

EL ANTEPROYECTO (2013) DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL MILITAR

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General consejero togado (R)
Asesor de la Subsecretaría de Defensa

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN. II. LA PARTE GENERAL. III. LA PARTE ESPECIAL.
IV. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS, DEROGATORIA Y FINALES.
V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

1. DETERMINACIONES PREVIAS: EL DERECHO PENAL MILITAR COMO DERECHO PENAL ESPECIAL

La doctrina italiana (V. Veutro y R.Venditti, por todos)¹ coincide en señalar mayoritariamente que la especialidad es la característica más relevante de las leyes penales militares. Especialidad por su ubicación² en

¹ VEUTRO, V., *Manuale di Diritto e di Procedura penale militare*, Libro II *Diritto penale militare*, Milán, 1976; Rodolfo Venditti, *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milán, 1978.

² RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1985, p. 33; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, p. 201.

relación con el Código penal (principio de complementariedad) y también por su ámbito de aplicación (la materia penal militar).

Así, la Ley penal militar es especial porque: 1.º Es complementaria de la ley penal común. 2.º La mayoría de sus normas regula la conducta de una determinada categoría de personas (los militares). 3.º Muchas de sus normas contienen elementos especiales respecto de las comunes. Y ello se deriva del hecho de que la Ley penal militar tiene como finalidad la tutela de intereses jurídicos especiales.

Para E. Calderón³ la especialidad del Derecho Penal Militar no es puramente topográfica, sino derivada de la propia naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en la ley marcial, que sigue fiel a los principios o instituciones comunes, de las que solo se aparta cuando la protección de los bienes lo exige. Si el concepto de complementariedad de las leyes penales militares significa que solo deben contener (además de los tipos delictivos castrenses) las reglas que se separan del Derecho Penal común, la idea de la complementariedad es secuela necesaria del principio de especialidad. Compartimos totalmente esta postura y, muy particularmente, la superación de la especialidad del Derecho Penal Militar como algo meramente formal o topográfico.

2. ANTECEDENTES

La necesaria reforma de las normas penales y procesales militares se decidió en España a partir de 1976, integrando uno de los aspectos fundamentales de la transición política y del desarrollo de la Constitución de 1978. El Código de Justicia Militar de 1945 no había alterado las líneas maestras del sistema de Justicia Militar de 1890, salvo en el aspecto de dotar de un Cuerpo legal común a los tres Ejércitos y a la Guardia Civil, convirtiendo en centenarios *de facto* los preceptos decimonónicos de la jurisdicción castrense. Desde 1890 (Código de Justicia Militar del Ejército de Tierra) a 1989 habían transcurrido noventa y nueve años hasta que la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, derogó las últimas normas inalteradas del viejo sistema procesal militar.

³ CALDERÓN SUSÍN, E., «La Ley penal militar alemana de 1974. Comentarios y notas», *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, n.º 8, 1984, p. 125. Vid también, RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J.L. y PRIETO, «El Código penal militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996-1997, pp. 21 y ss.

Como es bien sabido, la reforma judicial militar se abordó mediante la codificación separada de las leyes penales (Ley Orgánica 13/1985, de Código Penal Militar⁴ y Ley Orgánica 14/1985), disciplinarias (Ley Orgánica 12/1985, Ley Orgánica 11/1991 y Ley Orgánica 8/1998), orgánicas (Ley Orgánica 4/1987) y procesales (Ley Orgánica 2/1989), además de algunas otras leyes (como la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar o modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial) reformadoras de algunos preceptos penales y procesales militares.

Sin embargo, para el Derecho Penal Militar el hito decisivo que debería haber marcado la reforma del sistema penal castrense en su aspecto sustantivo era la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de Código Penal. Y ello porque la promulgación de la norma básica debe significar, en buena técnica legislativa, la adaptación de un Código (como el Penal Militar) que se autoproclama complementario. Debemos recordar la crítica científicamente certera, aunque inoportuna desde la óptica de la política legislativa, del profesor J. M^a Rodríguez Devesa cuando destacaba la inconsecuencia de elaborar el Código complementario (Código Penal Militar) antes que el común (Código Penal).

3. LA PRETENDIDA “COMPLEMENTARIEDAD” DEL CODIGO PENAL MILITAR ESPAÑOL

Examinadas con la suficiente perspectiva, resulta llamativa la considerable extensión de nuestras vigentes Leyes Penales, Orgánicas y Procesales militares. El autor, ciertamente, no está en condiciones de lanzar la primera piedra pues, ante todo, el legislador debió cumplir el reto inaplazable de reformar el sistema de la Justicia Militar y adaptarlo con urgencia a la Constitución. Pero ello no nos impide destacar críticamente (como lo hicieron en su día E. Calderón Susín o A. Millán Garrido) lo desmesurado de esta normativa como hecho aislado y singular en las modernas codificaciones castrenses de la segunda mitad del siglo XX, aunque tal reproche deba asumirlo quien escribe con una considerable dosis de autocensura.

En consecuencia es necesario, en el trance de una próxima reforma penal militar, reflexionar sobre las razones históricas que han aconsejado al legislador español la elaboración (en 1985) de un Código Penal Militar de 197 artículos, que se autodefine como no integral y complementario del

⁴ Véase BLECUA FRAGA, R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*; Civitas, Madrid, 1988.

Código penal común, para derogar y sustituir al Código de Justicia Militar de 1945, texto integral y completo que dedicaba a los delitos militares (Tratado Segundo *Leyes Penales*) nada menos que 232 artículos. Escasa diferencia cuantitativa que no se corresponde con la distancia conceptual que separa a ambos textos normativos.

Y si seguimos este curioso ejercicio con otros cuerpos legales militares de diversos Estados, podemos elaborar el siguiente inventario normativo. La Ley Penal Militar de la República Federal de Alemania tiene 48 párrafos. El Código Penal Militar de Bélgica se extiende a 62 artículos, que eleva a 87 un conocido proyecto de reforma. A la Ley Penal Militar de Austria le bastan 38 párrafos. Dentro del Código Penal común de Suecia se dedican dos capítulos a las infracciones militares, con un total de 41 artículos. El Código penal común de Hungría contiene en 24 artículos toda la materia penal militar. El Código de Justicia Militar de Francia, reformado en 1982, despacha en 93 artículos agrupados en su Libro III las penas e infracciones militares. Rumania, Checoslovaquia y la antigua Yugoslavia dedicaban a las infracciones castrenses someros capítulos de su Código penal común, agrupando escasos preceptos militares.

El Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos de América regula la materia penal militar en 57 artículos. Para la Ley de Defensa Nacional de Canadá son suficientes 67 artículos para tratar las infracciones militares y sus penas. Bastan 40 artículos para tipificar los delitos militares en la Ley de Seguridad Nacional de Brasil. Las leyes penales militares inglesas no se extienden en esta materia mas allá del centenar de preceptos. La Ley de Justicia Militar de Israel regula en 118 artículos la materia penal castrense. La Ley sobre responsabilidad penal por delitos militares de la URSS, integrada luego en el Código penal soviético, tenía una extensión de 33 artículos.

Estos ejemplos, aunque abrumadoramente mayoritarios, no nos deben hacer olvidar la existencia de tres Códigos penales militares europeos clásicos e importantes, aunque antiguos, que tienen una considerable extensión. El primero es el Código Penal Militar de Suiza de 13 de junio de 1927, con numerosas reformas posteriores. Es el ejemplo clásico de código militar integral, que contiene 235 artículos. El segundo Código de estas características, hasta la reforma, fue el Código de Justicia Militar de Portugal de 1977, que reguló los crímenes militares y sus penas a través de 208 artículos.

