para él no es ahora absoluta, extremos éstos para cuya interpretación no se cuenta con base legal suficiente.

Tanto en la pérdida de empleo como en la separación del servicio, con la supresión en la reforma de 1980 del párrafo segundo del derogado artículo 224, se ha posibilitado el que, cuando alguna de estas penas se imponga como accesoria, en los supuestos que más adelante examinaremos, el condenado perciba, mientras extingue la pena principal, el haber pasivo que pueda corresponderle.

Para aquellos casos en que el condenado a penas de pérdida de empleo o separación del servicio no haya perfeccionado derecho a haber pasivo, establece el artículo 224 que sus esposas, hijas (32) y madres viudas, sin medios de fortuna, percibirán, durante el tiempo de cumplimiento de la condena, "las pensiones señaladas en la legislación vigente sobre derechos pasivos para caso de fallecimiento de los causantes" (33).

IV. PENAS ACCESORIAS (34)

A. Degradación militar

La degradación, nos dice Querol, suponía el acto de destituir y despojar a

(32) La reforma, en este punto, del texto anterior, que se refería genéricamente, como posibles beneficiarios de los socorros establecidos, a los *hijos* es difícilmente justificable y, en mi opinión, consagra una distinción que, respecto a los hijos menores de edad, además de contrariar la legislación de Derechos Pasivos, es claramente anticonstitucional.

(33) De la ejecución de las penas de pérdida de empleo y separación del servicio, así como de la accesoria de expulsión de las filas militares, se ocupan los artículos 896 y 898, 1º CJM, así como una difusa legislación complementaria de carácter administrativo.

(34) De la amplia temática, de naturaleza jurídico-procesal, que ofrece la aplicación de las accesorias (y los efectos) destaca hoy especialmente el problema de hasta qué punto es posible y necesaria su expresa consignación en las sentencias en que, por delitos comunes, condene a militares la jurisdicción ordinaria.

La cuestión, de indudable trascendencia, reviste hoy, en efecto, particular importancia porque, limitada por imperativo constitucional (art. 117, 5º) la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense, lo que, en alguna medida, es ya realidad legislativa tras la reforma del Código en 1980, el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares viene atribuido, en principio y como regla general, a la jurisdicción ordinaria.

una persona de las dignidades, honores, empleos y funciones que tuviera, realizado con publicidad, para su desdoro, y generalmente como pena "preparatoria" de la ejecución de la sentencia capital (35).

No obstante, como destaca Rodríguez Devesa (36), ya en el Código de Jus-

En mi opinión, el tema no puede plantearse de forma genérica, como recientemente hace José Rojas Caro (*¿Pueden los Tribunales Ordinarios imponer las penas accesorias del Código de Justicia Militar a los militares culpables de los delitos comunes?*, en "Revista de Derecho Público", Edersa, n.º. 91, Madrid, abril-junio 1983, págs. 303 y ss.), quien, sin más base legal que la desafortunada redacción del último párrafo del artículo 231 del Código, identifica los conceptos de pena accesoria y efecto especial, cuya distinción resulta fundamental en este punto.

Por lo que a los *efectos especiales* respecta, no veo la necesidad de que se señalen de modo expreso en la sentencia, precisamente porque, con independencia de cual sea su contenido, en sentido estricto no son penas (cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 872), sino "consecuencias" que para los militares se derivan de determinadas condenas impuestas conforme a la legislación común. En tales casos bastará el testimonio de la sentencia recaída para que, con base en la pena fijada, se determinen (y ejecuten), en vía administrativa, sus efectos (en tal sentido, De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 166). Lo mismo puede afirmarse en relación a los efectos que producen las penas canónicas en los individuos de los Cuerpos eclesiásticos de los Ejércitos: si el Tribunal no lo consigna en la sentencia, se concretarán en vía administrativa con arreglo a las normas contenidas en el artículo 234 del Código.

Distinto es el caso de la separación del servicio que, como *accesoria*, lleva consigo toda condena impuesta a Oficial o Suboficial por los delitos de robo, hurto, estafa, apropiación indebida o por los de malversación comprendidos en los artículos 394 y 396 del Código penal (art. 221 CJM).

Tratándose aquí, no de un efecto (lo que hubiera sido técnicamente más correcto), sino de una pena (accesoria), parece claro que la misma debe ser necesariamente recogida en la sentencia, lo que, en su caso, pueden y deben hacer los Tribunales de la jurisdicción ordinaria en base al artículo 221 del Código de Justicia Militar, no existiendo obstáculo técnico-jurídico alguno que impida tal aplicación (*vid.*, sobre este punto, particularmente, Rojas Caro, José, *¿Pueden los Tribunales Ordinarios...?*, cit., págs. 318 y ss.)

Cuando, no obstante, el Tribunal omita la accesoria (lo que no es infrecuente) y adquiera firmeza la sentencia, resulta extremadamente cuestionable que tal omisión pueda ser subsanada en vía administrativa, como pretende Querol (*Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., págs. 165 y s).

La solución en este tema será, por demás, siempre difícil, en tanto la separación del servicio prevista en el artículo 221 del Código no pase a ser uno más de los efectos especiales que, para los militares, producen las penas comprendidas en la ley común, respecto a los cuales debiera optarse, en mi opinión, por reconocerles formalmente carácter administrativo.

Vid., también, en sentido contrario, insistiendo en la naturaleza penal de los "efectos", Rojas Caro, José: *La judicialidad de las penas accesorias y de los efectos especiales en el Código de Justicia Militar*, en prensa en "Revista de Derecho Procesal".

(35) Cfr. De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 162.

(36) Rodríguez Devesa, José María, *Degradación*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo VI, Barcelona, 1954, págs. 372 y s.

ticia Militar de 1890 el contenido de la pena vino a desintegrarse en las de pérdida de empleo y expulsión de las filas del Ejército, que son las accesorias de la pena de muerte en caso de indulto. Desde entonces, la degradación quedó despojada de todo contenido propio y distinto del rito mismo con que se aplicaba: era tan sólo una forma potenciada, por su carácter solemne y público de ejecutar, en determinados casos, las indicadas accesorias de la pena de muerte.

Esta concepción fue la que informó en 1945 el Código vigente que no establece un contenido específico para la degradación, regulando tan sólo su ritual en el artículo 879, dentro de las normas sobre la ejecución de la pena de muerte.

Por ello, la supresión en la reforma de 1980 del ritual público y solemne que el artículo 879 establecía para la ejecución de la degradación supone, a mi modo de ver, como ya he destacado, la desaparición definitiva en nuestro Derecho de esta accesoria, aun cuando como tal se prevea en los artículos 210 y 218 y se mantenga en relación a varios supuestos de traición y espionaje y para algunos de los delitos contra el Derecho de gentes (37).

