

**GUARDIA CIVIL Y DERECHO PENAL MILITAR.
UNA RELACIÓN SURGIDA A CAUSA DE LA NATURALEZA
MILITAR DE ESTE INSTITUTO ARMADO Y LA NECESIDAD
DE PROTEGER CIERTOS BIENES JURÍDICOS**

Abraham Martínez Alcañiz
Capitán auditor del Cuerpo Jurídico Militar
Doctor en Derecho

SUMARIO

1. Introducción. 2. Naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil. 2.1. Breve exposición. 2.2. Regulación tras la aprobación de la Constitución Española de 1978. 3. Jurisprudencia sobre el art. 7 bis del Código Penal Militar del año 1985. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. Jurisprudencia de la Sala de lo Militar y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo. 4. El derecho penal militar como norma jurídica punitiva aplicable a la Guardia Civil. 4.1. Aproximación al derecho penal militar. 4.1.1. Razón de ser del derecho penal militar. 4.1.2. Aproximación sucinta al concepto de bien jurídico. 4.1.2.1. Funciones. 4.1.2.2. Clases. 4.1.3. Bienes jurídicos del orden militar. 4.1.3.1. Críticas al bien jurídico del orden militar. 4.1.3.2. Tipos de bienes jurídicos castrenses. 4.1.3.3. Conclusiones sobre el bien jurídico del orden militar. 4.2. Tramitación parlamentaria del CPM. 4.3. Técnica legislativa de niveles de aplicación del CPM a la Guardia Civil. 4.3.1. Primer nivel: aplicación íntegra del CPM. 4.3.1.1. Tiempo de conflicto armado. 4.3.1.2. Estado de sitio. 4.3.1.3. Cumplimiento de misiones de carácter militar. 4.3.1.4. Integración en unidades de las Fuerzas Armadas. 4.3.2. Segundo nivel: aplicación parcial del CPM. 4.3.3. Tercer nivel: aplicación condicionada del CPM. 4.3.3.1. Delitos contra la seguridad y defensa nacional. 4.3.3.2. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares. 4.3.3.3. Delitos contra los deberes del servicio. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (en adelante, CPM), ha supuesto una novedad importante en el ámbito penal castrense. Esta norma penal militar delimita los supuestos en los que resultará de aplicación a los componentes del Cuerpo de la Guardia Civil la misma. El objeto de este estudio consiste en analizarlos, por lo que para alcanzar una mejor comprensión de ello resulta necesario, aunque sea sucinatamente, referirnos a la naturaleza militar del instituto armado de la Guardia Civil y a la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Militar y la de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo sobre el art. 7 bis del CPM del año 1985, dado que todo ello ha servido de fundamento para la redacción actual del art. 1 puntos 4.º y 5.º del CPM. Igualmente, resulta que es necesario indagar en la razón de ser del derecho penal militar, su validez y necesidad, concretándose todo ello en la existencia de unos bienes jurídicos del orden militar que deben ser salvaguardados. Por último, analizaremos el sistema de niveles de aplicación de dicho texto punitivo castrense a la Guardia Civil, los cuales se aplican atendiendo a factores muy variados, de ahí que sea necesario estudiar en qué circunstancias y condiciones se aplicará cada uno de ellos, pues la extensión aplicable del CPM dependerá del nivel en que nos hallemos.

2. NATURALEZA MILITAR DEL CUERPO DE LA GUARDIA CIVIL

2.1. BREVE EXPOSICIÓN

Numerosos estudios han tratado la naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil, por lo que resultaría redundante insistir *in extenso* en esta cuestión¹. Sin embargo, no podemos desconocerla, dado que la *ratio*

¹ López Arauzo, J. A., «El guardia civil frente a las leyes penales y disciplinarias», Estudios de Derecho Militar, Madrid, Centro de Investigación y Doctrina Legal, Ministerio de Defensa, 2009, pp. 148 y ss.; Jaldo Ruiz-Cabello, J. A., «Conflictos jurisdiccionales: Doctrina penal y disciplinaria en relación con los miembros de la Guardia Civil», Jornadas de la Fiscalía Jurídico Militar, Madrid, 2013, pp. 5 y ss.; Martín Vicente, M. A., «Caracterización jurídica de la Guardia Civil», Revista Española de Derecho Militar, vol. 55, tomo I, 1990, pp. 187 y ss.; De León Villalba, F. J., Cuestiones sobre el derecho sancionador de la Guardia Civil (penales y disciplinarias), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, pp. 51 y ss.; Morales Villanueva, A., «Evolución de la administración policial», Revista de Administración Pública 118, 1989, pp. 400 y ss.; Fernández Segado, F., «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», Revista Española de Derecho Militar 73, 1999, pp. 78 y ss. Herbón Costas, J.J., *Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 209 y ss.

essendi de que se aplique a los guardias civiles el derecho penal militar se debe a su estatuto de militar, lo que les hace ser titulares de una serie de obligaciones específicas totalmente ajenas a cualquier otro cuerpo de las fuerzas y cuerpos de seguridad estatales. Esta peculiaridad, cuyo fundamento encuentra únicamente su apoyo en la voluntad del legislador, propicia que la Guardia Civil sirva a los intereses nacionales, principalmente, a garantizar la seguridad ciudadana y los derechos y libertades de los ciudadanos, *ex art.* 104 de la Constitución Española (en adelante, CE), de una forma mucho más exigente que cualquier otro instituto armado, pues además de estar sujetos a las leyes penales comunes, se encuentran sometidos a una ley disciplinaria de cierta naturaleza militar y a las leyes penales militares². Dicho esto, los orígenes del instituto armado los encontramos en diversos decretos del año 1844 que tenían por finalidad constituir un cuerpo armado policial que se encargase de la lucha contra la delincuencia. Este cuerpo se denominó Guardia Civil y estaba integrado en el Ejército de Tierra, hasta el año 1980 en que se deslindó del mismo, a consecuencia de la Ley Orgánica 8/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa Nacional, pasando a formar parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado³.

² López Arauzo, J. A., *op. cit.*, p. 147.

³ Los decretos referidos tenían como finalidad reformar el sistema de administración policial en nuestro Estado, al necesitarse un cuerpo policial permanente para dejar al Ejército desarrollar sus cometidos propios de la milicia, delegándose las misiones policiales a otras fuerzas, *cfr.* Martín Vicente, M. A., *op. cit.*, p. 188; igualmente, mediante la Ley Constitutiva del Ejército de 1878 se integró a la Guardia Civil entre los cuerpos del Ejército, nos encontrábamos ante un cuerpo propio del Ejército que prestaba servicios a la Administración Civil, básicamente, en el auxilio de la ejecución de las leyes y para la seguridad del orden de las personas y de las propiedades, *ex art.* 22 de la ley referida; *cfr.* López Arauzo, J. A., *op. cit.*, p. 148. Esta palmaria naturaleza militar fue sostenida en el tiempo y en la legislación, *cfr.* Jaldo Ruiz-Cabello, J. A., *op. cit.*, p. 6, donde se citan la Ley de 15 de marzo de 1940 y la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía, para acreditar la clara naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil y su ubicación orgánica dentro del Ejército de Tierra. Conviene reseñar que el Reglamento Militar de la Guardia Civil, de 23 de julio de 1942, afirmó que era uno de los cuerpos del Ejército, circunstancia que atraía consecuencias jurídico-penales relevantes, tales como que en el art. 312 del Código de Justicia Militar de 1945 se estableciese que «para los efectos de este código se reputará fuerza armada a los individuos de (...) la Guardia Civil, siempre que vistan sus uniformes reglamentarios y presten servicio propio de su Instituto (...)». Lo anterior conllevó que los no militares que atentasen contra guardias civiles en el ejercicio de sus funciones y vistiendo uniforme fuesen juzgados ante la jurisdicción militar por la comisión de un delito militar, *cfr.* Blanco Valdés, R., *La ordenación constitucional de la defensa*, Madrid, Tecnos, p. 55.

2.2. REGULACIÓN TRAS LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución Española no menciona en el art. 8 que trata de las Fuerzas Armadas ni tampoco en el art. 104 que versa de las fuerzas y cuerpos de seguridad a la Guardia Civil⁴. Esta omisión suscita algunos interrogantes, toda vez que podemos pensar que la voluntad constitucional fue la de excluir a la Guardia Civil de las Fuerzas Armadas, las cuales sí aparecen expresamente enumeradas en el art. 8 de la CE⁵; pero a la vez, también podemos pensar que era innecesario mencionarla, ya que hasta el año 1980 la Guardia Civil formaba parte de las Fuerzas Armadas, al tratarse de un cuerpo más del Ejército de Tierra⁶. En nuestra opinión, la voluntad constitucional fue delegar en el legislador la organización, estructura y naturaleza de la Guardia Civil, sin perjuicio de afirmar que el constituyente quería deslindar las funciones y misiones policiales de las atribuidas a las Fuerzas Armadas⁷, de ahí la redacción del art. 8 y del 104 de la CE, preceptos constitucionales diferentes y ubicados en distintos títulos de nuestra Carta Magna, con las consiguientes consecuencias jurídicas⁸. Esta afirmación encuentra su fundamento en la esencial Sentencia 194/1989, de 16 de noviembre, del Tribunal Constitucional, en la que se indicó que el silencio constitucional relativo a la naturaleza de la Guardia Civil resulta más permisivo que cualquier definición posible al respecto, por lo que se ha optado por dejar un ámbito de disponibilidad al legislador para regular a este instituto armado. Pero, además, de esta sentencia se deduce que la inclusión de los cuerpos de seguridad estatales en el art. 104 de la CE no implica que los mismos, llegado un momento, no puedan ostentar naturaleza militar, pues los arts. 28.1 y 29.3 de la CE posibilitan la existencia de institutos armados sometidos a disciplina militar distintos de las Fuerzas Armadas, reconociéndose así un *tertium genus* o figura intermedia entre

⁴ Fernández Segado, F., «Las Fuerzas...», op. cit., p. 86.