Pero, los ejemplos más característicos de codificación extensa, sin perjuicio de una depurada técnica legislativa, son los Códigos Penales Militares italianos de Paz y de Guerra⁵, ambos de 20 de febrero de 1941. El

⁵ CIARDI, G., *Trattato di Diritto Penale Militare*, Roma, 1970.

Código de Paz tiene 260 artículos que regulan la materia penal militar y el de Guerra 230 preceptos penales. Todavía se encuentran vigentes, con numerosas modificaciones, ya que no prosperó el Anteproyecto de Código Penal Militar elaborado por la Asociación Nacional de Magistrados Militares italianos, que formaba parte de una ambiciosa reforma penal castrense.

4. EL ANTEPROYECTO DE 2014

Como consecuencia del mandato establecido en el apartado 3 de la Disposición Final 8.^a de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, se abordó en el Ministerio de Defensa⁶ durante el año 2013 la elaboración de un Anteproyecto de nuevo Código Penal Militar partiendo del borrador emanado de una Comisión de Expertos (integrada por miembros del Cuerpo Jurídico Militar) a la que siguió, para formular un texto consolidado, un Grupo de Trabajo con amplia representación dentro de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Posteriormente, este Anteproyecto fue informado por la Subsecretaría de Defensa, Cuarteles Generales, Direcciones Generales de Personal y Enseñanza y Reclutamiento, Asesoría Jurídica General, Tribunal Militar Central, Fiscalía Togada y Dirección General de la Guardia Civil. Como es preceptivo, el Anteproyecto recibió el informe del Consejo General del Poder Judicial, Consejo Fiscal, Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, Consejo de la Guardia Civil y Consejo de Estado.

Se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2014, objeto de este trabajo, que la aprobación del Código Penal Militar por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, no constituyó una mera reforma de las leyes penales militares, sino su adecuación a la Constitución española⁷, desarrollando su artículo 117.5 al proclamar los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad y retroactividad de la ley penal más favorable; e inició la codificación separada de las leyes orgánicas relativas a la Justicia militar que había de culminar en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril,

⁶ Hay que destacar que con anterioridad se había elaborado un proyecto de Código Penal Militar por una comisión constituida en el Tribunal Militar Central. Véase, RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L., «El Derecho militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 77 (2001), pp. 91 y ss. Véase también, PIGNATELLI MECA, F., «El Código Penal Militar. Perspectivas de “lege ferenda”», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, op. cit., pp. 89 y ss.

⁷ LOUSTAU FERRÁN, F., «Introducción general», en *Comentarios al Código P. M.*, op. cit., pp. 26 y ss.

Procesal Militar, para cumplir el propósito inaplazable de reformar el sistema judicial castrense según los principios constitucionales.

En efecto, una de las mayores novedades del Código Penal Militar de 1985 consistió en que dejó de ser un código completo o integral para convertirse en una norma penal complementaria del Código Penal, dado su carácter de ley penal especial respecto del texto punitivo común. Sin embargo, no fue posible alcanzar totalmente este deseable propósito, recogido en su preámbulo, por la incertidumbre en aquellas fechas del proceso de codificación penal común, pues habría que esperar una década para la aprobación del vigente Código Penal por Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre. Como consecuencia de esta indefinición, solo se pudo aprobar en 1985, pese a la promulgación de la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, un Código Penal Militar parcialmente complementario del ordinario y de excesiva extensión en comparación con los modelos de los códigos castrenses contemporáneos.

Así pues, la necesidad de promulgar un nuevo Código Penal Militar no solo se deriva del tiempo transcurrido desde su entrada en vigor y del mencionado mandato establecido en el apartado 3 de la Disposición Final 8.^a de la Ley Orgánica 9/2011, sino de su naturaleza de ley penal especial que debe acoger en su articulado únicamente los preceptos que no tienen cabida en el texto común o, aún teniéndola, requieren alguna previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense que preside su reconocimiento constitucional.

5. LAS RAZONES PARA LA REFORMA

El vigente Código Penal Militar, aprobado por LO 13/1985 abandonó la estructura de código completo o integral (como lo era el derogado Código de Justicia Militar de 1945) para convertirse en una norma penal complementaria del Código Penal, al tratarse de una ley penal especial. Sin embargo, como se ha apuntado antes, no fue posible alcanzar totalmente este deseable propósito por las vicisitudes del proceso de codificación penal común.

En el momento actual, la necesidad de promulgar un nuevo Código Penal Militar se deriva de las siguientes circunstancias:

- 1.º El tiempo transcurrido desde su entrada en vigor (28 años).
- 2.º El mandato establecido en el apartado 3 de la Disposición Final 8.^a de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

3.º Su naturaleza de ley penal especial, que debe acoger en su articulado únicamente los preceptos que no tienen cabida en el texto común o, aún teniéndola, requieren alguna previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense que preside su reconocimiento constitucional.

4.º El proceso de modernización de la organización militar, la profesionalización ya culminada de las Fuerzas Armadas, así como el nuevo modelo organizativo y de despliegue territorial de la fuerza.

5.º La permanente participación de unidades militares españolas en misiones internacionales fuera de nuestro territorio, integradas en unidades multinacionales o en organizaciones supranacionales.

6.º La necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones convencionales asumidas por España, en particular relativas a la prevención y castigo de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, así como a las derivadas de la ratificación por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

7.º La conveniencia de introducir nuevas figuras delictivas, que agrupadas en un Título propio, otorguen protección penal al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares, por imperativo de la citada Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

8.º Las razones de orden técnico derivadas de la experiencia en la aplicación jurisprudencial del Código Penal Militar de 1985 y otras de adaptación terminológica a un lenguaje técnico-jurídico más actual y de común aceptación.

Así se justifica la elaboración de un Código Penal Militar completo, para facilitar su aplicación práctica, a la vista de los numerosos preceptos que deberían ser modificados y la notable reducción de su contenido, tanto en su parte general como en su parte especial. Las disposiciones del Anteproyecto no alcanzan en número la mitad del articulado del aprobado en 1985 (88 artículos frente a los 197 del Código vigente), como lógica consecuencia de su complementariedad respecto del Código Penal común, y acorde con los modelos actuales de códigos o leyes penales militares de los países de nuestro ámbito sociocultural.

II. LA PARTE GENERAL

El proyectado texto legal se divide en dos libros, el primero dedicado a las disposiciones generales y el segundo a tipificar los delitos con el esta-

blecimiento de sus penas. Es bien apreciable la reducción del articulado en el libro primero (23 artículos frente a los 48 del Código vigente), debido a la aplicación supletoria del Código Penal, al haberse depurado el castrense de numerosas disposiciones innecesarias profundizando en el citado principio de complementariedad de la ley penal militar.

1. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

El título I del Libro primero (en su artículo primero) regula el ámbito de aplicación del Código Penal Militar, con separación de las infracciones disciplinarias militares (de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil), proclama la supletoriedad de las disposiciones del Código Penal⁸ y la aplicación, en todo caso, de su Título preliminar⁹ lo que permite omitir toda referencia a los principios penales ya reconocidos en el texto punitivo común.

En el mismo precepto se traslada al Código el contenido del vigente artículo 12.2 de la Ley Orgánica 4/1987, norma concursal que determina la aplicación por la Jurisdicción Militar del Código Penal cuando una acción u omisión constitutiva de un delito militar sea susceptible de ser calificada con arreglo al Código Penal y en éste le corresponda una pena más grave.

2. LA APLICACIÓN A LOS MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL

La aplicación del Código castrense a los miembros de la Guardia Civil se regula en el mismo precepto, con exclusión del ámbito competencial militar para conocer de las acciones u omisiones propias del ejercicio de funciones de naturaleza policial.