B. Pérdida de empleo

La pérdida de empleo, de cuyo contenido y efectos ya nos hemos ocupado, se impone a Oficiales y Suboficiales como accesoria de las penas siguientes:

- a) De la de muerte, cuando no se ejecute (art. 218, 2°).
- b) De las de reclusión, cualquiera que sea su extensión (art. 218, 3°).

Se impone, igualmente, la pérdida de empleo como efecto (38) de las penas comunes de reclusión mayor, reclusión menor y presidio mayor (art. 231, 1°), así como de las canónicas de degradación, privación perpetua de hábito eclesiástico, deposición y excomunión (art. 234, 1°).

C. Separación del servicio

La separación del servicio se impone, asimismo como accesoria, tratándose de Oficiales o Suboficiales, en los siguientes casos:

- a) En la pena de prisión que exceda de tres años (art. 219, 1°).
- b) Cuando la condena sea "a varias penas cuya duración exceda en junto de tres años" (art. 219, 2°).
- c) En la pena, cualquiera que sea su naturaleza y extensión, impuesta por

(37) Millán Garrido, Antonio *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares*, cit., pág. 305.

(38) Aunque, como se ha indicado, los *efectos especiales* no pueden reputarse, en sentido estricto "penas", el hecho de que su contenido coincida con el de las correspondientes accesorias permite y aconseja, a efectos puramente sistemáticos, su exposición conjunta.

delitos de robo, hurto, estafa, apropiación indebida o por los de malversación comprendidos en los artículos 394 y 396 del Código penal (art. 221) (39).

En este último caso, que la legislación anterior refería a todos los delitos contra la propiedad, se trata, como destaca Querol, de "excluir de la corporación militar al Oficial o Suboficial cuya falta de probidad y honradez le hace indigno de seguir vistiendo el uniforme" (40).

Se impone también la separación del servicio como efecto de las penas comunes de prisión mayor, prisión menor por más de tres años, presidio menor en cualquier extensión, extrañamiento, confinamiento e inhabilitación absoluta o especial (art. 231, 2º) y de las canónicas de suspensión y entredicho por más de un año (art. 234, 2º) o si media reincidencia (art. 234, 3º), así como en los casos de tres expedientes canónicos, gubernativos o judiciales, terminados por auto o sentencia condenatoria (art. 234, 5º).

D. *Suspensión de empleo*

La suspensión de empleo, que se impone como accesoria a los Oficiales y Suboficiales penados con prisión hasta tres años (art. 220), "producirá el efecto de que el condenado a ella pierda el número de puestos que proceda dentro de su categoría, con arreglo a las disposiciones administrativas aplicables (41). El tiempo de la suspensión no será de abono para el servicio, y durante el transcurso de aquella sólo percibirá el suspenso la parte de sueldo que en concepto de pensión alimenticia se establezca con ese fin por disposición administrativa de carácter general" (art. 226, 1º y 3º).

Asimismo, se impone la suspensión de empleo como efecto de las penas comunes de prisión menor hasta tres años y arresto mayor en las que no se hubiera otorgado el beneficio de remisión condicional (art. 231, 3º). No obstante, quienes queden suspensos de empleo como consecuencia de penas de arresto mayor se exceptúan de la pérdida de puestos dentro de su categoría (art. 226, 2º).

Es, finalmente, la separación del servicio el efecto militar de las penas canónicas de suspensión y entredicho por menos de un año (art. 234, 3º) y de irregularidad proveniente de delito (art. 234, 4º).

(39) La separación del servicio es inherente a los delitos expresamente señalados, pero no a las faltas (Sentencia de 13 de enero 1943), y ello con independencia de la pena impuesta (Sentencia de 11 marzo 1960) o de que el Oficial hubiera sido ya separado con anterioridad a la fecha de la sentencia (Sentencia de 8 febrero 1957, "REDM", nº 5, pág. 239).

(40) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 155.

(41) Artículo 12 de la Orden del Ministerio de Defensa de 31 de Julio de 1981 (D.O. nº 193), por la que se desarrolla el Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo (BOE nº 85), de situaciones militares.

E. *Deposición de empleo*

La deposición de empleo, que se refiere únicamente a los Cabos, se impone como accesoria de las penas de prisión, cualquiera que sea su extensión (arts. 219, 1º y 220).

Produce la pérdida del empleo del penado, "el cual no podrá obtener ningún otro durante el cumplimiento de la pena principal" (art. 227, 1º).

Se caracteriza, pues, esta accesoria, como señala Querol (42), porque hace perder el empleo militar al individuo a quien se impone, pero no le incapacita permanentemente para obtenerlo de nuevo o, incluso, alcanzar otro superior: la incapacidad se limita al tiempo de duración de la accesoria, coincidente con el de la principal.

Distinta naturaleza tiene el correctivo de "deposición de empleo" que, por faltas leves, puede imponerse a los individuos de las clases de tropa y marinería (art. 416).

F. *Expulsión de las filas militares*

La expulsión de las filas militares se impone a los individuos de las clases de tropa y marinería como accesoria:

- a) De la pena de muerte, cuando no se ejecute (art. 218, 2º).
- b) De las penas de reclusión, cualquiera que sea su extensión (art. 218, 3º).

Asimismo, es el efecto especial de las penas comunes de reclusión mayor, reclusión menor y presidio mayor (art. 232, 1º).

Produce la salida definitiva de los Ejércitos, con pérdida de todos los derechos adquiridos. Debe entenderse, sin embargo, que, desde la reforma de 1980, se exceptúan "los pasivos que pudieran corresponderle por sus años de servicio", aunque tal excepción no se haya hecho constar sino en el artículo 218, párrafo 2º, que se refiere sólo a aquellos casos en que la expulsión de filas del Ejército se impone como accesoria de la pena de muerte en los casos en que ésta no se ejecute.

Ello no puede justificarse por la inexistencia de una disposición dedicada a establecer específicamente los efectos de la "expulsión de filas del Ejército", porque éstos, de alguna forma, se determinan en el artículo 210 y, hasta que una reforma más profunda ordenase sistemáticamente esta materia, allí debería haberse consignado que el expulsado mantiene el haber pasivo que, con arreglo a

(42) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 168.

sus años de servicio, pueda corresponderle (43).

G. Servicio disciplinario

El destino a Cuerpo de disciplina se impone a los individuos de las clases de tropa y marinería como accesoria:

- a) De las penas de prisión que excedan de tres años (art. 219, 1^o).
- b) Cuando la condena sea "a varias penas cuya duración exceda en junto de tres años" (art. 219, 2^o).
- c) De las condenas por delitos de desertión, cualquiera que sea la duración de la pena impuesta (art. 219, 3^o).

Se impone, asimismo, como efecto de las penas comunes de prisión mayor, presidio menor y prisión menor desde tres años y un día, extrañamiento, confinamiento, inhabilitación, destierro y suspensión de cargo público, profesión u oficio (art. 232, 2^o y 3^o).