⁵ Cfr. Barcelona Llop, J., «Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español», Revista Española de Derecho Constitucional 48, 1996, p. 83; Millán Garrido, A., «El régimen penal y disciplinario de la Guardia Civil tras la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre», *iusmilitaris*, p. 1; Serrano Alberca, J. M., «Comentario al art. 8 de la Constitución Española», Comentarios a la Constitución, Garrido Falla, F., (coord.), Madrid, Civitas, 2001, p. 127; cfr. Sedano Lorenzo, A., «La Guardia Civil ante la ley penal militar», Revista Jurídica de Castilla y León 34, 2014, pp. 1 y ss. Herbón Costas, J.J., op.cit., p. 213.

⁶ Cfr. Domínguez Berrueta, M., y Sánchez Fernández, D., «El modelo policial ante el Tribunal Constitucional», Revista de Administración Pública 123, 1990, p. 264.

⁷ Trillo-Figueroa Martínez-Conde, F., «Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española», Revista Española de Derecho Militar 38, 1979, p. 72; Fernández Segado, F., «Las Fuerzas...», op. cit., p. 72.

⁸ Domínguez Berrueta, M., y Sánchez Fernández, D., op. cit., p. 265.

estas y los cuerpos de seguridad estatales no sometidos a disciplina militar. Aquí es donde debe ubicarse a la Guardia Civil, es decir, como un instituto armado de naturaleza militar que determina que su estructura, organización y funcionamiento se someta a disciplina militar, sin ser, *prima facie*, parte de las Fuerzas Armadas⁹.

El legislador configuró la Guardia Civil de la manera antedicha, al establecer el art. 9.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que:

«Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por: (...) b) La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que este o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa».

En definitiva, la Guardia Civil pertenece a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, eso sí, con una peculiaridad notable, a saber, se trata de un instituto armado de naturaleza militar, lo que determinará que, por un lado, dependa funcionalmente del ministro de Interior para el desarrollo de las misiones encomendadas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, y por otro lado, dependa del ministro de Defensa en las situaciones de conflicto armado, estado de sitio y para las misiones de carácter militar que puedan confiársele, así como también del régimen de ascensos y situaciones del personal, *ex art.* 14.3 de la meritada Ley Orgánica 2/1986. La separación del Ejército de Tierra y, por ende, de las Fuerzas Armadas conllevó que los guardias civiles no estuvieran sujetos a la cadena de mando de las Fuerzas Armadas, estando únicamente sujetos al ministro de Defensa en los casos enumerados¹⁰. A partir de este momento, el legislador constantemente ha configurado la Guardia Civil como un instituto armado de naturaleza militar¹¹. Sea como fuere, las misiones

⁹ Cfr. Serrano Alberca, J. M., *op. cit.*, p. 131; Martín Vicente, M. A., *op. cit.*, p. 196. Herbón Costas, J.J., *op. cit.*, p. 220 y 221.

¹⁰ Fernández Segado, F., «Las Fuerzas...», *op. cit.*, p. 81; cfr. sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 1988.

¹¹ Así lo establece el art. 1 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del Régimen del Personal de la Guardia Civil, que como dato destacable lo califica como «cuerpo de seguridad del Estado de naturaleza militar»; el art. 1.3 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar; el art. 1.1 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de derechos y

de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil, expresamente enumeradas en el Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre¹², pueden incluir funciones propias de las Fuerzas Armadas. Esto nos plantea interrogantes, ya que la voluntad constitucional era deslindar las funciones de las Fuerzas Armadas de las de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado¹³. En conclusión, este instituto armado, a causa de

deberes de los miembros de la Guardia Civil; el art. 23 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, y el art. 2.2 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante, ROFAS), aprobadas por el Real Decreto 96/2006, de 6 de febrero.

¹² El art. 3 del Real Decreto 1438/2010 establece que: «Las misiones de carácter militar que podrán encomendarse a la Guardia Civil son las siguientes: a) Participar en el planeamiento, la preparación y la ejecución de operaciones militares desarrolladas por las Fuerzas Armadas españolas o multinacionales, mediante el desempeño de las funciones siguientes: 1.º Policía militar, incluyendo las especialidades policiales precisas. 2.º Vigilancia y defensa militares. 3.º Aquellas otras actuaciones que se le atribuyan en el marco de las operaciones militares desarrolladas por fuerzas armadas españolas o multinacionales. b) Participar, de forma integrada, en actividades desarrolladas por unidades, centros y organismos militares dependientes del Ministro de Defensa, así como por los órganos judiciales militares y fiscales jurídico-militares, mediante el desempeño de las funciones siguientes: 1.º Policía judicial en el ámbito de la jurisdicción militar. 2.º Enlace, apoyo y coordinación. 3.º Inteligencia, contra-inteligencia y seguridad. 4.º Enseñanza militar. c) Participar en aquellas actividades de análoga naturaleza que determine el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa».

¹³ López Ramón, F., *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 316; a nuestro juicio, la realidad social actual no es la misma que cuando se aprobó el texto constitucional, pues nos encontramos en una sociedad globalizada donde todas las fuerzas gubernamentales, llegados un momento, pueden desempeñar tareas muy dispares relacionadas, en todo caso, con la seguridad nacional, concepto jurídico abstracto que otorga mucho margen de actuación. Observando la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, se deduce que las Fuerzas Armadas están para algo más que el uso de la fuerza legítima contra un enemigo, siendo aceptado plenamente por la sociedad esta cuestión. Por ello, igualmente la Guardia Civil, llegado un momento, a causa de su evidente naturaleza, organización y estructura militar, puede desempeñar tareas propias de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de las misiones de carácter militar referidas, para eso se creó este Cuerpo, pues sin esta peculiaridad estaría abocado a su desaparición e integración en el resto de fuerzas y cuerpos de seguridad ordinarios. Según el art. 4.4 del citado Real Decreto, los guardias civiles que realicen misiones militares de carácter operativo dependerán del ministro de Defensa, pero esta dependencia se hará efectiva a través del jefe del Estado Mayor de la Defensa y se regirá por las normas reguladoras de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas. En cualquier caso, esta integración, a nuestro juicio, no supone que los guardias civiles pasen a formar parte de las Fuerzas Armadas, sino que se les confiere, in fine, consideración de fuerza armada, a fin de dotarles de un estatuto sui generis que les proteja frente a las acciones violentas u hostiles a las que puedan enfrentarse en el desarrollo de las misiones de carácter militar que ejecuten. En todo caso se trataría de una dependencia funcional respecto de las Fuerzas Armadas, pues la dependencia orgánica sigue estando en la Dirección General de la Guardia Civil. Ahora bien, este ius singulare también tiene contrapartidas, ya que la integración en unidades de las Fuerzas Armadas supondrá que se les aplique en su integridad el CPM y el régimen disciplinario de aquellas, pudiendo, incluso, imponérseles arrestos disci-

su naturaleza militar, ostenta unas peculiaridades que lo hacen acreedor de realizar misiones de diversa índole, de orden público y funciones de carácter militar. Una cuestión innegable radica en que los guardias civiles ostentan el estatuto de militar en todo momento y circunstancia, sin excepción alguna, pues únicamente lo perderán por las causas tasadas en el art. 95.1 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, con la consecuencia de que una vez lo pierdan, *ex art.* 95.2 de la referida ley, dejarán de estar sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, así como de las leyes penales y disciplinarias militares¹⁴. Todo ello determinará que las normas penales castrenses les sean de aplicación en ciertas situaciones administrativas, a fin de salvaguardarse los bienes jurídicos del orden militar, *inter alia*, la disciplina, la subordinación, la jerarquía, la eficacia del servicio y la organización militar.

3. JURISPRUDENCIA SOBRE EL ART. 7 BIS DEL CÓDIGO PENAL MILITAR DEL AÑO 1985

3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Código Penal Militar de 1985 antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, era de aplicación en su integridad a los componentes de este instituto armado. Sin embargo, la aprobación de la ley antedicha supuso un cambio relevante, ya que se consideró que muchos de los tipos penales del texto punitivo castrense resultaban en circunstancias cotidianas de nula o escasa aplicabilidad, pues los guardias civiles realizan funciones asociadas al ámbito policial, de ahí que la aplicación íntegra del CPM debiera quedar circunscrita a las situaciones de tiempo de guerra, estado de sitio, cumplimiento de misiones de carácter militar e integración en unidades militares¹⁵. Mediante la reforma llevada a cabo por la

plinarios por las autoridades militares correspondientes, tal y como sostuvo la sentencia 73/2010, de 18 de octubre, del Tribunal Constitucional.

¹⁴ Las causas de pérdida de la condición de guardia civil y de militar de carrera son las siguientes: por renuncia, pérdida de la nacionalidad española, pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público cuando sea firme y por la imposición de la sanción disciplinaria de separación del servicio.

¹⁵ Pascual Sarriá, F. L., «La aplicación del nuevo art. 7 bis del Código Penal Militar en la reciente jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo», Cuaderno Práctico 2, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, Ministerio de Defensa, pp. 48 y ss.

Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, se incluyó en el CPM de 1985 el art. 7 bis, el cual establecía que:

«Las disposiciones de este Código no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares».