Así, se aplicará el Código Penal Militar en tiempo de conflicto armado, estado de sitio, en misiones de carácter militar y mientras se encuentren integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas. Para los supuestos de normalidad, se establece una regla general, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada de la Sala Militar y de la doctrina de la Sala de Conflictos del

⁸ RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L., «El principio de especialidad», en *Comentarios al Código P. M., op. cit.*, pp. 163 y ss.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «Observaciones introductorias sobre la repercusión de la parte general del nuevo Código penal en el Código penal militar», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, op. cit.*, p. 230; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid 1997, pp. 48-49.

Tribunal Supremo¹⁰. En consecuencia, el ámbito del Código Penal Militar se concreta a las acciones u omisiones que afecten a bienes jurídicos de naturaleza militar relacionados con la disciplina, la relación jerárquica, la unidad, la cohesión interna o el cumplimiento de deberes esenciales derivados de dichos principios de la organización militar, no encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial.

El texto sigue la interpretación del melifluo artículo 7 bis del vigente Código Penal Militar (añadido por la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil), que aprobó por mayoría la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en sentencias de 16 de abril de 2009, 30 de junio de 2009 y 5 de mayo de 2010. En dicha doctrina, después de afirmar que ningún cambio representa el nuevo artículo 7 bis, concluye la Sala que de no aplicarse el Código Penal Militar cuando los miembros de la Guardia Civil desde su condición de militares realicen hechos que afecten a bienes jurídicos propios del orden castrense (como la disciplina, la relación jerárquica, la unidad y cohesión interna), dejarían de tener protección penal únicamente cuando resultaran afectados por hechos cometidos por militares-miembros de la Guardia Civil.

Y a parecida interpretación del citado artículo 7 bis llega la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en sus sentencias 1/2009, de 23 de junio del 2009, y 2/2010, de 28 de junio de 2010, cuando concluye que el legislador no ha pretendido cambiar la naturaleza militar de la Guardia Civil y atribuir la competencia para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por sus integrantes a la jurisdicción ordinaria, excluyendo los actos del servicio propios de las funciones de seguridad ciudadana o de naturaleza policial de ese Cuerpo, manteniéndose para el resto de supuestos, la regla general a la aplicación del Código Penal Militar.

3. APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MILITAR EN EL ESPACIO

El artículo 1 del Anteproyecto concluye con un precepto clásico (la *Ley de la Bandera*) que determina la aplicación del Código castrense con independencia del lugar de comisión del delito en términos idénticos al

¹⁰ Véase *Código Penal Militar*, 1.ª edición, 2011, concordancias, comentarios y jurisprudencia a cargo de Herrero-Tejedor, F. y Luis Pascual Sarria, F. L., Colex, 2011, pp. 34 y ss.

vigente artículo 7 del Código Penal Militar¹¹ y respetando lo que pudieran establecer los Tratados Internacionales. Regulación de suma importancia para la aplicación del texto punitivo militar en las misiones de las Fuerzas Armadas españolas fuera del territorio nacional.

4. LAS DEFINICIONES

Por otra parte, se mantienen las definiciones¹² que encabezan tradicionalmente el código castrense, actualizadas de acuerdo con las exigencias derivadas de la legislación interna o internacional ratificada por España, y de las precisiones aportadas por la jurisprudencia y la doctrina. Así se define al militar, Autoridad Militar, centinela, superior, actos de servicio, actos de servicio de armas, enemigo, situación de encontrarse frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, circunstancias críticas u orden¹³.

Es de destacar que, en la definición de enemigo, se comprenden las fuerzas, formaciones o bandas en relación con las cuales España desarrolle o participe en una operación internacional coercitiva o de paz, de conformidad con el ordenamiento internacional y también se alude a los grupos armados organizados a los que se refiere el apartado 4 del artículo 1 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, que se encuentren en situación de conflicto armado con España.

Se ha estimado que no se debe definir lo que ha de entenderse por «conflicto armado»¹⁴, locución que viene a sustituir la de «tiempos de guerra». Y ello porque se considera que el texto del Código Penal Militar no es el lugar más idóneo para definir la situación de conflicto armado, expresión que no es definida por ningún código o ley penal militar de los Estados de nuestro ámbito occidental o pertenecientes a la Alianza Atlántica. Por otra parte, el concepto de «conflicto armado» es el utilizado por los Convenios

¹¹ HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Ley penal en el espacio», en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 197 y ss.

¹² Para un análisis de las definiciones del vigente Código Penal Militar (militares, autoridades militares, fuerza armada, centinela, superior, prisioneros de guerra, potencia aliada, tiempo de guerra, acto de servicio, acto de servicio de armas, enemigo, fuerzas frente al enemigo, rebeldes o sediciosos y orden) véanse los comentarios a los artículos 8 a 19 en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 215 y ss. Véase también para una mayor actualización, *Código Penal Militar*, Colex, 2011, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

¹³ CALDERÓN SUSÍN, E., «El concepto de orden», en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 345 y ss.

¹⁴ Véase el estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja: «¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario?», marzo de 2008, sobre el concepto de conflicto armado. Página web www.cicr.org.

de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales, por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por numerosos Tratados de Derecho Internacional Humanitario y por las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, aunque no lo definen, puede deducirse de estos instrumentos un concepto de universal validez avalado por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales (caso «Tadic» del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia).

La referencia normativa a la utilización en los tipos penales de la expresión «en situación de conflicto armado» se justifica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

5. EL CONCEPTO DE DELITO MILITAR

El concepto central del Anteproyecto que comentamos es el de delito militar (Título II), en torno al cual se construye la especialidad de la ley penal militar y su carácter complementario del Código Penal. La noción de delito militar abarca no solo los definidos específicamente en la parte especial (Libro Segundo) como delitos militares, sino también aquellas conductas que infringen bienes jurídicos estricta o esencialmente militares incriminados en la legislación penal común, siempre que sean cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses del servicio y a la eficacia de la organización castrense.

Así, son delitos militares las acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como delitos de traición, delitos que comprometen la paz o independencia del Estado, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes (por ejemplo el artículo 615 bis, que incrimina la conducta del superior), siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

En toda su extensión el delito de rebelión¹⁵, en caso de conflicto armado internacional.

Determinados delitos contra la Administración Pública (como los de prevaricación de los funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias,

¹⁵ GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar en el Derecho penal. La conducta punible en el delito de rebelión*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1990.

malversación, fraudes y exacciones ilegales, incluidos en el Título XIX del Código Penal) cuando causen perjuicio o riesgo a los intereses del servicio o de la administración militar, si son cometidos por un militar con abuso de las facultades e infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes del miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

Ahora bien, en estos supuestos de delitos militares tipificados en el Código Penal, el límite máximo de las penas allí establecidas se incrementa en un quinto salvo, naturalmente, que la condición de autoridad o funcional del sujeto activo ya haya sido tenida en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito común.

En definitiva la regulación de los delitos militares en el sistema del Anteproyecto de Código Penal Militar se puede resumir de la forma siguiente:

1.º Delitos militares tipificados en el Código Penal Militar

A. Tipificación completa y señalamiento de una pena en el Código Penal Militar (por ejemplo, delito de desertión).

B. Remisión al tipo del Código Penal y establecimiento de una pena en el Código Penal Militar (por ejemplo, delito de atentados contra los medios y recursos de la seguridad o defensa nacionales).

C. Remisión completa (tipo y pena) al Código Penal (por ejemplo, delitos contra la Administración de la Justicia Militar).

2.º Remisión integral al Código Penal de familias delictivas completas, cuando se cumplen determinadas condiciones según el artículo 9 apartado 2 del Anteproyecto (por ejemplo, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado).