Por otra parte, señala el artículo 229, en su párrafo primero, que "el militar condenado a una pena que lleve consigo la salida definitiva de los Ejércitos o que produzca la rescisión de su compromiso de servicio voluntario, cumplirá en Cuerpo de disciplina el tiempo que le falte para extinguir el de servicio activo, con arreglo a las Leyes de Reclutamiento y Reemplazo".

Esta accesoria (o efecto) comporta el ingreso del penado en el Cuerpo de disciplina que se señale por el tiempo que en él deba extinguir (art. 227, 2^o).

Excepcionalmente, el servicio disciplinario puede imponerse, mediante conmutación en lugar de la pena de prisión, como principal en el delito de desertión, cuando ésta sea en tiempo de paz, sin circunstancias calificativas y condiciones especiales así lo aconsejen (art. 372, 3^o), si bien, como ya señalé en otro lugar (44), no tengo noticias de que, desde la entrada en vigor del Código, se haya hecho uso de esta facultad concedida a las Autoridades judiciales.

Por último, el destino a Cuerpo de disciplina puede imponerse como correctivo en las faltas graves (art. 415).

H. Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito

Señala el artículo 228 del Código que "toda pena que se imponga por delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, debiendo inutilizarse éstos si no son de uso

(43) Vid. Millán Garrido, Antonio, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares*, cit., pág. 305.

(44) Millán Garrido, Antonio, *El delito de desertion militar*, cit., pág. 124.

licito, venderse si lo son, o devolverse a su dueño si, siéndolo, pertenecen a un tercero irresponsable" (45).

I. Inhabilitación

La inhabilitación está prevista en el Código fundamentalmente como accesoria. No obstante, en algunos supuestos, como los del artículo 293, se impone como principal, por venir considerada una pena "más adecuada que las de privación de libertad para sancionar conductas como las observadas en relación con la rebelión militar por los funcionarios públicos y agentes de la Autoridad" (Exposición de Motivos). En este caso, tendrá una duración de seis años y un día a veinte años (art. 214).

Como accesoria, va aneja a la pena común de reclusión, cualquiera que sea su extensión (art. 222, 1º).

Produce esta pena la privación de todos los honores, empleos o cargos públicos que tuviera el condenado, así como la incapacidad para obtenerlos por el tiempo de la condena (art. 225, 1º).

J. Suspensión

Finalmente, la suspensión de cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio se impone siempre en el Código de Justicia Militar como accesoria de la pena común de prisión (art. 222, 2º).

Dice el artículo 225, en su párrafo segundo, que "la suspensión de cargo, profesión u oficio públicos inhabilitará al penado para su ejercicio y para obtener otro de funciones análogas por el tiempo de la condena", no concretando los efectos de esta pena en relación al derecho de sufragio, al que se refieren, sin embargo, los artículos 210 y 222, párrafo 2º, del propio Código (46) (47).

V. COMPUTO

Conforme al artículo 216 del Código, "la duración de las penas que consistan en privación de libertad empezará a contarse, cuando el reo estuviere preso, desde el día en que la sentencia hubiese quedado firme, y no estándolo, desde

(45) La pistola que, como arma reglamentaria, tiene asignada un Guardia Civil debe ser devuelta al Cuerpo cuando, en caso de condena, proceda su comiso (Sentencia de 15 febrero 1956, "REDM", nº 3, pág. 192).

(46) *Id.* artículo 897 CJM.

(47) La *pérdida de tiempo para el servicio* no es propiamente una accesoria y por ello no la relaciona el artículo 210 del Código, sino un efecto militar previsto para la pena común de destierro (art. 231, 4º) y para el arresto sustitutorio de la multa si excediere de un mes (art. 233).

que sea reducido a prisión. La duración de las penas temporales que no consistan en privación de libertad empezará a contarse desde la fecha de notificación de la sentencia".

Dispone el artículo 217 que "para el cumplimiento de las penas de privación de libertad se abonará en su totalidad la prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación del procedimiento, tanto si lo fue rigurosa como atenuada" (48).

Como señala Querol (49), los artículos 184 del Código de Justicia Militar de 1890 y 42 del Código penal para la Marina de Guerra de 1888 sólo autorizaban el abono de la mitad de las penas inferiores a tres años, estableciéndose, además, determinadas excepciones, como las que hacían referencia a la reincidencia o a la desertión.

La ley de 17 de enero de 1901 estableció para todas las jurisdicciones el abono total del tiempo en las penas inferiores a seis años, cuando no se tratara de reos reincidentes o reiterantes, y de la mitad en estos supuestos así como en las condenas superiores a seis años, aunque si la prisión preventiva hubiese excedido de un año se abonaría siempre la totalidad del exceso.

Con posterioridad, la legislación común adoptó el principio del abono total de la prisión preventiva, regla que acogió el Código de Justicia Militar de 1945 en el transcrito artículo 217 del que su inciso final, con la referencia expresa a la prisión atenuada, procede de la reforma operada en el texto por la ley de 21 de abril de 1949.

Se impone, además, en este precepto una interpretación amplia (50), conforme a la cual es asimismo de abono, no sólo el arresto preventivo (51), sino también el impuesto en vía disciplinaria (52) y, en general, todo el tiempo que el condenado haya permanecido privado de libertad por los mismos hechos, aunque lo hubiera estado en razón a un procedimiento distinto (53).

(48) *Vid.*, sobre este tema, con particular referencia a la jurisdicción militar, Boller, Richard R., *Pretrial Restrain in the Military*, en "Military Law Review", n.º 50, Washington, octubre 1970, págs. 71 a 115.

(49) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar*, tomo II, cit., pág. 150.

(50) *Vid.* Díaz-Llanos Lecuona, Rafael, *Leyes Penales Militares*, décima edición, Madrid, Cía Bibliográfica Española, 1974, pág. 214.

(51) Sentencia de 23 octubre 1957 ("REDM", n.º 6, pág. 198).

(52) Sentencias de 11 mayo 1955 ("REDM", n.º 1, pág. 192), 7 diciembre 1956 ("REDM", n.º 4, pág. 216) y 5 diciembre 1962 ("REDM", n.º 16, pág. 176).

(53) Sentencia de 11 abril 1957 ("REDM", n.º 5, pág. 293).

VI. APLICACION

A partir de su artículo 236, el Código de Justicia Militar dicta un conjunto de normas tendentes a la determinación de la pena aplicable.

Como *pena base* se adopta la fijada en el Código para los autores del delito consumado. Establece, al respecto, el artículo 236, párrafos 1º y 2º, que “a los autores de un delito se les impondrá la pena que para el delito que hubieren cometido se hallare determinada por la Ley. Siempre que la Ley fijare generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la refiere a la consumada”.