La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo sobre este precepto, que podríamos calificarlo de oscuro y confuso, con el consiguiente menoscabo en la seguridad jurídica y el principio de legalidad¹⁶, ha sido uniforme, en el sentido de seguir considerando aplicable el derecho penal militar a los guardias civiles en determinadas circunstancias. En un primer momento, se mantuvo la aplicación del CPM a los guardias civiles siempre que sus conductas lesionaran o pusieran en peligro un bien jurídico castrense y no fuesen llevadas a cabo en el ejercicio de las funciones propias de orden público, es decir, en el mantenimiento de la seguridad ciudadana y de garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales; y en un segundo momento, siempre que la acción punible lesionase bienes jurídicos castrenses, aunque la conducta punible fuera realizada en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. Esta jurisprudencia no ha estado exenta de polémica, al existir diversos votos particulares que abogaban por el criterio contrario, así como otros autores que entienden que el espíritu del precepto era excluir a la Guardia Civil de la norma penal castrense, salvo en los cuatro supuestos contemplados en el párrafo 2.º del texto¹⁷; pero, a nuestro juicio, lo más relevante es que esta jurisprudencia ha servido de fundamento para la redacción del actual art. 1 puntos 4.º y 5.º del CPM.

¹⁶ De León Villalba, F. J., op. cit., p. 122; Pascual Sarría, F. L., op. cit., p. 49.

¹⁷ Millán Garrido, A., op. cit., pp. 4 y ss.; De León Villalba, F. J., op. cit., pp. 134 y ss.; Sedano Lorenzo, A., op. cit., pp. 21 y ss.

3.2. JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO MILITAR Y DE LA SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

La primera sentencia dictada por la Sala de lo Militar en relación al art. 7 bis del CPM fue la de 16 de abril de 2009. El tribunal sostuvo que el párrafo 2.º del art. 7 bis no suponía modificación alguna de la aplicación del CPM a los guardias civiles —que no era una novedad notable—, pero lo relevante fue lo siguiente:

a) Que el párrafo 1.º del art. 7 bis suponía una exclusión de la aplicación del texto punitivo castrense a los guardias civiles cuando estos, en su condición de sujetos activos militares, llevasen a cabo alguna conducta típica del código castrense, eso sí, en la realización o desempeño de los actos propios de las funciones que tienen encomendadas de proteger los derechos y libertades fundamentales y garantizar la seguridad ciudadana.

b) Que la no aplicación del CPM cuando los guardias civiles desde su condición de militar llevasen a cabo conductas que afectasen a bienes jurídicos propios del orden castrense radicados en la disciplina, jerarquía, unidad y cohesión interna, protección de medios y recursos puestos a su disposición o al desempeño de funciones y cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios «policiales», ni abarcados por las situaciones enumeradas en el párrafo 2.º, conllevaría que dichos bienes jurídicos quedasen desprotegidos¹⁸.

Posteriormente, en la sentencia de 20 de abril de 2009 se añadió que «en ningún momento (en referencia al art. 7 bis) se determina la pérdida de la condición de militar de los miembros del Instituto», y en la sentencia de 27 de mayo de 2009, a fin de determinar en qué consistían los actos propios del servicio relativos a la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, se sostuvo que:

«lo realmente decisivo al efecto de que se trata no es tanto que la actuación u omisión se produzca en acto genérico de servicio, fuera del cual la cláusula funcional del art. 7. bis CPM carece de operatividad, como que el comportamiento de los sujetos activos deban insertarse “en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar

¹⁸ Pascual Sarría, F. L., op. cit., p. 54.

la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto”, esto es, resulta relevante en primer lugar que la función que se cumpla sea de carácter “policial”, y, en segundo término, que la conducta activa u omisiva del sujeto agente forme parte de la realización de los actos propios del servicio que en la ocasión se esté desempeñando».

De las sentencias antedichas podemos deducir las siguientes conclusiones:

a) La norma penal militar no dejó de aplicarse a los guardias civiles, quienes eran potenciales sujetos activos, al ser militares, *ex art. 8 del CPM*.

b) Los supuestos previstos en el párrafo 2.º del art. 7 bis no suponían ninguna modificación al respecto sobre la aplicación a los guardias civiles del CPM.

c) La exclusión de la aplicación del CPM a los guardias civiles requería que la conducta punible formase parte de los «actos propios» concernientes a garantizar la seguridad ciudadana y proteger las libertades y derechos fundamentales; en suma, el mero hecho de estar de servicio no suponía la exclusión del CPM, resultaba imprescindible que la acción u omisión punible lo fuese en el desarrollo de una función de naturaleza «policial»¹⁹.

El motivo por el cual se estableció este criterio jurisprudencial fue justificado posteriormente, de manera correcta, por la Sala de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 16 de junio de 2009, toda vez que lo que se quería era igualar a los miembros de la Guardia Civil con los de la Policía Nacional respecto de las posibles consecuencias jurídico-penales que pudieran derivarse del ejercicio de los actos propios de seguridad ciudadana y

¹⁹ Esto se traduce en que si un guardia civil que tiene nombrado un servicio de seguridad ciudadana golpease durante el transcurso del mismo a su mando, habría cometido un delito de insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra, pues la acción punible no forma parte de los «actos propios» de los cometidos de seguridad ciudadana. Ahora bien, si un guardia civil se encuentra recogiendo una denuncia en presencia de los administrados (terceras personas ajenas al Cuerpo de la Guardia Civil) y su superior le ordena que la redacte de otra manera y aquel se niega, no estaríamos ante un delito militar de desobediencia, dado que la conducta reprochable se cometió en el seno de un «acto propio» de protección de los derechos y libertades fundamentales, como es la recogida de una denuncia, sin perjuicio de que dicho comportamiento originase el ejercicio de las acciones disciplinarias pertinentes.

protección de derechos y libertades. Fuera de todo lo anterior, la naturaleza militar de la Guardia Civil hacía que siguieran estando sujetos a las leyes penales militares, a fin de salvaguardarse los bienes jurídicos del orden castrense. Si bien es cierto que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ya había precisado, con mejor o peor fortuna, el ámbito de los actos propios del servicio de naturaleza policial, no resulta menos cierto que la Sala de Conflictos de Jurisdicción ayudó a perfeccionar este término. Así, en su sentencia de 29 de mayo de 2012 manifestó que el criterio de exclusión del CPM se circunscribe a los «actos directamente relacionados con la ciudadanía», es decir, a la concreta prestación de su cometido institucional de protección de los derechos y libertades de los administrados. Este criterio, a nuestro juicio, resulta acertado, ya que se entendió que los actos propios de naturaleza policial son aquellos en los que el guardia civil se relaciona directamente con los ciudadanos, por lo que si la conducta reprochable se ejecuta en un ámbito *ad intra* de la institución, sin que intervengan o resulten afectadas terceras personas ajenas al instituto armado, quedarían sujetos al derecho penal militar, siempre que se lesionase o pusiera en peligro un bien jurídico del orden militar.

Por último, las recientes sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 27 de julio de 2015 supusieron una extensión del ámbito de aplicación del derecho penal militar a la Guardia Civil, sosteniéndose en las mismas que:

«Lo verdaderamente relevante, a la hora de delimitar los supuestos en los que se aplica el Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil, será la naturaleza castrense o policial de los bienes jurídicos lesionados por la conducta reprochada y si esta ha afectado principalmente a bienes jurídicos consustanciales con la naturaleza militar de la Institución que el legislador ha querido salvaguardar al reconocer el carácter militar de la organización, como son la disciplina, la jerarquía y la subordinación, y consiguientemente son penalmente protegidos con independencia de que el comportamiento transgresor se haya producido en el ejercicio de funciones de naturaleza policial».

En definitiva, hemos presenciado cómo el Tribunal Supremo ha ido delimitando la exclusión del derecho penal militar a los guardias civiles, partiendo de una postura neutral, haciendo interpretaciones a *sensu contrario* y finalizando con la aplicación de la tesis de la prevalencia del especial bien jurídico menoscabado, es decir, en caso de que el injusto lesione un bien jurídico del orden militar será de aplicación el texto punitivo castren-

se, siendo indiferente que el Código Penal pueda también proteger otro bien lesionado o puesto en peligro por el injusto. Esta posición ha podido ser fundamental en la redacción del actual CPM, como veremos a continuación.

4. EL DERECHO PENAL MILITAR COMO NORMA JURÍDICA PUNITIVA APLICABLE A LA GUARDIA CIVIL

4.1. APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL MILITAR

Si bien es cierto que la mayoría de estudios concernientes a la ciencia del derecho penal lo han sido en el ámbito del derecho penal común, no resulta menos cierto que el derecho penal militar en los últimos años también ha sido objeto de notables estudios, enriqueciéndonos las aportaciones, valoraciones y opiniones efectuadas sobre esta materia²⁰. Autores como Rodríguez Devesa o Rodríguez-Villasante y Prieto han contribuido a difundir esta rama del derecho penal, dejándose de lado aquellas ideas de que el estudio del derecho penal militar estaba relegado a un segundo plano por los penalistas²¹. La reciente aprobación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar demuestra que este derecho penal especial²² sigue vigente y que ha evolucionado de manera paralela a la propia sociedad, hecho que podemos afirmar por la intensa complementariedad que presenta el CPM respecto del Código Penal, así como por la inclusión de nuevos tipos penales²³. Ello se ha traducido en que el título

²⁰ Núñez Barbero, R., «Derecho penal militar y derecho penal común», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 24, mes 1, 1971, pp. 713 y ss.; Colombo, C. J., «Sustantividad del derecho penal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 17, 1964, pp. 9 y ss.; Rodríguez Devesa, J. M., «La acción penal y la acción disciplinaria en el derecho militar español», *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 7, 1959, pp. 73 y ss.; Román Vidal, S. M., «El delito militar en el Código de Justicia Militar chileno», *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 9, 1960, pp. 177 y ss.; Jiménez y Jiménez, F., *Introducción al derecho penal militar*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 19 y ss.; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio de especialidad», *Comentarios al Código Penal Militar*, Blecua Fragua, R. y Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. (coords.), Madrid, Civitas, 1988, pp. 101 y ss.; Querol y Durán, F., *Principios de derecho militar español*. tomo I, Madrid, Naval, 1948, pp. 10 y ss.