El Anteproyecto mantiene como circunstancia atenuante muy cualificada (a los efectos establecidos en el Código Penal) la de precedente provocación del superior u otra actuación injusta (con una redacción muy similar a la del artículo 22.2 del vigente Código Penal Militar)¹⁶, cuando haya producido en el subordinado arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

Asimismo se define la reincidencia¹⁷, a los efectos del Código Penal Militar.

¹⁶ CALDERÓN SUSÍN, E., «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes», en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 433 y ss.

¹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pp. 148-153. Véase también, Díaz Roca, R., «Situación actual de la agravante de reincidencia en el Derecho penal militar», en *El Derecho penal y procesal Militar ante la reforma de las normas comunes*, *op. cit.*, pp. 691 y ss.

6. EL SISTEMA DE PENAS

Es notable la simplificación¹⁸ del sistema penológico (Título III del Anteproyecto) y su adecuación al del Código Penal, incluyendo la clasificación en penas graves y menos graves.

Como novedad se incorpora la pena de multa de dos a seis meses, que se reserva en la parte especial para algunos los delitos culposos. Esta pena se determinará y aplicará por el sistema del Código Penal.

Asimismo se dispone el lugar de cumplimiento¹⁹, establecimiento penitenciario militar, de las penas privativas de libertad impuestas a militares y las especialidades previstas para la situación de conflicto armado.

En la aplicación de las penas los Tribunales militares seguirán las mismas reglas señaladas en el Código Penal y razonarán en la sentencia la individualización penal²⁰. No obstante, se establecen reglas específicas cuando se trate de delitos dolosos y no concurran atenuantes ni agravantes para que el Tribunal tenga en cuenta determinados parámetros castrenses.

Se faculta a los Tribunales para reducir la pena mínima de prisión de tres meses y un día en uno o dos grados, cuando corresponda según las reglas del Código Penal, sin que pueda ser inferior a dos meses y un día, con objeto de diferenciarla de la sanción máxima de dos meses de arresto prevista en el régimen disciplinario militar. Esta pena «colchón» (dos meses y un día a tres meses de prisión) resuelve actuales situaciones de injusticia material cuando, a pesar de la concurrencia de atenuantes muy cualificadas, formas de participación (complicidad) o ejecución (tentativa), la ley impide tenerlas en cuenta (artículo 40 del vigente Código Penal Militar) en los casos en los que el límite inferior de la pena sea el de tres meses y un día.

¹⁸ MILLÁN GARRIDO, A., «Penas militares», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XX (1990), pp. 488 y ss.; Jorge Barreiro, A., en *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

¹⁹ HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «El cumplimiento de las penas», en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 561 y ss.

²⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Reglas generales y especiales para la aplicación de las penas en el Código penal y en el Código penal militar», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, *ob. cit.*, pp. 171 y ss. Véase también, BELTRÁN NÚÑEZ, A., «Cuestiones penológicas. Determinación e individualización de la pena en el Derecho penal militar», en *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, 1992-1993, pp. 581 y ss.

7. LAS SUSTITUCIONES DE LAS PENAS

Se determina la sustitución de la pena común de trabajos en beneficio de la comunidad por un pena corta privativa de libertad, facultando también para ello a los Tribunales militares en el caso de que la imposición de la pena de multa comporte riesgo para el mantenimiento de la disciplina.

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad se considera inadecuada dentro del sistema de penas que se pueden aplicar a los delitos militares. Por ello, se ha seguido el criterio de su sustitución por una pena corta privativa de libertad, que no ofrece los inconvenientes que presentan estas sanciones en el régimen penitenciario ordinario.

En todo caso, los reos militares condenados a la pena de multa (cuando esta no se sustituya) también están sujetos a la responsabilidad personal subsidiaria, al igual que los reos no militares, si no satisfacen la pena de multa, en los mismos términos establecidos en el Código Penal.

Se confiere a los Tribunales militares la facultad de aplicar las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad a los penados que no tengan la condición militar y se les habilita para aplicar las medidas de seguridad y consecuencias accesorias previstas en el Código Penal.

Es decir, el Anteproyecto opta por imposibilitar la concesión por los Tribunales militares de las formas de sustitución de ejecución de las penas privativas de libertad a los penados que tengan la condición de militar²¹. Se ha considerado que no debe modificarse la regulación vigente porque la ejecución de las penas cortas privativas de libertad no plantea ningún problema penitenciario en el ámbito militar y con el argumento de que tal concesión pugnaría con la ejecutividad de las sanciones disciplinarias de arresto por falta leve o grave dispuesta en la vigente Ley Orgánica de Régi-

²¹ Véase una crítica al precepto similar del vigente Código Penal Militar (art. 44) en HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «El cumplimiento de las penas», en *Comentarios al Código P. M., op. cit.*, pp. 571 y ss. Este autor cita en apoyo de su tesis la opinión de Calderón Susin, Valenciano Almoyna y Blay Villasante. Véase también, Silva Sanchez, J. M.^a, «Observaciones introductorias sobre la repercusión de la parte general del nuevo Código penal en el Código penal militar», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, op. cit.*, pp. 245-246. JUANES PECES, Á., «Suspensión de condena y sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 19 (2008), pp. 33 y ss. MILLÁN GARRIDO, A., «La suspensión de condena en la legislación penal militar», en *Revista General de Derecho*, núm. 493-494, (1985), pp. 3256 y ss. JALDO RUIZ-CABELLO, J. A., «Cuestiones sobre suspensión de condena. Libertad condicional», en *Derecho Penal y Procesal Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993-1994, pp. 793 y ss. HERRERA ABIAN, M., «Aplicación de la remisión condicional al militar profesional», en *Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho procesal militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, V Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp. 251 y ss.

men Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que se mantiene en el Proyecto actualmente en tramitación parlamentaria.

III. LA PARTE ESPECIAL

El Libro Segundo, «Delitos y sus penas», tipifica los delitos militares y establece las penas a través de sus seis títulos donde se recogen los ilícitos penales específicamente castrenses con una tipificación precisa, respetuosa con el principio de legalidad y taxatividad. En algunos delitos, para evitar problemas de alternatividad, hay una simple remisión a la descripción típica prevista en el Código Penal, conforme al principio de complementariedad que preside el código.

I. LOS DELITOS CONTRA LA DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONALES

El Título I, dividido en ocho capítulos, castiga los delitos contra la defensa y seguridad nacionales.

Los bienes jurídicos protegidos en todo el título son la defensa y la seguridad nacionales, sin perjuicio del carácter pluriofensivo de alguno de estos delitos. Así, se estima que un concepto amplio de la seguridad o defensa nacionales abarca los delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar, así como los ultrajes a España e injurias a la organización militar, al ser las Fuerzas Armadas (y, por tanto, su seguridad) componente esencial de la defensa nacional.

El título se inicia manteniendo la conocida trilogía, acertadamente establecida en el vigente Código Penal Militar, que distingue y tipifica seguidamente los delitos de traición, espionaje y revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales²².

1.1. Traición y espionaje militares

El Capítulo I tipifica con carácter independiente determinadas conductas constitutivas del delito de traición militar²³ no previstas en el delito de

²² Para el análisis de estos delitos en el vigente Código Penal Militar, véase BLECUA FRAGA, R., en *Comentarios al Código P. M., op. cit.*, pp. 619 y ss.

²³ MONTULL LAVILLA, E., «El delito militar de traición en el Derecho español», en *Revista General de Derecho*, n.º 449 (1986), pp. 1311. Véase también, BLECUA FRAGA, R., *El delito de traición y la Defensa Nacional*, Edersa, Madrid, 1983. Feijoo Sánchez, B., *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, pp. 1398 y ss.

traición del Código penal y las castiga, por su gravedad, con la máxima pena privativa de libertad establecida. Así se completa la incriminación de la traición que, cometida por un militar y concurriendo abuso de facultades o infracción de deberes, integra el delito militar previsto en el apartado 2 del artículo 9 del Anteproyecto, por remisión al Código Penal.