Este principio tiene como excepción el caso de incongruencia entre el delito cometido y el que se había propuesto ejecutar el sujeto. En tal supuesto, “se impondrá a éste la pena señalada al delito que la tenga menor en la extensión que el Tribunal estime justa” (art. 238, 2º).

Con referencia al módulo punitivo básico, tiene lugar, en la primera fase de individualización (legal) una concreción de la pena a imponer en función de los grados de ejecución y participación.

En base al *grado de ejecución*, señala el Código que:

a) “A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior a la establecida por la Ley para el delito consumado” (art. 236, 3º).

b) “A los autores de tentativa de delito o reos de conspiración, proposición o provocación para delinquir se les castigará con la pena inmediatamente inferior a la señalada al delito consumado o la siguiente a ésta, al arbitrio del Tribunal. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito” (art. 236, 4º y 5º).

Habida cuenta el *grado de participación*:

a) “A los cómplices de un delito consumado, frustrado o intentado se les impondrá la pena inmediatamente inferior a la señalada por la Ley al autor del mismo delito” (art. 236, 6º).

b) “A los encubridores del delito consumado, frustrado o intentado se les impondrá la pena dos veces inferior a la señalada por la Ley al autor del mismo delito. Los encubridores comprendidos en el número 3º del artículo 199, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, sufrirán, además, la pena de inhabilitación” (art. 236, 7º y 8º).

Como es lógico, “las disposiciones anteriores no tendrán lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad, el encubrimiento, la conspiración, la proposición o la provocación para delinquir se hallen especialmente penados por la ley”.

Tales supuestos, en los que se da una relación de especialidad que excluye la aplicación de los preceptos generales (54), no son infrecuentes en el Código de Justicia Militar. Así tenemos:

a) Actos con tendencia a ofender de obra a centinela, salvaguardia o fuerza armada (art. 309) o al Superior (art. 324).

b) Encubrimiento en los delitos de espionaje (art. 278), desertión (art. 380, 2º) y fraude del artículo 403, párrafo 5º.

c) Complicidad en el espionaje (art. 278), en la rebelión (art. 289), en la evasión de presos (art. 350), en la desertión (art. 380, 2º) y en la inutilización voluntaria para el servicio (art. 383, 3º).

d) Conspiración y proposición para los delitos de traición (art. 269), rebelión (art. 291) y sedición (art. 303).

e) Provocación o inducción a la rebelión (art. 290), a la sedición (art. 301, 1º), a la desertión (art. 380, 1º) y a la inutilización voluntaria para el servicio (art. 383, 3º).

Respecto a las *circunstancias modificativas*, no tienen éstas en el Código de Justicia Militar la incidencia reglada que, en la determinación de la pena, les reconoce el Derecho común. Establece tan sólo la legislación militar, después de señalar las distintas circunstancias, unas normas para su apreciación (arts. 192 y 193) en las que destaca el amplio arbitrio que, en la materia, se confiere a los Tribunales militares (55).

Por lo demás, abandonada la división de la pena en grados (mínimo, medio, máximo), el vigente Código de Justicia Militar, separándose del Derecho común, ha establecido un sistema que toma como referencia el límite mayor o menor de la general extensión de la pena. Concretamente, el artículo 239 dicta las reglas siguientes:

1ª. Cuando, conforme al Código, hubiere que imponer una pena superior a la señalada al delito, se formará con un período de tiempo igual a la mitad de su límite máximo, contado a partir de éste. Sin embargo, cuando haya de partirse de la pena de reclusión en toda su extensión, o de veinte años y un día a treinta años, la inmediata superior a éstas será la de treinta años de reclusión a muerte.

{54} Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit. pág. 887.

{55} *Vid.*, sobre este tema, Calderón Susín, Eduardo, *Arbitrio judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar*, en "Revista Española de Derecho Militar", nº 40, Madrid, 1982, págs. 155 y ss.

2ª. La pena inferior estará formada por un periodo de tiempo igual a la mitad del limite minimo, contado a partir de éste.

3ª. La pena inferior a la muerte será la de veinte a treinta años de reclusión (56).

4ª. La pena inferior a la pérdida de empleo será la de separación del servicio, y la superior a ésta la de pérdida de empleo.

5ª. La pena de inhabilitación se graduará dentro de los límites de extensión fijados en el Código.

6ª. Cuando para aplicar la pena correspondiente con arreglo al Código hubiese que imponer pena inferior a la de prisión, se considerará el hecho como falta grave, imponiéndose arresto en la extensión que el Tribunal estime justa (57).

7ª. Cuando por disposición especial del Código no pueda castigarse un delito con pena menor a la de prisión, se entenderá como inmediatamente inferior la de seis meses y un día a un año de prisión.

Incluye, finalmente, el Código normas para la determinación de la pena aplicable en caso de *concurso*.

La regla general es, como en el Derecho común (art. 69 CP), la acumulación aritmética, al establecerse que "al culpable de dos o más delitos se le impondrán las penas correspondientes a todos ellos para su cumplimiento simultáneo y si ésto no fuese posible las cumplirá sucesivamente en el orden de mayor a menor" (art. 237).

Esta regla puede sufrir una limitación en el caso de cumplimiento sucesivo y una excepción en el supuesto de que un sólo hecho sea constitutivo de dos o más delitos o uno de ellos medio necesario para cometer otro.

a) Respecto al primer punto, el propio artículo 237 establece que, en caso de cumplimiento sucesivo, la duración total de la condena no podrá exceder del triple de la pena mayor, así como que, "en ningún caso, podrán imponerse penas de privación de libertad cuya suma exceda de cuarenta años".

(56) La pena inferior a la reclusión militar es la de prisión militar desde tres años y un día y no la de pérdida de empleo como pudiera deducirse de la escala del artículo 209 (cfr. Díaz-Llanos Lecuona, Rafael, *Leyes Penales Militares*, cit., pág. 212).

(57) En estos casos, el arresto, que no será inferior a dos meses y un día (Sentencia de 12 enero 1972, "REDM", n° 27, pág. 123), tiene, en mi opinión, naturaleza "penal", por lo que no puede reputarse, en consecuencia, propiamente, un "correctivo" como parece deducirse de las Sentencias de 6 noviembre 1968 ("JME", 1968-1971, pág. 52) y 31 enero 1973 ("REDM", n° 28, pág. 105).

Resulta dudoso que esta limitación pueda aplicarse, por la jurisdicción militar, cuando "las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo", párrafo añadido al artículo 70 del Código penal por la ley de 8 de abril de 1967, en una reforma, sin incidencia en el Código de Justicia Militar, que supone, como ha destacado Rodríguez Devesa (58), la consagración definitiva a nivel legislativo-sustancial (ya lo estaba en el ámbito procedimental) de la confusión entre el concurso de delitos (concepto penal) y los delitos conexos (concepto procesal).

b) En cuanto al segundo, señala el artículo 238, en su párrafo primero, que "cuando un solo hecho constituya dos o más delitos de los comprendidos en este Código o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, se impondrá la pena asignada al más grave en la extensión que el Tribunal estime conveniente, teniendo en cuenta los antecedentes del culpable, la trascendencia que haya tenido el delito, el daño producido o que hubiere podido producir, el grado de perversidad del delincuente y la clase de pena que la Ley señala al mismo", con lo que se establece el principio de absorción en términos más flexibles que en la legislación común, en la que, en este caso, la pena única se impone necesariamente en su grado máximo (art. 71 CP).