²¹ Núñez Barbero, R., *op. cit.*, p. 713.

²² Cfr. Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El Código Penal Militar», *Revista General de Derecho* 499, 1986, pp. 1264 y ss.

²³ Cfr. Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, tomo I, Buenos Aires, Ediar, p. 210, quien sostiene que el derecho penal militar no es derecho penal común, pero no por ello deja de ser derecho penal.

preliminar del Código Penal sea de aplicación al derecho penal militar y el resto de disposiciones lo sea supletoriamente, es decir, en aquello que no venga especialmente previsto en el CPM, rigiendo, pues, el postulado de *lex specialis derogat legi generali*²⁴.

Llegados a este punto, tenemos que preguntarnos cuál es la razón de ser del derecho penal militar²⁵.

4.1.1. Razón de ser del derecho penal militar

La doctrina italiana, entre otros Manzini y Veuro, aproximó el derecho penal militar a una concepción finalista, al dirigirlo hacia las finalidades de las fuerzas armadas y sus misiones²⁶. En este estudio debemos traer a colación dos ideas, las cuales van a sustentar la tesis aquí defendida. La primera radica en que el ordenamiento jurídico es único, hallándose dentro del mismo distintas ramas (orden civil, orden penal, orden administrativo, etc.), perteneciendo la norma penal militar al derecho penal, cuyos principios generales y parte general son de aplicación supletoria, residiendo la especialidad del derecho penal militar en la protección de unos determinados bienes jurídicos. La segunda consiste en que es el propio ordenamiento jurídico el que, a través del denominado *orden militar*²⁷, salvaguarda la organización de las instituciones militares y la eficacia de sus misiones

²⁴ Basta con acudir a lo establecido en el art. 1.2 del CPM (precepto similar al contenido en el art. 9 del Código Penal) para darnos cuenta de lo manifestado, el cual dispone que «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

²⁵ Cfr. sentencia 107/1986 del Tribunal Constitucional, de 24 de julio, F.J. 3.º y 4.º, del contenido de este fallo se desprende que la naturaleza del colectivo afectado por la norma penal, las funciones que desarrollan de conformidad a la Constitución Española y su organización militar serían causas suficientes para justificar la existencia del derecho penal militar, pudiendo diferenciarlo del derecho penal común.

²⁶ Manzini, V., *Commento ai Codici Penale Militari, Diritto Penale*, Torino, Fratelli Bocca, 1916, p. 1, lo definía como aquellas normas jurídicas que están dirigidas a asegurar el mantenimiento de los fines esenciales de la institución militar, constituyendo en su conjunto un orden jurídico particular dentro del orden general; cfr. Veuro, V., *Manuale de diritto e procedura penale militari*, Milano, 1976, p. 117, quien sostuvo que era aquella rama del derecho penal que, dentro del cuadro general de la conservación y desarrollo de la comunidad social, asegura las condiciones esenciales para que las Fuerzas Armadas vivan, sean ordenadas y eficientes, operando estrictamente en el ámbito de los fines del Ejército.

²⁷ Cfr. Querol y Durán, F., op. cit., p. 18, quien establece un concepto de orden jurídico militar como «aquel conjunto de normas destinadas a dar seguridad y encauzar los fines esenciales y desarrollo de las actividades propias de los Institutos Armados, emanadas de la necesidad de la defensa nacional, constituyendo un orden jurídico dentro del orden general».

esenciales que tienen que prestar a la sociedad, llevándose a cabo esto mediante el derecho penal militar.

No obstante lo dicho, algunas consideraciones generales sobre el derecho penal tenemos que hacer, pues el derecho penal militar no es otra cosa que una rama especializada de aquel, a causa de los bienes jurídicos que la norma penal militar protege²⁸. Lo relevante es atender a la función del derecho penal desde un punto de vista material, cuyo objeto se circunscribe a la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y de la comunidad y de los valores ético-sociales más elementales²⁹; es decir, se trata de un instrumento de control social al servicio de la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad³⁰. Esta tesis no es aceptada unánimemente, pues algunos autores, como Jakobs, consideran que la razón de ser del derecho penal se encuentra en la protección de la norma penal, de la que emana el bien jurídico tras su construcción y desarrollo³¹. En cualquier caso, nosotros somos partidarios de la teoría del bien jurídico como fundamento del derecho penal, considerando que la relación entre la norma penal y el bien jurídico resulta intensa y constituye la base del derecho penal³². El derecho penal militar como norma complementaria del Código Penal³³ no puede apartarse de la función y finalidad antedicha, eso sí, su misión, a causa de su consideración de derecho especial, se circunscribirá al mantenimiento de la paz del orden militar y a asegurar la eficacia de sus cometidos, protegiéndose unos valores o intereses concretos, íntimamente vinculados con la organización, funcionamiento, medios y misiones militares de las instituciones de naturaleza castrense³⁴,

²⁸ Cfr. Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio...», op. cit., p. 123.

²⁹ Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal español. Parte General*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1998, p. 13; Welzel, H., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, DePalma, 1956, pp. 5 y 6; Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, p. 52.

³⁰ Gil Gil, A., Lacruz López, J. M., Melendo Pardos, M., y Núñez Fernández, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 6.

³¹ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 47 y ss.

³² Cfr. Jiménez De Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires, Losada, 1964, p. 34.

³³ Núñez Barbero, R., op. cit., p. 721; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio...», op. cit., p. 126; Jiménez y Jiménez, F., op. cit., p. 41; cfr. Querol y Durán, F., op. cit., p. 19, define el derecho penal militar como «aquel conjunto de leyes punitivas, ejercidas permanentemente dentro de los institutos armados por órganos propios y legítimos, al objeto de amparar el orden jurídico militar contra las violaciones lesivas de la existencia e intereses de los Ejércitos»; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El Código...», op. cit., pp. 1280 y 1281.

³⁴ Colombo, C. J., op. cit., p. 15.

a saber, las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil. Sea como fuere, el mantenimiento del orden militar se encuentra vinculado con un interés social, ya sea entendido *in stricto sensu* o *lato sensu*. El derecho penal militar garantizará en última instancia, a través de normas jurídico-penales que tipifican comportamientos que menoscaban los valores e intereses del orden militar, la inviolabilidad de estos objetos valiosos mediante la coacción estatal, básicamente, porque el delito militar se mostrará simultáneamente como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico del orden militar y una infracción de un deber que emana de la norma penal militar³⁵. En suma, el fundamento del derecho penal militar, el cual es permanente y no excepcional, dado que la protección de los intereses y valores militares ha de efectuarse en todo momento y no en circunstancias extremas³⁶, consiste en proteger los bienes jurídicos del orden militar frente a las formas más graves de agresión³⁷, para garantizar que las misiones militares que tienen encomendadas las Fuerzas Armadas y la organización y medios de las instituciones militares no se vean perjudicadas ni puestas en peligro.

4.1.2. Aproximación sucinta al concepto de bien jurídico

El concepto dogmático del bien jurídico penal está asentado en la doctrina, pero siendo más teórico que descriptivo³⁸, aunque hay autores que consideran que no está precisado en profundidad, habiéndose acudido a concepciones «metodológicas», siendo, además, un riesgo establecer una concepción rígida, pues la misma no permitiría interpretar *ad futurum* el

³⁵ Cfr. Jescheck, H., y Weigend, T., Tratado de derecho Penal. Parte General, Granada, Comares, 2002, pp. 2 y 8; Jakobs, G., op. cit., p. 53.

³⁶ Rodríguez Devesa, J. M., Derecho penal español. Parte General, Madrid, Dykinson, 1985, p. 35; Colombo, C. J., op. cit., p. 42; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio...», op. cit., p. 120; Querol y Durán, F., op. cit., p. 19; Zaffaroni, E. R., op. cit., p. 211, este autor considera que no se trata de un derecho excepcional, ya que forma parte del orden jurídico estatal, por lo que le son de aplicación los principios constitucionales, no pudiendo ir contra ellos.

³⁷ Colombo, C. J., op. cit., p. 14, acertadamente pone el acento de gravedad en el bien jurídico lesionado o puesto en peligro antes que en la condición de militar del sujeto activo, sin perjuicio de que, a nuestro juicio, dicha condición de militar del sujeto activo pueda ser un factor determinante para el legislador a la hora de tipificar un injusto penal como militar; Zaffaroni, E. R., op. cit., p. 218, fundamenta la razón de ser del derecho penal militar en el bien jurídico protegido por la norma penal militar y por la condición de *uti miles* del sujeto activo.

³⁸ Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal», Revista Chilena de Derecho 2, vol. 22, 1995, p. 251; Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y objeto protegible», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LX, 2007, p. 119.

tipo penal según la evolución de los valores e intereses de la sociedad³⁹, de ahí que se haya acudido a un concepto mínimo⁴⁰. Diversas han sido las definiciones referidas al bien jurídico, poniendo muchas de ellas el centro de atención en la protección del orden social, pues este constituirá la suma total de todos los bienes jurídicos⁴¹. Muy sucintamente podemos sostener que el bien jurídico constituye algo valioso, un interés o un valor para el orden social, que puede ser abstracto o no, de ahí su protección por la norma penal⁴². El bien jurídico nos presentará algo valioso, una valoración positiva (puede ser un bien psicofísico, una realidad social o una relación jurídica)⁴³, que debe ser objeto de un juicio de valor cuando existan ciertas agresiones frente a la misma, tratándose, en definitiva, del objeto de protección de la norma penal⁴⁴. Los entes ideales o ideológicos no deben ser considerados como bienes jurídicos penales⁴⁵, no así los valores que tienen su fundamento en las convicciones morales de la sociedad⁴⁶. Una vez haya

³⁹ Roxin, C., op. cit., pp. 57-58; Octavio de Toledo y Ubieto, E., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 43, mes 1, 1990, p. 11.