En el Capítulo II se sanciona el espionaje militar²⁴ como delito militar específico, cuyo sujeto activo solo puede ser un extranjero, ya que si se trata de un español cometería el delito de traición.

1.2. Revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales

En el Capítulo III, la revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales se remite a las conductas así tipificadas en el Código Penal²⁵ (Arts. 277 o 598-603), para agravar la pena cuando el sujeto activo tenga la condición militar o en situación de conflicto armado o estado de sitio.

1.3. Atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales

La misma técnica de remisión al Código Penal²⁶ (artículos 264-266) e idénticas consecuencias punitivas se utilizan en el Capítulo IV en relación con los delitos de atentados contra los medios o recursos de la seguridad y defensa nacionales.

Se castiga en este capítulo la denuncia falsa de la existencia (en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil) de aparatos explosivos o el hecho de entorpecer cualquier misión militar.

El allanamiento de dependencia o establecimiento militar o la vulneración de las medidas de seguridad²⁷ es uno de los escasos tipos penales militares cuyo sujeto activo no requiere la condición militar fuera de la situación de conflicto armado o estado de sitio.

²⁴ BLECUA FRAGA, R., «El delito de espionaje en el marco de la Defensa Nacional», en *Revista de Derecho Público*, n.º 79 (1989), pp. 257 y ss.

²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 1407 y ss.

²⁶ JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 751 y ss.

²⁷ PÉREZ ESTEBAN, F., «La naturaleza de los delitos de allanamiento de bases, acuartelamientos y establecimientos militares y vulneración de sus medidas de seguridad», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 77 (2001), pp. 173 y ss. MILLÁN GARRIDO, A., «Allanamiento y vulneración de medidas de seguridad en establecimientos militares», en *Comentarios al Código P. M.*, op. cit., pp. 731 y ss.

1.4. Incumplimiento de bandos militares y disposiciones comunes

El Capítulo V tipifica como delito militar el incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio y el Capítulo VI, bajo el epígrafe de Disposiciones comunes, incrimina determinadas conductas relativas a los delitos de traición y espionaje, potencia aliada (que define) y actos preparatorios como la conspiración, proposición y provocación.

1.5. Delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada y policía militar

En el Capítulo VII se agrupan los delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada (que define) y policía militar, recogiendo sus especialidades en caso de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz.

En los delitos contra centinela (definido en el artículo 4 del Anteproyecto) el sujeto activo de la infracción no tiene que tener la condición de militar, incluso en situaciones de normalidad, lo que constituye una de las escasas excepciones del texto punitivo castrense.

Se protege, con remisión a los artículos 550-556 del Código Penal²⁸, a la autoridad militar (definida en el artículo 3 del Anteproyecto), fuerza armada y policía militar. A la vista del concepto muy restrictivo de fuerza armada del artículo 554.2 del Código Penal, se ha considerado necesario establecer una definición a los efectos del código castrense²⁹, que incluye el servicio encomendado a la Guardia Civil que no sea encuadrable en el ejercicio de funciones de naturaleza policial.

1.6. Ultrajes a España e injurias a la organización militar

Los ultrajes a España (su bandera, himno o alguno de sus símbolos o emblemas), a la Constitución o al rey y las injurias a la organización militar se incriminan en el Capítulo VIII cuando el sujeto activo tenga la condición militar.

²⁸ JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 1342 y ss.

²⁹ Para el concepto de fuerza armada, véase Calderón Susín, E., «El concepto penal de fuerza armada», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 54 (1989), pp. 207 y ss. Véase también, MORALES VILLANUEVA, A., «Definición de fuerza armada y centinela», en *Comentarios al Código P. M.*, op. cit., pp. 262 y ss. Del mismo autor y en la misma obra, «Delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar», pp. 975 y ss.

2. LOS DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA

El Título II contiene el núcleo más característico de las infracciones penales militares, constituido por los delitos contra la disciplina.

2.1. Sedición militar

La ruptura colectiva de la disciplina militar³⁰ se castiga como delito de sedición militar en el Capítulo I, incriminando conductas de diferente gravedad y los actos preparatorios. Está previsto que las conductas menos graves puedan sancionarse en vía disciplinaria militar. El desistimiento, después de la primera intimación, se privilegia con una pena atenuada.

El Anteproyecto castiga también la debilidad del superior que no adoptare las medidas necesarias para evitar la sedición en las fuerzas a su mando, violando su deber de garante de la disciplina.

2.2. Insulto a superior y desobediencia

Como es tradicional en el Derecho Penal Militar, el Capítulo II tipifica bajo el epígrafe de insubordinación el insulto a superior³¹ y la desobediencia. En el insulto a superior, además de los clásicos maltratos de obra, se ha añadido la incriminación de los atentados contra la libertad o indemnidad sexuales³².

En el delito de desobediencia³³, descrito en términos bien consolidados por la doctrina jurisprudencial³⁴, se contempla la exención de responsabilidad criminal, en términos similares a los previstos en el Código Penal y

³⁰ JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F., «Delito de sedición militar», en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 1025 y ss.

³¹ GARCÍA BALLESTER, P., «Delito de insulto a superior», en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 1069 y ss. Del mismo autor, «El delito de insulto a superior», en *Delitos y procedimientos militares*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 15 y ss.

³² CANCIO MELLA, M., *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pp. 514 y ss.

³³ CALDERÓN SUSÍN, E., «Delito de desobediencia», en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 1245 y ss. Véase también, MORILLAS CUEVAS, L., *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Civitas, Madrid, 1984. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el Código penal. Análisis de una causa de justificación*, Bosch, Barcelona, 1986. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, «La obediencia debida en el Código penal militar español», en *Revista de Derecho Público*, n.º 103 (1986), pp. 273 y ss. PÉREZ DEL VALLE, C., «Aproximación a los problemas dogmáticos de la obediencia debida en el Derecho penal militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 68 (1996), pp. 37 y ss. HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J., *La exención por obediencia jerárquica en el Derecho Penal Español, Comparado e Internacional*, Instituto Universitario General Gutierrez Mellado, UNED, Madrid, 2011.

³⁴ Véase *Código Penal Militar*; Colex, 2011, *op. cit.*, pp. 254 y ss.

en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por desobedecer órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general. La redacción es similar a la vigente del artículo 410.2 del Código Penal.

2.3. Abuso de autoridad

El capítulo III incrimina el abuso de autoridad³⁵ castigando, entre otras conductas, el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante, los acosos sexuales³⁶, amenazas, coacciones, injurias y calumnias, así como los atentados a la intimidad, dignidad personal y en el trabajo y los actos discriminatorios. Constituye una importante novedad el contenido del artículo 48 del Anteproyecto que debe relacionarse con la redacción de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

3. LOS DELITOS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS POR LOS MILITARES

Una de las innovaciones más relevantes del Anteproyecto es la incorporación del Título III que castiga los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, otorgando adecuada protección penal a tales derechos y libertades al tiempo que cumple con el mandato expresado en el apartado 3.º de la Disposición Final 8.º de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

En primer lugar, se deslindan estos delitos de las infracciones contra la disciplina (insulto a superior o abuso de autoridad) y se exige un nexo determinante (publicidad, lugar militar o acto de servicio) al cometerse fuera de la relación jerárquica.

³⁵ PÉREZ PARENTE, J. A., «Abuso de autoridad y problemas de participación», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 58 (1991), pp. 87 y ss. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Delito de abuso de autoridad», en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 1261 y ss. Del mismo autor, El abuso de autoridad como ilícito penal y disciplinario militar, en *La Jurisdicción Militar*, *op. cit.*, pp. 481 y ss. Véase también para la jurisprudencia de los artículos 103, 104 y 106 del vigente Código Penal Militar, la obra *Código Penal Militar*, Colex, 2011, *op. cit.*, pp. 271 y ss.