Lógicamente, la problemática que esta materia suscita es compleja, mas la misma se integra por cuestiones que, como el delito continuado o el concurso en los delitos culposos, son temas genéricos cuyo estudio corresponde a la Parte general del Derecho penal (59).

VII. EJECUCION

En el capítulo IX, último del título V, se ocupa el Código de Justicia Militar de la ejecución de las penas, dictando algunas normas genéricas a las que complementan las disposiciones contenidas en el Tratado tercero del Código, de las que ya hemos dejado constancia, y los reglamentos, particularmente el de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 3331/1978, de 22 de diciembre.

1. Comienza el Código señalando que "no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme y en la forma prescrita por las leyes" (art. 241), con lo que, resumiendo en un solo precepto el contenido de los artículos 80 y 81 del Código penal, consagra las garantías judicial y en la ejecución de las penas derivadas del principio de legalidad.

2. Una vez firme la sentencia procede su ejecución, salvo en los casos en

(58) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 805.

(59) *Vid.* Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español. Parte General*, cit., pág. 807 y ss.

que ésta se suspende, como ocurre en los supuestos de remisión condicional, a los que luego nos referiremos, (60) y en el caso de que el reo cayere en enajenación mental.

A este último supuesto se refiere el artículo 242 que señala que "cuando el delincuente cayera en enajenación después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá la ejecución tan sólo en cuanto a la pena personal. En este caso, así como en el de haber sido declarado por la sentencia exento de responsabilidad criminal por el número 1º del artículo 185 de esta Ley, se decretará su internamiento en uno de los Establecimientos destinados a enfermos de esta clase, no sirviéndole de abono como prisión y sin que pueda salir sin previa autorización del Tribunal sentenciador. En cualquier tiempo en que el delincuente recobrare el juicio cumplirá la sentencia, a no ser que la pena hubiera prescrito".

Como señala Querol (61), en la enajenación mental del delincuente pueden darse tres situaciones:

a) Que la enajenación mental sea anterior a la comisión del delito. En este caso deberá dictarse sentencia absolutoria, conforme al artículo 185, párrafo 1º, y con sus propios condicionantes, si no se acuerda con anterioridad el sobreseimiento definitivo con arreglo al artículo 719, párrafo 3º CJM.

b) Que la enajenación mental sea sobrevenida, esto es, posterior a la comisión del delito, pero antes de que haya recaído sentencia. En tal supuesto, "concluso que sea el sumario, se elevará a la Autoridad judicial para que sea suspendido y archivado, acordando previamente lo que proceda sobre la situación ulterior del procesado. En todo caso, en que éste recobrar la salud se decretará la apertura y prosecución del procedimiento" (art. 568, 1º y 2º).

c) Que la enajenación sobrevenga después de pronunciada sentencia firme condenatoria. Este es el supuesto al que se refiere el artículo 242, de similar contenido al artículo 82 del Código penal.

En las tres hipótesis las soluciones legislativas resultan altamente criticables. Sin entrar en un examen minucioso de las mismas, es hoy generalmente repudiado el criterio de la imposición preceptiva del internamiento a los enajenados (62), que, por demás, ha sido recientemente abandonada en el Derecho común (63).

(60) En este sentido, De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 195; Díaz-Llanos Lecuona, Rafael, *Leyes Penales Militares*, cit., págs. 227 y s.

(61) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 194.

(63) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 575. El criterio es particularmente criticable en relación a delitos militares que, como la desertión, si bien denotan, por lo común, un cierto grado de inestabilidad y asocialidad en su autor, no comportan necesariamente una peligrosidad social en el sujeto que aconse-

Más acertado resulta, en este punto, el amplio arbitrio concedido a la Autoridad judicial por el artículo 586 para el caso de que se archiven las actuaciones por enajenación mental sobrevenida, que no impone necesariamente el internamiento como, con referencia al Código penal, prescribía el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, en todo caso, sigue comportando tratar al enajenado como autor de un delito sin haber recaído sentencia (64).

No merece mejor consideración el artículo 242 CJM, pues, siendo preceptivo el internamiento del enajenado en un establecimiento psiquiátrico, subsiste la privación de libertad y no se advierte bien, como acertadamente nos dice Rodríguez Devesa (65), por qué razón no ha de estimarse que el reo sigue cumpliendo condena, como no sea por la necesidad de la "consciencia" del sufrimiento que la privación de libertad supone.

Por otra parte, "el no abonar el tiempo invertido en la curación da lugar a que por motivos bien comprensibles la familia del penado y los propios funcionarios disimulen hasta donde es hacedero en tales casos la enfermedad mental del penado, empeorándose durante su convivencia en el régimen normal de la prisión, para el que constituye una grave perturbación" (66).

3. Los artículos 243 y 244, bajo el epígrafe de "cumplimiento de las penas", se limitan a establecer el lugar (establecimiento penal militar o centro penitenciario ordinario) en que han de extinguirse las penas privativas de libertad impuestas por la jurisdicción castrense. A tal respecto, se distingue según la condena lo haya sido por delito militar o en aplicación de las leyes penales comunes.

A. En las penas de privación de libertad impuestas por delitos comprendidos en el Código de Justicia Militar, la regla general es que se extinguirán en establecimiento penitenciario militar o común, según el condenado sea o no miembro de las fuerzas armadas y así lo declara la propia Exposición de Motivos del Código.

En este sentido, establece el artículo 243, en su párrafo primero, que "las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento militar que se disponga por

je su internamiento. *Vid.*, al respecto, Millán Garrido, Antonio, *El delito de desertión militar*, cit., pág. 135.

(63) Con el párrafo tercero que la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE n.º 152) ha añadido al artículo 8, 1.º del mismo, el internamiento pasa a ser facultativo y sustituible por cualquiera de las medidas que se señalan en el párrafo adicionado.

(64) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 916.

(65) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 916.

(66) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 916.

la Autoridad judicial correspondiente o por el Ministerio de Defensa, con separación absoluta de los penados que en el propio establecimiento extingan penas por delitos comunes”.

“Las penas de privación de libertad impuestas a los no militares por los delitos comprendidos en el presente Código deberán ser cumplidas en establecimientos penitenciarios ordinarios” (art. 244, 4°).