⁴⁰ Abanto Vázquez, M. A., «Acercas de la teoría de los bienes jurídicos», *Revista Penal* 18, 2006, p. 4.

⁴¹ Welzel, H., op. cit., p. 6.

⁴² Mir Puig, S., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2008, p. 119, sostiene que estarían constituidos por los intereses sociales que por su importancia pudieran merecer una protección penal; Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 8, entiende que es un ente ideal, un valor del orden social protegido; Cerezo Mir, J., op. cit., p. 14, lo define como todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el derecho; Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., p. 8, afirma que las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y, por ello, deben ser protegidos mediante el recurso de la pena pública; Roxin, C., op. cit., p. 56, sostiene que son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco del sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Dentro del concepto de bien jurídico ha surgido una concepción constitucional, cuya idea esencial es que los intereses o valores dignos de protegerse emanan de esta ley de leyes, como por ejemplo la vida, la integridad física, la propiedad, el honor, la dignidad, etc.; cfr. Abanto Vázquez, M. A., op. cit., pp. 8 y ss.; cfr. Alonso Álamo, M., «Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 61 y ss.

⁴³ Cfr. Bustos Ramírez, J. J., y Hormazábal Malareé, H., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, Madrid, Trotta, 1997, p. 58, quienes consideran el bien jurídico como una realidad social; Welzel, H., op. cit., p. 6; Octavio de Toledo y Ubieto, E., op. cit., p. 5; Cuello Contreras, J., «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 34, mes 2, 1981, pp. 461 y ss.

⁴⁴ Lascuráin Sánchez, J. A., «Bien jurídico y objeto...», op. cit., p. 126.

⁴⁵ Roxin, C., op. cit., pp. 56-57; Lascuráin Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad...», op. cit., p. 258; Lascuráin Sánchez, J. A., «Bien jurídico y objeto...», op. cit., p. 123.

⁴⁶ Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., pp. 275 y 276.

sido identificado el bien jurídico nos servirá para evaluar el desvalor del resultado del injusto, al poder haber afectado a los valores sociales, y por otro lado nos servirá para apreciar el desvalor de la acción, al expresar las características negativas de la conducta⁴⁷.

4.1.2.1. Funciones

La primera sería sistemática, ya que los códigos penales, normalmente, se ordenan atendiendo a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. La segunda se centra en la función teleológica, es decir, interpretativa de la norma penal, toda vez que solamente será constitutivo de delito el injusto que lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido por la norma penal. Este análisis nos conducirá a la valoración de la antijuricidad material que debe reunir todo delito⁴⁸. La conducta descrita en la norma será disvaliosa, ya que la norma penal es una regla de conducta que debe observarse⁴⁹. Será la política criminal estatal la que decida qué bienes jurídicos son merecedores de protección penal, principalmente, atendiendo a la voluntad social imperante del momento, pues lo que tiempo atrás era castigado, al concebirse algunas conductas como indecorosas o contrarias a los valores existentes, a lo mejor actualmente no, al no ponerse en peligro ni lesionarse bien jurídico alguno⁵⁰. Esto último nos enlaza con la tercera función, el bien jurídico constituye un límite del *ius puniendi* del Estado. El poder punitivo estatal debe tener como límite el estado social y democrático en el que nos hallamos, es decir, la tipificación de ciertas conductas debe únicamente llevarse a cabo si las mismas ponen en peligro o lesionan el orden social y democrático, habiéndose abandonado el intervencionismo estatal⁵¹. Por último, podemos atribuir al bien jurídico una función de proporcionalidad de la sanción penal, en el sentido de que cuanto mayor

⁴⁷ Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y objeto...», op. cit., p. 127.

⁴⁸ López Lorca, B., «La antijuricidad material y su proyección en el derecho penal militar. La delimitación del bien jurídico militar», *Derecho Penal Militar*, De León Villalba (dir.), F. J., López Lorca, B. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 71 y ss.

⁴⁹ Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad...», op. cit., p. 258.

⁵⁰ Mir Puig, S., op. cit., pp. 161 y ss.; Lascurain Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad...», op. cit., p. 252; Abanto Vázquez, M. A., op. cit., p. 6; Octavio de Toledo y Ubieto, E., op. cit., p. 8, como acertadamente este autor indica, el estado debe proteger ciertos intereses relacionados con la vida y orden social, todo ello por imperativo de lo dispuesto en el art. 1.1 de la Constitución Española, que condensa la fórmula de un «Estado social y democrático de Derecho».

⁵¹ Octavio de Toledo y Ubieto, E., op. cit., pp. 12 y ss.; Cuello Contreras, J., op. cit., p. 463.

haya sido la lesión o la puesta en peligro del bien, mayor será la pena a imponerse y viceversa⁵².

4.1.2.2. Clases

a) *Bienes jurídicos individuales*. Serían aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas; siendo el portador el individuo (la vida, la integridad física, el honor, la dignidad, la propiedad, etc.)⁵³.

b) *Bienes jurídicos colectivos*. Serían aquellos que sirven a muchas personas, suponiendo una anticipación a la tradicional protección de los individuales, pues dentro de los bienes colectivos están insertos aquellos. Con este tipo de bienes se pretende evitar situaciones que pondrían en peligro los bienes individuales (salud pública, seguridad vial, etc.)⁵⁴. Un bien jurídico será colectivo cuando sea real y jurídicamente imposible dividirlo en partes y asignar una porción de este a un individuo⁵⁵. Lo capital de los bienes colectivos radica en que fijan las condiciones necesarias para que los individuales que están tras ellos puedan cumplir una función social⁵⁶. El Estado no es el titular de los bienes jurídicos, sino el objeto de protección de la norma penal, en cuanto instrumento capital para garantizar el disfrute de los bienes individuales y de la organización de la convivencia social⁵⁷.

c) *Bienes jurídicos supraindividuales*. Se trataría de un *tertium genus* en atención a su portador y su relación con el resto de bienes jurídicos, encontrando su fundamento en la protección de las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema, sin implicar una garantía negativa para los bienes jurídicos individuales (seguridad del Estado, administración de justicia)⁵⁸. Algunos autores consideran esta categoría de bienes jurídicos como propia de los colectivos⁵⁹.

⁵² Cfr. Mir Puig, S., op. cit., p. 164; Bustos Ramírez, J. J., y Hormazábal Malareé, H., op. cit., p. 61; Lascuraín Sánchez, J. A., «Bien jurídico y legitimidad...», op. cit., p. 254.

⁵³ Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 10; Hefendehl, R., «¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 4, vol. 14, 2002, p. 3; Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., p. 277.

⁵⁴ Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 11; Hefendehl, R., op. cit., p. 4.

⁵⁵ Hefendehl, R., op. cit., p. 4; Soto Navarro, S., «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 58, 2005, p. 888.

⁵⁶ Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 11.

⁵⁷ Soto Navarro, S., op. cit., p. 889; Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., p. 277.

⁵⁸ Gil Gil, A., et al., op. cit., p. 12.

⁵⁹ Bustos Ramírez, J., Control social y sistema penal, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, p. 200.

4.1.3. Bienes jurídicos del orden militar

La teoría expuesta de los bienes jurídicos podemos trasladarla al orden militar, pues este ostenta una serie de valores, intereses, realidades sociales y jurídicas que deben ser protegidos frente a determinadas agresiones que los lesionan o ponen en peligro. Ahora bien, las singularidades propias que ostenta la institución militar, sobre todo, en relación al uso legítimo de la fuerza en situaciones de combate o durante el desarrollo de cualquier otra operación militar, hace que el estudio del bien jurídico sea más complejo que en circunstancias normales. Si bien es cierto que el militar es un ciudadano más de la sociedad, siéndole de aplicación el ordenamiento jurídico como a cualquier otro, no es menos cierto que aquel está sujeto a una serie de normas singulares y propias, totalmente diferentes a las de otro empleado público, incluidos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad⁶⁰. La primera regla esencial del comportamiento del militar es la entrega de la vida en la defensa de España, siempre que fuere necesario, llegando a prescindir de su bien máspreciado. La finalidad de esta entrega absoluta no es otra que cumplir con exactitud y eficacia el mandato constitucional conferido a las Fuerzas Armadas en el art. 8.1 de la CE, que está vinculado a la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de la sociedad española y a la defensa de los principios y garantías constitucionales⁶¹. Esta estrecha relación nos conduce a conferir a las misiones militares del art. 8.1 de la CE un carácter funcional para el sistema de la sociedad⁶², siendo, pues, pertinente la tipificación de ciertas conductas que pusieran en peligro o lesionasen los intereses militares que entorpeciesen estas misiones. Asimismo, la organización *sui generis* de las instituciones militares es diferente a cualquier otra, presidiendo una serie de valores tradicionales que deben ser protegidos frente a ciertas agresiones. La disciplina, la subordinación y la jerarquía son objetos valiosos que, partiendo de una concepción finalista, sirven para asegurar, en aplicación del art. 103

⁶⁰ Esto se traduce en el primer deber que tiene todo militar, ex art. 6.1 regla primera de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas: «La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye su primer y más fundamental deber, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley».