³⁶ CANCIO MELLA, M., *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pp. 537 y ss.

El artículo 48 castiga el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante o el atentado contra la libertad o indemnidad sexuales³⁷. El artículo 50 sanciona al lado del tipo básico (limitación arbitraria de los derechos fundamentales o libertades públicas), el acoso (tanto sexual y por razón de sexo como profesional), amenaza, coacción, injuria (grave) o calumnia, atentado grave contra la intimidad o dignidad (personal o en el trabajo), así como la grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

4. LOS DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO

El más extenso de los Títulos del Código Penal Militar (Título IV) agrupa en ocho capítulos los delitos contra los deberes del servicio. Son los siguientes:

- Cobardía.
- Deslealtad.
- Delitos contra el deber de presencia y de prestación del servicio.
- Delitos contra los deberes del mando.
- Quebrantamiento de servicio.
- Omisión del deber de socorro.
- Delitos contra la eficacia del servicio.
- Delitos contra otros deberes del servicio.

4.1. COBARDÍA

El Capítulo I incrimina la cobardía cualificada por un elemento subjetivo del injusto: el temor al riesgo personal³⁸ que viole algún deber castrense exigible a quien posea la condición militar. Se castigan conductas tradicionalmente tipificadas en los códigos castrenses como, entre otros, el abandono de puesto, actos susceptibles de infundir pánico en la propia fuerza, simulaciones por cobardía, rendición indebida o capitulación ventajosa,

³⁷ SUÁREZ LEOZ, D., «Conductas contra la libertad sexual en el Código penal militar», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, op. cit., pp. 860 y ss.

³⁸ GARCÍA DE SANTOLALLA, J. L., «Delito de cobardía», en *Comentarios al Código P. M.*, op. cit., pp. 1447 y ss.

para terminar con un tipo residual consistente en la violación de un deber militar por temor a un riesgo personal.

4.2. DESLEALTAD

La deslealtad integra el contenido del Capítulo II, castigándose la información militar falsa en la que están previstos los efectos atenuatorios de la retractación³⁹. En la falsedad documental el delito, cometido por un militar, si afectare al servicio o a la administración militar, se remite al tipo correspondiente del Código Penal, (art. 390) sancionándole con idéntica pena.

Aunque se castigan penalmente las indiscreciones y falta de reserva, está prevista la sanción en vía disciplinaria militar si la trascendencia no fuere grave.

4.3. DELITOS CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA Y PRESTACIÓN DEL SERVICIO

El Capítulo III castiga los delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio, sancionando, el abandono de destino o residencia⁴⁰, así como la no presentación, al tiempo que se coordinan con los plazos establecidos en el régimen disciplinario militar. El tipo contiene un elemento normativo⁴¹ de singular importancia, ya que exige el «incumplimiento de la normativa vigente».

El clásico delito de deserción⁴² se caracteriza, lo mismo que en el código vigente, por la concurrencia del ánimo de sustraerse permanentemente

³⁹ MILLÁN GARRIDO, A., «La deslealtad en el marco de los delitos contra los deberes del servicio con especial referencia a la información militar falsa», en *Delitos y procedimientos militares, op. cit.*, pp. 205 y ss.

⁴⁰ HERNÁNDEZ SUAREZ-LLANOS, F. J., «Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia del militar profesional. Interacción de la psiquiatría forense», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 82 (2003), pp. 115 y ss.

⁴¹ Véase, una exposición jurisprudencial en *Código Penal Militar*; Colex, 2011, *op. cit.*, pp. 349 y ss.

⁴² GARCÍA LABAJO, J. M., «Delito de deserción militar», en *Comentarios al Código P. M., op. cit.*, pp. 1505 y ss. Véase también, MILLÁN GARRIDO, A., *El delito de deserción militar*; Bosch, Barcelona, 1983. Del mismo autor, *Los delitos contra la prestación del servicio militar*; Bosch, Barcelona, 1995. CALDERÓN MADRIGAL, S., «La deserción: De delito formal a delito intencional. Consideración práctica actual», en *Derecho Penal y Procesal Militar, op. cit.*, pp. 735 y ss.

al cumplimiento de las obligaciones militares que califica la ausencia o la no presentación en la unidad, destino o lugar de residencia.

Conductas particularmente incriminadas en este capítulo son los quebrantamientos especiales del deber de presencia como la ausencia frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, quedarse en tierra a la salida del buque o aeronave, así como la inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio. En este caso, el sujeto activo del delito (quien a sabiendas inutilizare o facilitare la simulación) no tiene que tener la condición militar, siendo uno de los supuestos en que el Anteproyecto incrimina a un no militar, fuera de la situación de conflicto armado o estado de sitio.

La última sección de este capítulo (Disposiciones comunes) sanciona específicamente los actos preparatorios (provocación, conspiración y proposición) y la complicidad.

4.4 DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL MANDO

El Capítulo IV castiga los delitos contra los deberes del mando sancionando, en primer lugar, la infracción de sus deberes en diversas situaciones de conflicto armado o estado de sitio. Así se sanciona, entre otras, la dejación de mando, el incumplimiento de una misión de combate o la pérdida del puesto, dejar de emprender la misión encomendada o no cumplir las obligaciones u órdenes recibidas.

También se regula de forma especial (art. 66 del Anteproyecto) la responsabilidad del mando⁴³ y se castiga no mantener la disciplina en las fuerzas a su mando, la tolerancia ante abusos de autoridad, extralimitaciones o no proceder con la diligencia necesaria para impedir delitos militares cometidos por sus subordinados. Se sanciona así la infracción del deber de garante del superior, que debe controlar la conducta de sus subordinados para evitar la comisión de infracciones castrenses.

Asimismo, dentro de este capítulo se incriminan las extralimitaciones en el ejercicio del mando⁴⁴, que se diferencian de los delitos de abuso de

⁴³ DEL OLMO PASTOR, J. A., «Delitos contra los deberes del mando», en *Comentarios al Código P. M., op. cit.*, pp. 1633 y ss. FARALDO CABANA, P., «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español», en *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 16, 2005, pp. 31 y ss. WILLIAMSON, J. A., «Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 870, Junio 2008, pp. 303 y ss.

⁴⁴ ÁLVAREZ ROLDÁN, L. B., «Las extralimitaciones en el ejercicio del mando, delito militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 80 (2002), pp. 11 y ss.

autoridad en el sujeto activo (militar en el ejercicio del mando) y en la descripción típica. El bien jurídico protegido no es la disciplina, sino los deberes del servicio.

4.5. QUEBRANTAMIENTO DE SERVICIO

Los quebrantamientos del servicio integran el contenido del Capítulo V incriminándose:

1.º El abandono de un servicio de armas o de cualquier otro servicio en determinadas circunstancias.

2.º Los delitos contra los deberes de centinela como el abandono de puesto, el incumplimiento de sus obligaciones con grave daño al servicio o el incumplimiento de los cometidos de vigilancia de los espacios aéreos. Es de destacar que en la definición de centinela (artículo 4 del Anteproyecto) se amplía este concepto de acuerdo para abarcar cometidos de gran importancia desempeñados actualmente por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil.

3.º La embriaguez⁴⁵ o la drogadicción, voluntaria o imprudente, en acto de servicio de armas cuando produzca el resultado de excluir o disminuir la capacidad del militar para prestarlo. Asimismo se sanciona esta misma conducta cometida por un militar que, en cualquier acto de servicio, ejerciere el mando. Se ha cuidado de diferenciar este delito de las correspondientes infracciones disciplinarias militares sancionadas como faltas leves, graves o muy graves.