La excepción a esta regla general viene consignada en el párrafo segundo del artículo 243, según el cual, “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de penas impuestas por los delitos de traición, espionaje, contra el Derecho de gentes, devastación, saqueo y fraude, y produzcan la separación del servicio o el destino a Cuerpo de disciplina, serán cumplidas en los establecimientos penitenciarios ordinarios”, precepto cuyo alcance y contenido no aparecen claros, siendo susceptible de dos interpretaciones distintas:

a) Para Querol (67), seguido en este punto por un amplio sector de nuestra doctrina (68), la norma comporta dos excepciones: la primera, que el delito sea uno de los expresamente consignados, con independencia de la pena que por el mismo se imponga; la segunda, que la condena lleve aneja una de las accesorias señaladas, independientemente del delito que haya motivado su imposición.

b) Tal interpretación, que se ha impuesto en la práctica, carece, a mi modo de ver, de suficiente apoyo normativo.

En primer término, dicha conclusión resulta insostenible en una interpretación gramatical de la norma, que prevé el supuesto de penas impuestas por determinados delitos y comporten unas accesorias concretas, sin que la conjunción “y” pueda considerarse una errata, como fácilmente pretende Querol (69), entre otras razones porque la propia Exposición de Motivos del Código incide en la misma redacción, al indicarnos que “como excepción se reconoce el caso (*uno solo*) de penas impuestas a militares por los delitos de traición, espionaje... y que produzcan la separación del servicio”.

Pero es que, además, el fundamento de la excepción radica, según la indicada Exposición de Motivos, en que, en dicho caso (*utiliza nuevamente el singular*), afecta “la condena de modo particular al honor”, y es lo cierto que, si bien todos los delitos enumerados inciden negativamente en la dignidad militar, no todas las condenas que comportan la separación del servicio o el destino a Cuerpo de disciplina suponen una especial ofensa al honor. Mas bien puede afirmar-

(67) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., págs. 197 y ss.

(68) Así, Díaz-Llanos Lecuona, Rafael, *Leyes Penales Militares*, cit., pág. 229; Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., pág. 1251.

(69) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 198.

se que todas las penas impuestas por los referidos delitos que lleven consigo dichas accesorias afectan *de modo particular* al honor militar.

Por ello, en mi opinión, el párrafo segundo del artículo 243 comprende una única excepción, que requiere la concurrencia de dos requisitos:

1°. Que la pena impuesta lo sea por delitos de traición, espionaje, contra el Derecho de gentes, devastación, saqueo o fraude.

2°. Que dicha condena produzca la separación del servicio o el destino a Cuerpo de disciplina.

No dándose ambos requisitos, el militar, con independencia de su condición posterior a la condena, cumplirá la pena impuesta por un delito de los comprendidos en el Código en un establecimiento penitenciario castrense.

B. Las penas privativas de libertad que se impongan a militares por aplicación de las leyes penales comunes deberán cumplirse en establecimientos penitenciarios ordinarios cuando lleven consigo la separación del servicio o el destino a Cuerpo de disciplina (art. 244, 1°). Si no llevan consigo dichos efectos, se cumplirán en el establecimiento militar que se designe (art. 244, 3°).

Conforme, finalmente, al párrafo segundo del artículo 244, cuando un militar quede sujeto a dos o más condenas, bastará que una de ellas sea de las que preceptivamente haya de extinguirse en establecimiento penitenciario común, para que en él se cumplan asimismo las demás con independencia de su naturaleza y duración (70).

VIII. SUSPENSIÓN DE CONDENA (71)

El artículo 245 del Código de Justicia Militar facultaba a los Tribunales militares, antes de la reforma de 1980, para otorgar, conforme a los artículos 92 y siguientes del Código penal, la condena condicional a los reos de delitos comunes penados por la jurisdicción militar, quedando "exceptuados de la suspensión de condena los autores, cómplices y encubridores de delitos en los que se haga aplicación del artículo 194".

La reforma (72) vino a ampliar el ámbito de posible concesión de este beneficio, suprimiendo la excepción de los delitos en que se aplique el artículo 194

(70) Cfr. de Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 200.

(71) *Vid.*, Camerás Santiago, José M., *La condena condicional militar*, en "Boletín Jurídico Militar", México, 1943, n° 7 al 12, págs. 412 y ss., 540 y ss. y 631 y ss. Asimismo, Millán Garrido, Antonio, *La suspensión de condena en la legislación penal militar*, en "Revista General de Derecho" (en prensa).

(72) *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares*, cit., pág. 308.

y permitiendo, en todo caso, hacer uso de la suspensión de condena cuando el penado no sea militar ni agregado a los Ejércitos.

a) Por lo que a los delitos del artículo 194 respecta, entiendo que, dado que se trata de delitos comunes (73), en ellos podrá aplicarse la suspensión de condena no sólo a los partícipes paisanos, sino también a los militares, que en tales supuestos se les condena "con arreglo a lo dispuesto en las Leyes comunes", independientemente de que, respecto a ellos, se aprecie la causa personal de agravación que el precepto de referencia comporta.

b) La segunda innovación se señala expresamente en la nueva redacción del artículo 245, al consignarse, en su párrafo segundo, que "también podrá aplicarse la suspensión de condena por delitos comprendidos en este Código o en cualquier otra Ley penal militar a los penados que no pertenezcan a los Ejércitos o estén agregados a ellos".

Por consiguiente, tras la reforma, únicamente quedan exceptuados de la remisión condicional de la pena los militares condenados por delitos previstos en la legislación militar.

La excepción encuentra, a mi modo de ver, fundamento no sólo en el hecho de "no darse", en las penas privativas de libertad de corta duración que se cumplen por los aforados castrenses en establecimientos exclusivamente militares, aquellos peligros que la convivencia con profesionales de la delincuencia común procura a los reos que ingresan en establecimientos carcelarios de la jurisdicción ordinaria" (74), sino también en la específica función de ejemplaridad que la pena desarrolla, adicionalmente, en el colectivo militar (75), respecto al que no son de aplicación, en todo caso, las consideraciones generales que por la doctrina se formulan en relación a las penas cortas de privación de libertad y que, en último término, son las que justifican la existencia de los diversos medios susti-

(73) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Delito militar*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo VI, Barcelona, 1954, pág. 598. En contra, De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 204.

(74) Cfr. De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, cit., pág. 204.

(75) *Vid.* Schwenck, Hans-Günther, *Die Strafaussetzung zur Bewährung bei militärischen Straftaten*, en "Neue Zeitschrift für Wehrrecht", Berlin, 1966, cuad. 1, págs. 4 y ss., quien, a la vista de la legislación alemana, destaca los peligros que para el buen orden y disciplina de las fuerzas armadas podría comportar una total generalización de este beneficio, particularmente en delitos, como la desertión o el insulto a superior, de sensible relevancia en el ámbito militar.