⁶¹ Cfr. Casado Burbano, P., «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española», *Revista Española de Derecho Militar* 36, 1978, pp. 14 y ss.

⁶² López Lorca, B., *op. cit.*, p. 105, no obstante esta autora pone en entredicho esta tesis, al considerar que se incurre en un notable grado de abstracción el determinar cómo una lesión o puesta en peligro de los intereses militares influiría en los procesos de participación del individuo en la sociedad.

de la CE, el cumplimiento exacto y eficaz de las misiones constitucionales atribuidas a las instituciones militares⁶³, así como para preservar el régimen singular de su organización castrense. La suma de todos los bienes protegidos constituirá el núcleo esencial del orden militar. La importancia de los cometidos asignados por el legislador constituyente a los militares se traduce en la expresión diaria del más exacto cumplimiento de sus deberes y obligaciones, sencillamente para que, llegado el momento en que deban ejecutarse las operaciones militares o las misiones encomendadas por el Gobierno, no haya duda alguna que pudiera poner en peligro su fiel cumplimiento, pues ello redundaría negativamente en la sociedad a la que sirven y a la que pertenecen.

4.1.3.1. Críticas al bien jurídico del orden militar

Afirmar que el derecho penal militar se fundamenta en la protección de virtudes morales, tales como el valor, la lealtad, el compañerismo, etc., con la consecuente disminución del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos⁶⁴, resulta sumamente arriesgado, pues está asentada la tesis de que los valores morales sí pueden ser protegidos penalmente, siendo legítima esta decisión político-criminal⁶⁵. Lo protegido en todo caso son bienes jurídicos que tienen su fundamento, en primer lugar, en el cumplimiento de las misiones constitucionales previstas en el art. 8.1 de la CE y en el art. 15 de la Ley de Defensa Nacional; en segundo lugar, en el conjunto de derechos y obligaciones que le son inherentes a todo militar, propias del ámbito castrense, contempladas en las Leyes Orgánicas 11/2007, de 22 de octubre, y 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas; y en último lugar, en el código de conducta de los militares que define las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el ordenamiento jurídico. Todas estas normas sirven en última instancia para garantizar la seguridad de los ciudadanos y salvaguardar sus derechos y libertades fundamentales.

⁶³ Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El principio...», op. cit., p. 136; López Lorca, B., op. cit., p. 109.

⁶⁴ López Lorca, B., op. cit., pp. 100 y ss., quien entiende que el derecho penal militar está dirigido a proteger entidades distintas a los bienes jurídicos, pues considera que el menoscabo de estos intereses difícilmente ocasionarían una disfuncionalidad en el cumplimiento de las misiones constitucionales otorgadas a las Fuerzas Armadas, en referencia a la disciplina y subordinación jerárquica; en definitiva, no habría un daño a la sociedad ni se impediría la autorrealización y desarrollo de la persona.

⁶⁵ Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., p. 276.

Las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil son instituciones del Estado que forman parte de la Administración⁶⁶. Su organización *sui generis* y las misiones que pueden desempeñar merecen una protección penal especial, básicamente, porque son distintas y mucho más exigentes que cualquier otra institución del Estado. No obstante, en relación a la Guardia Civil nos referimos a las misiones de carácter militar que puedan desempeñar, pues las misiones de naturaleza policial no deberían ser objeto de la protección penal especial a la que nos referimos. La sociedad, a través del legislador, ha querido que estas instituciones tengan un alto grado de exigencia, pues en ellas residen unos intereses y valores consuetudinarios que son imprescindibles para que el militar, en un momento determinado, esté perfectamente formado para cumplir sus cometidos⁶⁷. El debate crítico se ha centrado, *inter alia*, en los delitos contra la disciplina, ya que se considera que el hecho de que un militar maltrate de obra a un superior no pondría en peligro las misiones constitucionales encomendadas a las instituciones militares, siendo así que la disciplina, interés protegido en este delito, podría ser igualmente protegida en sede disciplinaria, debiéndose proteger el valor de la integridad física en sede penal, a través de la norma penal común; esto nos conduciría a una despenalización de los delitos militares antedichos⁶⁸. Esta afirmación no podemos compartirla; pero, además, contradice lo manifestado por el Tribunal Constitucional, que de manera constante ha dicho que el derecho penal militar puede reflejar ciertas peculiaridades respecto del régimen penal común, con justificación en las exigencias de la organización militar⁶⁹.

⁶⁶ A favor de una posición institucionalista, cfr. Fernández Segado, F., «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar* 67, 1996, pp. 36 y ss.; Trillo-Figueroa Martínez-Conde, F., op. cit., pp. 74 y ss.; Casado Burbano, P., op. cit., pp. 8 y ss.; López Garrido, D., «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista de Administración Pública* 100-102, vol. II, 1983, pp. 957 a 959; a favor de una posición administrativista, cfr. López Ramón, F., op. cit., pp. 365 a 369; López Lorca, B., op. cit., p. 107. En este estudio nos posicionamos sobre la tesis institucionalista, con base en los argumentos esgrimidos por los autores citados y por el hecho de que el propio Código Penal tipifica ciertos injustos cometidos contra las instituciones del estado, refiriéndose expresamente a los Ejércitos (art. 504 del Código Penal).

⁶⁷ Cfr. Fernández Segado, F., «La posición...», op. cit., p. 26.

⁶⁸ López Lorca, B., op. cit., p. 111.

⁶⁹ Sentencia 371/1993, de 13 de diciembre, F.J. 4.º: «Dentro de las limitaciones a los derechos del art. 20 CE, deben singularizarse aquellas referentes a los miembros de las Fuerzas Armadas, en atención a las peculiaridades de estas y las misiones que se les atribuyen. Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 CE, representa un interés de indudable relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas para el cumplimiento de esos cometidos (ATC 375/1983). A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Ar-

En suma, la especialidad del derecho penal militar ha dejado de ser meramente topográfica, trasladándose su fundamento a la protección de unos bienes jurídicos concretos mediante la norma penal militar⁷⁰. Estos bienes son especiales, ostentando, pues, una singularidad propia, de la que se deduce un alto grado de exigencia en los militares para no desvalorar lo valioso, *inter alia*, de la disciplina, realidad social de las instituciones militares, y de la subordinación y jerarquía, realidad jurídica de estas. Llevar hasta el último extremo el presupuesto de la «dañosidad social», inherente en la teoría del bien jurídico, a los delitos contra la disciplina, tal y como sostienen algunos autores, requiriéndose una conexión entre el menoscabo a la disciplina y la persona, impidiéndose a esta su libre desarrollo y autorrealización, vacía de contenido la esencia del bien jurídico del orden militar, y lo relega a una categoría inferior a todo interés militar. No es cierto que el derecho penal militar sirva únicamente para garantizar los fines de las instituciones militares, con base en una concepción institucionalista. Sirve para proteger auténticos bienes jurídicos. Si bien es cierto que la comisión de un delito de insulto a superior no causa un daño social visible, con base en una teoría del efecto espiral o resaca este injusto podría ocasionar una acumulación o imitación que sí causaría un daño social evidente⁷¹. Pensemos en una conducta desobediente: difícilmente a un ciudadano le afectaría en sus derechos y libertades que un soldado haya desobedecido una orden concreta de un superior, no existiría aparentemente un daño social. Sin embargo, si no existiese una norma penal militar que protegiese lo valioso de la disciplina, tal conducta podría ser imitada por toda una

madas, de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RR. OO.). Como consecuencia de ello, y de acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, no cabe duda de que el legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas, límites que supondrían una diferenciación respecto del régimen general y común de esas libertades. Este régimen especial puede suponer peculiaridades tanto de orden procedimental (como manifestamos en las STC 21/1981, fundamento jurídico 9.º, 97/1985, fundamento jurídico 4.º, y 180/1985, fundamento jurídico 2.º) como de orden sustantivo, al introducirse previsiones sancionadoras diferentes de las aplicables al resto de los ciudadanos; como se afirmaba en la STC 107/1986, fundamento jurídico 4.º, «el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar), consideración esta naturalmente aplicable también al régimen disciplinario».

⁷⁰ Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «El derecho militar del siglo xxi: un proyecto de código penal militar complementario», *Revista Española de Derecho Militar* 77, 2001, p. 99.

⁷¹ Abanto Vásquez, M. A., op. cit., p. 12.

fuerza, poniéndose en peligro la eficacia del servicio y creándose así un ambiente favorecedor de la comisión de otras conductas reprochables, poniéndose, ahora sí, en peligro la convivencia en sociedad. Aquí reside lo especial del valor de la disciplina, de la subordinación y la jerarquía, en el sentido de que sirven para garantizar *ad intra* el interés capital de la organización militar frente a las agresiones más graves⁷², pero también *ad extra*, originándose así el vínculo entre el daño social y el bien jurídico menoscabado o puesto en peligro.

4.1.3.2. Tipos de bienes jurídicos castrenses

Bienes jurídicos primarios del orden militar

Serían aquellos que son únicos del ámbito castrense, a saber, la disciplina, la subordinación, la jerarquía y el servicio, estando solamente protegidos por el derecho penal militar, concretamente, en los delitos contra la disciplina (título segundo del libro II del CPM)⁷³ y contra el servicio (título cuarto del libro II del CPM)⁷⁴. Los delitos contenidos en los títulos antedichos en muchas ocasiones albergarán otros valores dignos de protección penal, como por ejemplo, en el delito de deslealtad, lo valioso de la lealtad, que debe imperar en las Fuerzas Armadas, *ex art.* 10 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (ROFAS), tratándose igualmente de un bien jurídico primario y exclusivo del orden militar⁷⁵, o en el delito de abandono de destino, lo valioso de la disponibilidad permanente para el servicio, que se traduce en el deber permanente de presencia, *ex art.* 20 de las ROFAS, también considerado un bien jurídico primario militar.