4.6. OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO

El Capítulo VI castiga la omisión del deber de socorro⁴⁶ cometida por los militares, desde las conductas más reprobables por tratarse de situaciones de peligro en caso de conflicto armado o estado de sitio hasta la incriminación de la omisión de socorro en caso de conflicto armado o estado de sitio.

⁴⁵ CLAVER VALDERAS, J. M., «Embriaguez en acto de servicio», en *Comentarios al Código P. M., op. cit.*, pp. 1693 y ss. Véase también, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Valoración jurídico militar de la embriaguez y drogodependencias», en *Derecho Penal y Procesal Militar, op. cit.*, pp. 371 y ss. Para un análisis de la jurisprudencia, véase *Código Penal Militar*; Colex, 2011, *op. cit.*, pp. 412 y ss.

⁴⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, pp. 553 y ss. Véase también, FERNÁNDEZ DOTÚ, P. J., «Delitos de denegación de auxilio», en *Comentarios al Código P. M., op. cit.*, pp. 1725 y ss.

minación del hecho de dejar de socorrer al compañero en peligro grave. Las mismas penas se imponen al militar que, impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno.

También se sanciona por remisión al Código Penal (art. 195) la omisión de socorro cometida por el militar en una misión de colaboración con las Administraciones Públicas, en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas.

4.7. DELITOS CONTRA LA EFICACIA EN EL SERVICIO

El capítulo relativo a los delitos contra la eficacia en el servicio abarca desde conductas imprudentes⁴⁷ hasta violaciones de los deberes militares que inciden directamente en el bien jurídico protegido: la eficacia en el desarrollo de los cometidos estrictamente castrenses. El tipo básico incrimina la conducta gravemente imprudente que cause en bienes afectos a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil los daños tipificados en los artículos 264 a 266 del Código Penal. Se castiga también esta misma acción culpable cuando ocasione que medios o recursos caigan en poder del enemigo o se perjudique gravemente una operación militar. Se incluyen en la tipificación de los daños los ocasionados por naufragio, abordaje, varada, aterrizaje indebido o colisión con otra aeronave para incriminar aquellos delitos náuticos más característicos⁴⁸.

Como consecuencia de la fundamental distinción entre delitos contra la disciplina (desobediencia) y contra los deberes del servicio, se sancionan en este capítulo el incumplimiento de una consigna general (distinto del incumplimiento de una orden o mandato para llevar a cabo u omitir una actuación concreta) o dejar de observar por imprudencia una orden recibida.

El Anteproyecto castiga también determinados actos de riesgo relacionados con la seguridad o cometidos por militares en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil.

⁴⁷ ROJAS CARO, J., «Delitos comunes y militares cometidos por imprudencia», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, op. cit., pp. 443. REY GONZÁLEZ, C., «Delitos contra la eficacia del servicio», en *Comentarios al Código P. M.*, op. cit., pp. 1741 y ss.

⁴⁸ Se ha suprimido el extenso Título del vigente Código Penal Militar que incriminaba los delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación (marítima y aérea), cuyas descripciones típicas se han incluido en tipos más generales a lo largo de toda la Parte Especial del Anteproyecto. Así, los artículos 27, 44, 64-65, 67, 69, 71, 73 y 75-77. El contenido del vigente artículo 179 del Código Penal Militar está recogido en el artículo 2, apartado 6.º del Anteproyecto.

Asimismo se sanciona, en un tipo que puede ser calificado como residual, el incumplimiento de los deberes militares fundamentales o los deberes técnicos esenciales de su función específica, cuando se ocasionare grave riesgo o daño para el servicio. Ahora bien, este tipo delictivo necesita la concurrencia de un elemento normativo que precisa la antijuricidad de la conducta: la infracción de lo establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

La innovación más demandada por la realidad criminológica y con abundantes ejemplos en la legislación comparada es la incriminación del tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas⁴⁹ con remisión a los tipos del Código Penal (arts. 368-371), cuando tales hechos son cometidos por un militar en instalaciones militares, buques, aeronaves, campamentos o durante ejercicios. Circunstancias que afectan indudablemente a la eficacia en la prestación del servicio y comportan un riesgo evidente para quienes utilizan armas y medios cuyo manejo requiere un especial deber de cuidado, por lo que el castigo de este delito debe ser incorporado al ámbito estrictamente castrense.

Otro de los destacados delitos que tipifica este capítulo consiste en la imprudencia en acto de servicio de armas con resultado de muerte o lesiones constitutivas de delito, con la remisión para su castigo a las penas previstas en el Código Penal para el homicidio o lesiones imprudentes, incrementadas en un quinto. Con las mismas penas se castiga la imprudencia profesional que cause los antedichos resultados, fuera del acto de servicio de armas.

El capítulo finaliza tipificando dos conductas gravemente imprudentes:

- el extravío de armas, material de guerra, procedimientos o documentación bajo custodia;
- y dar lugar a la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos, bajo conducción o custodia.

4.8. DELITOS CONTRA OTROS DEBERES DEL SERVICIO

El uso público e intencionado por un militar de uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar se castiga en este capítulo, diferenciándolo con las infrac-

⁴⁹ FEJOO SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 1012 y ss.

ciones disciplinarias militares y con la falta del Código Penal (cuando el sujeto activo no tiene la condición militar). Es de destacar que en la modificación del Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria, se convierte en delito al desaparecer las faltas penales.

5. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR

Esta familia de delitos fue introducida en el vigente Código Penal Militar (arts. 180-188) *in extremis* y durante una enmienda en el Senado, al comprobarse que podría darse la paradoja de que los Tribunales Militares carecieran de competencia para juzgar determinados delitos cometidos en estrados o en procedimientos militares y se vieran obligados a remitir estos asuntos a los Tribunales ordinarios, con grave detrimento de su potestad jurisdiccional. Como afirma V. Peña y Peña, el vigente título apenas fue discutido en su *iter* legislativo por el convencimiento de todos los grupos parlamentarios sobre la necesidad de una defensa penal en el seno de la propia jurisdicción⁵⁰. Sin embargo, el texto punitivo vigente en lugar de arbitrar una norma competencial o una remisión al código común, optó por tipificar estos delitos en el Código Penal Militar. Resulta criticable esta técnica, pues en la descripción típica no se aportan elementos diferenciadores de la acción u omisión constitutiva del delito común, concurriendo enojosas relaciones de alternatividad.

El Anteproyecto, siguiendo el criterio de la complementariedad, ha optado por la remisión a los delitos contra la Administración de Justicia del Código Penal⁵¹ (capítulos I a VIII) sancionándolos con idéntica pena.

Así, los delitos contra la Administración de la Justicia Militar integran el Título V del código y se refieren a aquellas acciones u omisiones cometidas en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares, como la prevaricación, omisión del deber de impedir delitos, encubrimiento, realización arbitraria del propio derecho,

⁵⁰ PEÑA y PEÑA, V., «Delitos contra la administración de la Justicia militar», en *Comentarios al Código P. M.*, *op. cit.*, pp. 1985-1986. Véase también, FERRER BARQUERO, R., «Los delitos contra la Administración de la Justicia Militar. Reflexiones sobre el bien jurídico y problemas concursales», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 87 (2006), pp. 117 y ss. MELÓN MUÑOZ, C., «La Administración de Justicia como objeto de tutela en el Código penal militar y en el nuevo Código penal común», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, *op. cit.*, pp. 837 y ss.

⁵¹ CANCIO MELLA, M., *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pp. 1174 y ss.

acusación y denuncia falsas, falso testimonio, obstrucción a la justicia y quebrantamiento de condena.