En esta línea, Jesús Valenciano Almoyna (*En torno a un nuevo Código de Justicia Militar*, en "Revista Española de Derecho Militar", n.º 35, Madrid, enero-junio 1978, pág. 70), si bien se muestra a favor de la generalización de la suspensión de condena en la jurisdicción militar, considera conveniente que, tratándose de delitos militares cometidos por militares, los Tribunales puedan "denegar tal beneficio cuando entiendan que su aplicación puede afectar a la disciplina o buen régimen de los Ejércitos".

tutivos (76), entre los que la suspensión de condena se encuentra (77).

La aplicación se llevará a cabo en los casos y con los requisitos establecidos en el Código penal, mas sin otros recursos que los autorizados en el artículo 906 CJM (art. 245, 3°).

IX. LIBERTAD CONDICIONAL (78)

En el artículo 246 del Código "se establece la libertad condicional para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad, que se encuentran en el último período de condena y que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta, que sean acreedores a dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta y ofrezcan garantías de hacer vida honrada y en libertad como personas pacíficas y laboriosas" (79).

El período de libertad condicional durará todo el tiempo que al liberado le falte por cumplir su condena (80). Si en dicho período reincide u observa mala conducta, se revocará la libertad concedida (81) y el penado volverá a su situación anterior, reingresando en la prisión en que la obtuvo y en el período penitenciario que corresponda, según las circunstancias (82). La reincidencia o reiteración en el delito llevará aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional (art. 247).

El procedimiento para la aplicación de la libertad condicional se ajustará, según el artículo 1001 CJM, a la legislación penitenciaria común y disposiciones emanadas del Ministerio de Defensa (83), si bien es preceptivo, en todo caso, que a las reuniones de las Comisiones, Juntas y Organismos en que se estudien las propuestas de libertad condicional de penados por la jurisdicción militar asistiendo, en representación de la misma, los funcionarios del Cuerpo Jurídico respectivo que se designen (art. 1002 CJM).

(76) Vid. Puig Peña, Federico, *Condena condicional*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo IV, Barcelona, 1952, págs. 856 y ss.

(77) En contra, Blay Villasante, Francisco, *Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar*, dentro de la "Reforma del Código de Justicia Militar", en "Revista de Aeronáutica y Astronáutica", n° 481. Madrid, enero 1981, pág. 69, para quien "no parece congruente mantener la prohibición de la posibilidad de la suspensión de condena para militares por delitos militares".

(78) Vid. De No Louis, Eduardo, *Libertad condicional*, en "Revista Española de Derecho Militar", n° 4, Madrid, julio-diciembre 1957, págs. 148 y ss.

(79) Vid. artículo 86 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

(80) La *vigilancia y situación* de los liberados se regula en los artículos 88 y 89 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

(81) Vid. artículo 90 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

(82) El artículo 91 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares se refiere a los *efectos de la revocación*.

(83) Vid. artículo 87 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

X. REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO

La redención de penas por el trabajo procede, como ha destacado Rodríguez Devesa (84), del Derecho penal militar de la pasada Guerra Civil, que lo estableció por Decreto nº 281/1937, de 28 de mayo (y Orden de 7 de octubre de 1938), para los prisioneros de guerra y los condenados por delitos no comunes. Sólo excepcionalmente se preveía, en estas primeras disposiciones, su aplicación a los penados por delitos comunes (85).

Extendida posteriormente a cualquier tipo de delitos, la institución se incorporó al Código penal de 1944 (art. 100), modificado en 1963, y fue desarrollada en el Reglamento de los Servicio de Prisiones de 1956 (arts. 65-73), reformado en 1977.

Por el contrario, el vigente Código de Justicia Militar no reguló la redención de penas por el trabajo, y aunque algún autor sostuviera la vigencia en el ámbito jurídico-militar del artículo 100 del Código penal en base a la Orden de 24 de febrero de 1945 que desarrolla el indicado precepto (86), resultaba ciertamente cuestionable que pudiera hacerse aplicación de la referida norma a los condenados por delitos militares.

Por ello fue necesario que el Decreto-Ley de 1 de febrero de 1952 hiciera extensivo a los condenados por la jurisdicción militar los beneficios de redención de penas por el trabajo (87), si bien de forma limitada por cuanto de los mismos quedan excluidos los miembros de las fuerzas armadas condenados por delitos militares cuando la pena sea inferior a tres años y no lleve consigo la salida del Ejército.

En la actualidad, la redención por el trabajo de penas militares se rige por el referido Decreto-Ley de 1952, Reglamento provisional de la Junta Central Militar de Redención de Penas, instrucciones que por ésta se hayan dictado (88) o se dicten en lo sucesivo y lo dispuesto en la sección IV del capítulo II del título IV (arts. 93 a 99) del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios militares.

Con independencia del más limitado ámbito de aplicación del beneficio, no

(84) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 910.

(85) Cfr. Bueno Arús, Francisco, *La redención de penas por el trabajo en el marco del tratamiento penitenciario*, en "Información Jurídica", Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, nº 317, Madrid, abril-junio 1973, pág. 53.

(86) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 207.

(87) Vid. De No Louis, Eduardo, *Redención de penas por el trabajo*, en "Revista Española de Derecho Militar", nº 1, Madrid, enero-junio 1956, pág. 143.

(88) Vid. De No Louis, Eduardo, *Redención de penas por el trabajo*, cit., pág. 143.

suficientemente justificado por razones disciplinarias (89), la redención de penas por el trabajo ofrece en el orden jurídico-militar la misma temática que en el Derecho común, por cuanto su aplicación, según el Decreto-Ley de 1952, es conforme a lo establecido en el artículo 100 CP.

Por ello, también en el Derecho penal militar destacaba como laguna más sensible el que no se computara, para el cumplimiento de la condena, como tiempo redimido, el trabajado por el penado como preso preventivo (90), situación materialmente injusta que ha sido resuelta por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, añadiendo al párrafo primero del artículo 100 un inciso final, según el cual, el beneficio de redención de penas por el trabajo "se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad".

XI. CONSIDERACIONES CRITICAS

Lógicamente, no es posible formular en este lugar sino algunas consideraciones críticas de carácter muy general sobre la materia tratada, así como sobre los criterios y principios que la informan.

1. Por de pronto, no puede justificarse en un Código de nuestro tiempo la excesiva diversidad de penas que, en ocasiones, según hemos visto, ofrecen idéntico contenido.

De modo especial, no existen razones de política criminal que justifiquen el mantenimiento en el Código de seis penas privativas de libertad (reclusión militar y común, prisión, militar y común, desde tres años y un día y prisión hasta tres años, militar y común) que no presentan diferencias sustanciales en su naturaleza, contenido y forma de cumplimiento.

También carece de sentido, tras la reforma de 1980, mantener la distinción entre pérdida de empleo y separación del servicio, a no ser que se les confiera efectos diferentes.

En cambio, parece conveniente la incorporación al Código de otras penas privativas o restrictivas de derechos que, como la inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar (91), respondan más específica-

(89) En tal sentido, De No Louis, Eduardo, *Redención de penas por el trabajo*, cit., pág. 143.