⁷² Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 179/2004, de 21 de octubre, y 97/1985, de 13 de febrero.

⁷³ Los delitos del título II del libro II del CPM son los delitos de sedición militar, insulto a superior, desobediencia y abuso de autoridad.

⁷⁴ Los delitos contra el servicio tipificados en el título IV del libro II del CPM son los delitos de cobardía, deslealtad, contra el deber de presencia y prestación del servicio, contra los deberes del mando, el quebrantamiento del servicio, la omisión del deber de socorro, contra la eficacia del servicio y contra otros deberes del mando

⁷⁵ Cfr. Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2015, F.J. 4.º, donde se indica «que la lealtad en el ámbito castrense constituye un valor relevante resaltado por las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas que debe presidir las relaciones entre las personas integradas en la organización militar, sobre todo en las relaciones jerárquicas, y cuyo componente nuclear es el deber de veracidad en los asuntos del servicio y que el reproche penal se asienta en el grave quebranto de la relación de confianza en el ámbito funcional que se produce cuando se facilita información falsa o desnaturalizada sobre asuntos del servicio».

Bienes jurídicos compartidos del orden militar

Serían aquellos que están íntimamente ligados a las misiones constitucionales encomendadas a la institución militar en el art. 8 de la CE, pero que se encuentran también protegidos en el Código Penal. El legislador, por cuestiones de política criminal, ha decidido tipificar en el CPM ciertos injustos cuyo objeto valioso también está protegido en el Código Penal, pero a causa del desvalor de la acción o del resultado del injusto este último no lo protege adecuadamente. Dentro de estos bienes jurídicos se incluyen la seguridad y la defensa nacional, que están protegidos por los delitos militares tipificados en el título primero del libro II del CPM⁷⁶.

Bienes jurídicos secundarios del orden militar

Serían aquellos objetos valiosos para el orden militar que aparecen también protegidos en el Código Penal, no estando íntimamente ligados a las misiones constitucionales encomendadas a la institución militar, pero que por razón del sujeto activo, del lugar de comisión del injusto o del momento y circunstancias en que se ejecutan, se protegen mediante normas penales militares, pues el desvalor de la acción no se encuentra en su totalidad recogido en la norma penal común. Entre estos bienes jurídicos encontramos el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares⁷⁷, protegido en los delitos militares del título tercero del libro II del CPM, el patrimonio en el ámbito militar, protegido en los

⁷⁶ Los delitos tipificados en el título I del libro II del CPM son los delitos de traición militar, espionaje militar, revelación de secretos e información relativa a la seguridad y defensa, atentados contra medios y recursos de la seguridad y defensa nacional, incumplimiento de bandos militares, contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar y ultrajes a España e injurias a la organización militar.

⁷⁷ Obsérvese que los artículos 510 a 526 del Código Penal castigan los delitos relativos a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Sin embargo, los artículos 49 y 50 del CPM protegen todos los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares frente a los actos que los limiten o impidan su ejercicio arbitrariamente, eso sí, llevados a cabo por otro militar en determinadas circunstancias, a saber, en acto de servicio, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o públicamente; igualmente, estos delitos militares protegen la integridad física e indemnidad sexual de los militares frente a cualquier maltrato de obra, trato degradante o humillante o frente a los abusos o agresiones sexuales que puedan sufrir de otros militares en las circunstancias antedichas. En definitiva, se lleva a cabo una protección íntegra de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares cuando se encuentren de servicio, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil o cuando el acto punible se cometa públicamente; estos elementos contextuales serán los que caractericen a estos bienes jurídicos como del orden militar.

delitos militares del título quinto del libro II del CPM, o la salud pública de los delitos contra la eficacia del servicio del art. 76 del CPM.

4.1.3.3. Conclusiones sobre el bien jurídico del orden militar

Atendiendo a lo expuesto podemos ofrecer unas conclusiones sobre el bien jurídico del orden militar:

a) La norma penal militar está dirigida a proteger unos bienes jurídicos determinados del orden militar, esta es la razón de ser del derecho penal militar. Muchos de estos valores serán abstractos y basados en convicciones valorativas o espirituales de parte de la sociedad⁷⁸, en la que están insertos los militares.

b) Estos objetos valiosos pueden ser primarios y exclusivos del orden militar; otros, compartidos con el orden penal común, estando íntimamente ligados a las funciones esenciales de las instituciones militares; y por último, existen unos objetos valiosos secundarios del orden militar que por la condición del sujeto activo, el lugar de comisión del delito o su realización durante el servicio interesa a la institución militar su protección en el CPM.

c) Los bienes jurídicos del orden militar pueden ser individuales, al protegerse derechos subjetivos de los militares (la vida, la integridad física, la dignidad, etc.⁷⁹); pueden ser colectivos, estando protegidos en los delitos contra la eficacia del servicio previstos en los art. 75.1.º, 2.º y art. 76 del CPM⁸⁰ y en los delitos contra la disciplina; y pueden ser supraindividuales, estando protegidos en los delitos contra la seguridad y defensa nacional.

d) La puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos del orden militar mediante ciertas agresiones pueden ocasionar *in stricto sensu* o *lato sensu* un daño social.

⁷⁸ Jescheck, H., y Weigend, T., op. cit., pp. 275 y 276.

⁷⁹ El mejor ejemplo de esta clase de bienes jurídicos lo encontramos en los delitos tipificados en el título tercero del CPM, delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares (arts. 49 y 50 del CPM).

⁸⁰ Estos delitos castigan el ejecutar o no impedir en lugar o establecimiento afecto a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil actos de incendio, estragos o que originasen un grave riesgo para la seguridad de la fuerza, unidad, establecimiento, buque de guerra o de la Guardia Civil o aeronave militar.

e) Las agresiones de escasa relevancia a los bienes jurídicos del orden militar deben quedar relegadas, en cualquier caso, al ámbito disciplinario, en aplicación del postulado de *ultima ratio*.

4.2. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL CPM

La redacción del art. 1.4 y 5 del CPM supuso un intenso debate en la correspondiente tramitación parlamentaria, de hecho el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros y remitido a las Cortes Generales sufrió modificaciones en los apartados antedichos, a causa de las enmiendas efectuadas por los grupos parlamentarios. Dicho esto, al apartado 1.4 del CPM no se presentaron enmiendas. Por el contrario, al apartado 1.5 se presentaron en el Congreso de los Diputados las enmiendas núms. 3 y 4 del Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural, la enmienda núm. 34 del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, la enmienda núm. 73 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) y la enmienda núm. 103 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), todas ellas coincidentes en la supresión del apartado 1.5 y con idéntica justificación. El Grupo Parlamentario Socialista formuló la enmienda núm. 130, proponiendo la aplicación del CPM a los miembros de la Guardia Civil (además de los supuestos del artículo 1.4) «cuando se trate de acciones u omisiones tipificadas en el Título II, relativo a los delitos contra la disciplina, de su Libro segundo. En todos estos casos se excluyen aquellas acciones u omisiones que fueran encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial». Esta enmienda se justificaba por entender que la inclusión (frente a la prácticamente genérica del Proyecto) debe estar limitada a aquellos ilícitos que tienen una relación directa con la naturaleza militar de la Guardia Civil, por tanto, a los delitos contra la disciplina. Ninguna de estas enmiendas fue aceptada en la Ponencia⁸¹ ni en la Comisión de Defensa⁸². El Pleno del Congreso de los Diputados rechazó las expresadas enmiendas y aprobó el texto del artículo 1.5 del Proyecto⁸³.

En el Senado y con el mismo contenido se reprodujeron las enmiendas presentadas en el Congreso por los grupos parlamentarios y senadores siguientes: Izquierda Unida (enmienda núm. 1), Grupo Parlamentario Vasco

⁸¹ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados 110-3, de 3 de junio de 2015, p. 2.

⁸² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 822, de 2 de junio de 2015, pp. 13 y 14. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados 110-4, de 11 de junio de 2015.

⁸³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 287, de 11 de junio de 2015. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados 110-5, de 19 de junio de 2015.

(enmienda núm. 40), Grupo Parlamentario de Entesa pel Progrés de Catalunya (enmienda núm. 54), Grupo Parlamentario Catalán (enmienda núm. 93) y Grupo Parlamentario Socialista (enmienda núm. 119). El Grupo Parlamentario Popular formuló las enmiendas núms. 127 y 128, que modificaban el artículo 1.5 y consecuentemente el Preámbulo del Proyecto, en el sentido que finalmente fue aprobado⁸⁴. La Ponencia por mayoría⁸⁵ acordó incorporar al texto las enmiendas 127 y 128 y rechazó las demás. La Comisión aceptó como Dictamen el texto de la Ponencia⁸⁶. El pleno del Senado⁸⁷ aprobó el texto del Congreso con las referidas modificaciones formuladas por el Grupo Parlamentario Popular al Preámbulo y al artículo 1.5. Finalmente, el Congreso de los Diputados⁸⁸, el día 1 de octubre de 2015, en votación de conjunto, aprobó por mayoría el Proyecto promulgado como Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar⁸⁹, que entró en vigor el 15 de enero de 2016. La votación de conjunto del Proyecto en el Congreso arrojó el siguiente resultado: 184 votos a favor (Grupo Parlamentario Popular, UPN y Foro), 123 en contra (Grupo Parlamentario Socialista, CIU, PNV, Izquierda Plural, UPyD, BNG y Geroa Bai) y 4 abstenciones (Amaiur).