Dos tipos delictivos merecen, sin embargo, una tipificación específica por razón del sujeto activo del delito. En el primero se castiga al militar que dejase de promover la persecución de delitos de la competencia de la jurisdicción militar o que, teniendo conocimiento de su comisión, no los denunciare a la autoridad competente.

El segundo incrimina al interno en un establecimiento penitenciario militar que cometiere alguno de los delitos de quebrantamiento de condena previstos en los artículos 468 y 469 del Código Penal. La pena será establecida en el texto punitivo común, incrementado en un quinto su límite máximo.

6. LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO EN EL ÁMBITO MILITAR

El VI y último Título del Anteproyecto se refiere a los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar y presenta algunas notables novedades respecto al texto vigente⁵². Al lado de infracciones clásicas, como la solicitud de crédito para atención supuesta⁵³, se castigan con remisión a los tipos previstos en el Código Penal los delitos de hurto, robo, apropiación indebida y daños cometidos por un militar en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos, señalándose una pena mayor si estuvieran bajo la custodia o responsabilidad del autor. Si se trata de material de guerra o armamento, se incrimina la acción cualquiera que fuere su valor y la condición del autor (incluso cuando este no sea militar). Es otro de los escasos supuestos en que se castiga a personas sin condición militar fuera de la situación de conflicto armado o estado de sitio.

Por otra parte y en el mismo precepto se incorporan como novedad determinados delitos contra el patrimonio tipificados también en el Código Penal⁵⁴ (hurto, robo, apropiación indebida, estafa o daños) y cometidos por un militar en instalaciones afectas a las Fuerzas Armadas

⁵² GIMENO AMIGUET, A., «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», en *La Jurisdicción Militar, op. cit.*, pp. 403 y ss. Véase también, BLECUA FRAGA, R., «Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar», en *Comentarios al Código P. M., op. cit.*, pp. 2011 y ss. PALOMO DEL ARCO, A., «Concurso entre los delitos contra la Hacienda militar y los delitos comunes de malversación y receptación», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, op. cit.*, pp. 583.

⁵³ MATA TEJADA, F. J., «Fraudes y abusos patrimoniales. Solicitud de crédito presuntorio para atenciones supuestas», en *La Jurisdicción Militar, op. cit.*, pp. 447 y ss.

⁵⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, pp. 674 y ss.

o a la Guardia Civil, buques de guerra o de la Guardia Civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones, cuando afecten al servicio o vulneren las reglas de comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, autor y circunstancias que aconsejan su punición en el ámbito estrictamente castrense. Se trata de delitos contra el patrimonio que, en ocasiones, son cometidos por militares en lugares u operaciones y que no solo atentan contra el patrimonio, sino que vulneran las reglas militares de comportamiento o afectan al servicio.

Además de la tipificación del prevalimiento de un militar para procurarse intereses en un contrato que afecte a la Administración Militar, se castiga la conducta tipificada en el artículo 441 del Código Penal, que completa el castigo de estas conductas reprobables.

Asimismo se sanciona penalmente el incumplimiento del contrato por los contratistas con la Administración militar, en caso de conflicto armado o estado de sitio, así como determinadas conductas ilícitas relacionadas con la logística de las Fuerzas Armadas, como autorizar la recepción o uso de víveres, efectos o elementos de importancia para el servicio a pesar de no reunir las condiciones necesarias. También se castiga con una pena al militar que incumpliere las normas sobre material inútil declarando como tal al que todavía se encuentre en condiciones de prestar servicio o sustrayéndolo al control reglamentario en beneficio propio.

El título finaliza con la incriminación específica de la receptación⁵⁵, que remite para su castigo a las penas previstas en el Código Penal⁵⁶ (artículos 298 y 303-304). Como, lógicamente, no se exige al receptor la condición de militar, este es otro de los pocos supuestos del Anteproyecto en que se castiga a personas sin condición militar fuera de la situación de conflicto armado o estado de sitio.

IV. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS, DEROGATORIA Y FINALES

Se incorporan al código las oportunas disposiciones transitorias, integradas por las conocidas normas sobre la aplicación de la ley más favora-

⁵⁵ PIGNATELLI MECA, F., «Algunas cuestiones en torno a la receptación en el Código penal militar», en *La Jurisdicción Militar, op. cit.*, pp. 435 y ss.

⁵⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, pp. 851 y ss.

ble, la rectificación de oficio de las sentencias y la aplicación de normas más favorables en sentencias que no hayan ganado firmeza.

Contiene el Anteproyecto la necesaria disposición derogatoria de la vigente Ley Orgánica 13/1985, de Código Penal Militar.

Las disposiciones finales primera y segunda modifican las Leyes Orgánicas 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar. Las disposiciones finales tercera y cuarta realizan las adaptaciones precisas del articulado de la Ley 39/2007, de la carrera militar y de la Ley 42/1999, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en relación con los efectos de la pena de suspensión militar de empleo.

V. CONCLUSIONES

En el Anteproyecto de Código Penal Militar se pueden destacar las características básicas siguientes:

1.^a Se ha elaborado como una ley penal especial respecto al vigente Código Penal, tipificando únicamente las especialidades militares.

2.^a Se trata de un código rigurosamente complementario del Código Penal, que evita las relaciones de alternatividad con el texto punitivo común.

3.^a Su contenido se ha reducido al ámbito estrictamente castrense, de acuerdo con el artículo 117.5 de la Constitución.

4.^a Se ha puesto especial cuidado en respetar los principios y garantías penales establecidos en la Constitución española.

5.^a Es un código único para las situaciones de conflicto armado, estado de sitio o supuestos de normalidad.

6.^a Sus preceptos son de aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas y, en su caso, de la Guardia Civil.

7.^a Se han tenido en cuenta las razones de orden técnico derivadas de la experiencia en la aplicación jurisprudencial del Código Penal Militar de 1985 y otras de adaptación terminológica a un lenguaje técnico-jurídico más actual y de común aceptación.

8.^a Se ha reducido notablemente su contenido, tanto en su parte general como en su parte especial. Sus disposiciones no alcanzan en número la mitad del articulado del código vigente, como lógica consecuencia de su complementariedad respecto del Código Penal y acorde con los modelos actuales de códigos o leyes penales militares de los países de nuestro ámbito sociocultural.

9.^a La noción de delito militar abarca no solo los definidos específicamente en la parte especial (Libro Segundo) como delitos militares, sino también aquellas conductas que infringen bienes jurídicos estricta o esencialmente militares incriminados en la legislación penal común, siempre que sean cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense.

10.^a Particularmente, se han coordinado determinadas conductas típicas para otorgar protección penal a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas a los miembros de las Fuerzas Armadas por la Ley Orgánica 9/2011.

11.^a Ha presidido su redacción la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones convencionales asumidas por España, en particular relativas a la prevención y castigo de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, así como a las derivadas de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

12.^a La regla general del Anteproyecto es que, en la situación de conflicto armado o estado de sitio, el delito tipificado en la Parte Especial del Código puede ser cometido cualquiera que sea la condición (militar o persona civil) del autor. Fuera de estas situaciones (supuestos de normalidad) se exige que el sujeto activo de los delitos previstos en el Código castrense tenga la condición militar. Y ello, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre participación de *extraneus*. Sin embargo, excepcionalmente, fuera de aquellas situaciones puede ser sujeto activo del delito militar una persona civil, como en los delitos de allanamiento de dependencia militar (art. 29), desobediencia, resistencia o maltrato de obra a centinela (art. 34), inutilización voluntaria o simulación para eximirse del servicio (art. 61, párrafo segundo), delitos contra la Administración de la Justicia militar (art. 82), delitos contra el patrimonio si se tratare de material de guerra o armamento (art. 83.3) y la receptación (art. 88), todos ellos del Anteproyecto.