(90) *Vid.* Bueno Arús, Francisco, *La última modificación de la redención de penas por el trabajo*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", n.º 1156, Madrid, 25 de enero de 1979, págs. 3 y ss.

(91) *Vid.* Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, *El Derecho penal marítimo en la reforma de la Justicia militar*, en "Revista Española de Derecho Militar", n.º 40, Madrid, 1982, pág. 133. A instancias de este autor, la pena ha sido incluida en el *Anteproyecto*

mente a las exigencias politicocriminales de incriminación de determinados delitos militares.

Respecto a las accesorias, se impone una reconsideración general que dé solución a los distintos problemas a que se ha hecho referencia.

2. En segundo lugar, las penas previstas en el Código de Justicia Militar resultan, en general, rigurosas en exceso, lo que frecuentemente se destaca en el examen de la penalidad de concretos delitos militares (92).

La pena de muerte, que, en mi opinión, es inevitable en tiempos de guerra (93), debe, no obstante, establecerse tan sólo en aquellos delitos de extrema gravedad a los que difícilmente podría hacerse frente prescindiendo de la pena capital (94).

El límite máximo de las penas de reclusión (treinta años), así como el de efectivo cumplimiento (cuarenta años), resultan también excesivos (95).

3. Especial reproche merecen en el Código de Justicia Militar las penas propuestas cuando se fijan en tal extensión que no comportan un límite efectivo al arbitrio judicial (96). Así ocurre en los artículos 261, 263 (seis meses y un día

de Código penal militar de 1982 (art. 12). En cuanto a sus efectos, se señala que "la pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar privará al penado, con carácter permanente, del mando de éstos" (art. 21, 2°).

(92) *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *El delito de información militar falsa*, en "Revista Española de Derecho Militar", n° 31-32, Madrid, 1976, pág. 5; *El delito de desertión militar*, cit., pág. 124; Martín Calzada, Manuel, *El delito de usurpación de funciones militares*, en "La Ley", n° 1017 (4 septiembre de 1984).

(93) *Vid.*, sobre la cuestión de en qué medida, durante un conflicto bélico, la defensa de un país exige el reconocimiento de la pena de muerte, Stock, Ulrich, *Zum Problem der Todesstrafe*, en "Neue Zeitschrift für Wehrrecht", Schweitzer Verlag, Berlin, 1968, cuad. 4, págs. 121 y ss. En nuestra doctrina, postula una reforma constitucional tendente a la abolición total de la pena de muerte Juan-Felipe Higuera-Guimerá, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., pág. 74. Asimismo, a favor de una abolición radical, Casasús, Juan J.E., *La pena de muerte en la legislación de guerra*, en "Boletín Jurídico Militar, Méjico 1946, n° 3-4, págs. 5 y ss.

(94) En este sentido, Cerezo Mir, José, *Prólogo* a la monografía de Juan-Felipe Higuera Guimerá, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., pág. XIII; García Cervantes, Fernando, *La justificación de la pena de muerte en la legislación penal militar*, en "Boletín Jurídico Militar", Méjico, 1953, n° 11, págs. 360 y ss.; Eugster, J, *Die Todesstrafe in Schweizerischen Militärstrafrecht*, en "Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre", vol. I, n° 2, Bruxelles, 1962, págs. 219 y ss.

(95) En este punto, el *Anteproyecto de Código penal militar de 1982* prevé que la duración de la prisión, única pena privativa de libertad (art. 12), será de dos meses y un día a veinticinco años (art. 13), si bien este límite, lo mismo que la pena de muerte (en tiempos de guerra), queda reservado para delitos de extrema gravedad.

(96) *Vid.*, en sentido crítico sobre la gran extensión entre los límites de las actuales penas militares, Calderón Susin, Eduardo, *Arbitrio judicial y circunstancias del delito*, cit., págs. 182 y ss., quien destaca cómo en la práctica se produce, por obvias razones no sólo

de prisión a muerte), 264, 273 (seis meses y un día de prisión a treinta años de reclusión), 289 (seis meses y un día de prisión a veinte años de reclusión), 384 (seis meses y un día de prisión militar a muerte) o 388 (seis años de prisión militar a muerte). En tales supuestos estamos ante penas realmente indeterminadas, en cierto modo "arbitrarias", en las que resulta afectado el principio de legalidad" (97).

4. Finalmente, deben ser objeto de una profunda revisión las múltiples distinciones que, a efectos de penalidad, establece el Código en base a la diversa categoría militar del autor.

La distinción, a tales efectos, entre Oficialidad (y Suboficialidad) y clases de tropa, presente prácticamente en todo el articulado del Código, tiene sentido en algunos delitos, pero no en aquellos en que lo determinante, para la fijación de la pena, debe ser la "profesionalidad" o no del sujeto como base de una mayor o menor exigencia.

En algunos casos, como en ciertos delitos contra el honor militar, se distingue entre el Oficial y "el que no lo es". Tal asimilación de la Suboficialidad a las clases de tropa, rectificada en otros preceptos del Código por Ley de 21 de abril de 1949, no supone sino un vestigio de concepciones decimonónicas que deben desaparecer (98).

Por último, cualquier distinción, incluso cuando comporte un diverso título de imputación (99), no puede traducirse en un tratamiento punitivo más benévolo para el Oficial o Suboficial, como a veces ocurre en el Código vigente (100).

5. Las anteriores observaciones, con las que tan sólo se ha pretendido dejar constancia de algunos extremos que, en materia de penas, se consideran insatisfactorios, ponen de relieve, una vez más, la perentoria necesidad de una reforma integral de las leyes penales militares, basada en el más escrupuloso respeto a los propios postulados constitucionales y dirigida a hacer realidad los fines de Justicia en el ámbito de las fuerzas armadas.

humanitarias sino de estricta justicia, una parcial inaplicación de la ley, en el sentido de que los Tribunales aplican de hecho las penas en su límite mínimo. Asimismo, Martín Calzada, Manuel, *El delito de usurpación de funciones militares*, cit.

(97) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 875.

(98) Cfr. Millán Garrido, Antonio, *El delito de información militar falsa*, cit., pág. 85.

(99) Así ocurre en los delitos de ausencia, en los que, mientras los individuos de las clases de tropa o marinería (o asimilados a las mismas) cometen "deserción", los Oficiales y Suboficiales incurrir en el delito de "abandono de destino o residencia", dualismo que se mantiene en el *Anteproyecto de Código penal militar de 1982*, pese a las reiteradas críticas de que ha sido objeto. *Vid.*, sobre este tema, Millán Garrido, Antonio, *El delito de deserción militar*, cit., pág. 74.

(100) En el indicado dualismo abandono de destino o residencia-deserción. *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *El delito de deserción militar*, cit., pág. 74.