⁸⁴ La enmienda se justificaba de la forma siguiente, se suprime la referencia del art. 1.5 del Proyecto a los delitos militares previstos en el art. 9.2 letra a) por estimarse que están comprendidos en el art. 1.4 del Proyecto. Se clarifica el resto del precepto por entender que la remisión al título II del libro segundo del Proyecto (delitos contra la disciplina) no debe ser abarcada por la cláusula excluyente de aquellas acciones u omisiones que fueran encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. Se mantiene la referencia a los títulos I, III y IV del libro segundo, por afectar a bienes jurídicos propios del orden castrense. En los supuestos de aplicación de los títulos I, III y IV se excluyen aquellas acciones u omisiones que fueran encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. Se significa que el art. 1.5 del CPM, antes de ser modificado por las enmiendas del Grupo Parlamentario Popular, establecía que «fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el artículo 9.2 letra a) del presente código, así como las tipificadas en los Títulos I, II y III de su Libro Segundo y, si se encuentran previstas en el Título IV, cuando supongan la infracción de los deberes esenciales derivados de los principios de la organización militar. En todos estos casos se excluyen aquellas acciones u omisiones que fueran encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial».

⁸⁵ Boletín Oficial del Senado 576, de 6 de agosto de 2015, p. 3.

⁸⁶ Diario de Sesiones del Senado 511, de 29 de julio de 2015; Boletín Oficial del Senado 576, p. 35.

⁸⁷ Diario de Sesiones del Senado 168, de 2 de septiembre de 2015.

⁸⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 309, de 1 de octubre de 2015.

⁸⁹ Boletín Oficial del Estado 247, de 15 de octubre de 2015, pp. 95715-95746.

4.3. TÉCNICA LEGISLATIVA DE NIVELES DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL MILITAR A LA GUARDIA CIVIL

4.3.1. Primer nivel: aplicación íntegra del CPM

Este primer nivel conlleva una sujeción íntegra y completa al texto punitivo castrense, sin exclusión alguna, no habiendo supuesto ninguna novedad, toda vez que el párrafo 2.º del art. 7 bis del CPM de 1985 ya contemplaba esta posibilidad, siendo aceptada esta regulación⁹⁰. Así, el art. 1.4 del CPM establece que:

«El presente Código se aplicará a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo en los siguientes supuestos: a) En tiempo de conflicto armado; b) Durante la vigencia del estado de sitio; c) En el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se les encomienden; d) Mientras se encuentren integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas».

4.3.1.1. Tiempo de conflicto armado

La referencia efectuada al término de «tiempo de conflicto armado» ha supuesto una novedad respecto del anterior CPM, el cual se refería al concepto de «en tiempo de guerra», definido formalmente aunque, a nuestro juicio, no materialmente. Ciertamente, el término previsto en el art. 1.4 del CPM, al que se hace alusión en otros muchos preceptos penales del texto, se trataría de un concepto jurídico indeterminado, que deberá determinarse por los tribunales correspondientes caso por caso. Igualmente, es un elemento contextual del injusto que ocasionará que la punibilidad de la conducta reprochable sea mayor o que algunos injustos penales se militaricen si son cometidos en esta situación *de facto* por personal militar, como sucede con los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 9.2.a del CPM). Esta presunta indeterminación no puede hacernos pensar que nos hallemos ante un concepto que menoscabe la seguridad jurídica o el principio de legalidad, sencillamente, porque en el ámbito de la justicia penal internacional ya ha sido definido el término *conflicto armado* por los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc* de Ruanda y la antigua Yugos-

⁹⁰ De León Villalba, F. J., *op. cit.*, p. 135; Marchal Escalona, A. N., *Manual de derecho disciplinario de la Guardia Civil*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 34 y 35.

lavia y por la Corte Penal Internacional⁹¹. Sea como fuere, la situación de conflicto armado es una situación *de facto*, es decir, no puede quedar al arbitrio de las partes contendientes el decidir si existe dicha contienda armada o no, por lo que corresponderá a los tribunales resolver si una situación de violencia armada concreta alcanza el umbral de un conflicto armado. La aplicación íntegra del CPM a la Guardia Civil en la situación de conflicto armado es razonable, al contribuir directamente a la defensa nacional a causa de su naturaleza y organización militar, dependiendo directamente del ministro de Defensa en estos casos y siendo sus acciones coordinadas por el Consejo de Defensa Nacional, *ex art.* 25 de la Ley de la Defensa Nacional⁹². Asimismo, no resultaría extraño que durante esta situación los guardias civiles se integrasen en unidades militares, ya que estas serían las encargadas de llevar a cabo las operaciones militares, sin perjuicio de que el ministro de Defensa les pudiese encomendar otras misiones militares. Así pues, en esta situación cualquier cometido, servicio o función de los guardias civiles podría afectar directamente a la seguridad y defensa nacional, de ahí que determinados bienes jurídicos que en tiempo de paz resultaría difícil su menoscabo o puesta en peligro, en tiempo de conflicto armado sí podrían lesionarse, como por ejemplo lo valioso del servicio.

4.3.1.2. Estado de sitio

Esta situación es declarada por el Congreso de los Diputados, según establece el art. 116 de la CE y el art. 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Ciertamente, tenemos que diferenciar el estado de sitio de la situación de conflicto armado, toda vez que el primero constituye una situación *de iure* con una regulación propia y

⁹¹ El Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, en el caso Tadic, sostuvo que «un conflicto armado existe siempre que hay un recurso a la fuerza armada entre Estados o una situación de violencia prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado», *cfr.* caso Tadic, IT-94-1-AR72, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 de octubre de 1995, párr. 70; *cfr.* caso Lubanga de la CPI, sentencia de la CPI de 14 de marzo de 2012, Prosecutor *c.* Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, párr. 533. De la definición jurisprudencial antedicha se deduce que existen dos tipos de conflictos armados, los internacionales y los no internacionales, debiendo reunir estos últimos los presupuestos de intensidad de los enfrentamientos armados y organización de los grupos armados que luchan contra las fuerzas gubernamentales o contra otros grupos, para distinguir esta situación de las meras tensiones o disturbios internos.

⁹² Millán Garrido, A., *op. cit.*, p. 4.

el segundo es una situación *de facto*⁹³. El meritado art. 32 de la Ley Orgánica 4/1981, establece los presupuestos necesarios para que se declare el estado de sitio, a saber, la realización o amenaza de producirse una insurrección o un acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional. El contenido del precepto legal antedicho coincide con las misiones constitucionales encomendadas a las Fuerzas Armadas en el art. 8 de la CE, por ello no resulta extraño, sino más bien coherente, que en esta situación sea de aplicación en su integridad el CPM a la Guardia Civil, para salvaguardarse la totalidad de bienes jurídicos del orden militar, todos ellos vitales en este especial contexto. Como conclusión, aunque pueden existir escenarios en los que coincidan ambas situaciones, no es menos cierto que el estado de sitio puede declararse aunque no se haya producido agresión alguna contra la soberanía, la independencia o el ordenamiento constitucional, siendo suficiente una amenaza inmediata, cosa que no podemos decir del conflicto armado⁹⁴.

4.3.1.3. Cumplimiento de misiones de carácter militar

Anteriormente tuvimos ocasión de significar que la Guardia Civil tenía una doble dependencia, del ministro de Interior en el desempeño de las funciones que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, les confería y, a causa de su naturaleza militar, también del ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que pudieran encomendárseles, *ex art. 9.b)* de la meritada ley. Estas misiones militares no fueron concretadas hasta que se aprobó el Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, por el que se aprueban las misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil. Dicho esto, huelga reseñar que el conjunto de las susodichas misiones son *numerus apertus*, es decir, no se trata de un conjunto tasado de cometidos, todo lo contrario, el ejecutivo consideró preciso que fueran lo suficientemente amplias como para no limitar el potencial de la Guardia Civil en este campo⁹⁵. En este sentido, el

⁹³ Serrano Alberca, J. M., «La definición de tiempo de guerra», Comentarios al Código Penal Militar, Blecua Fragua, R., y Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. (coords.), Madrid, Civitas, 1988, p. 311.

⁹⁴ Cruz Villalón, P., Estados excepcionales y suspensión de garantías, Madrid, Tecnos, 1984, p. 108.

⁹⁵ Así, en el art. 3.a).3º del Real Decreto 1438/2010 se establece que: «Las misiones de carácter militar que podrán encomendarse a la Guardia Civil son las siguientes: (...) Aquellas otras actuaciones que se le atribuyan en el marco de las operaciones militares desarrolladas por fuerzas armadas españolas o multinacionales», y según el art. 3.c): «parti-

art. 2 del Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, ya nos ilustra sobre qué debemos entender por *misión de carácter militar*; al establecerse que:

«Son misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil las que dicho Cuerpo, por su naturaleza militar y preparación policial, es capaz de desempeñar mediante la integración de miembros de la Guardia Civil o de unidades del Cuerpo en estructuras militares de las Fuerzas Armadas españolas, y, excepcionalmente, en las de una organización internacional».

De esta norma se deduce que las misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil requieren una integración de sus miembros o de sus unidades en estructuras militares de las Fuerzas Armadas o de una organización internacional, todo ello siendo posible por la naturaleza militar del Cuerpo y por su sólida preparación policial. Esto último podría hacernos pensar que estas misiones solo pueden estar vinculadas a una labor policial, pero no es así, ya que entre las misiones que pueden mandarse hallamos la de ejecutar operaciones militares desarrolladas por las Fuerzas Armadas. La integración en la estructura militar de las Fuerzas Armadas para realizar las misiones de carácter militar determinará que se les aplique en su totalidad el CPM, circunstancia lógica, ya que los bienes jurídicos del orden militar quedarían desprotegidos frente a ciertas conductas que pudiesen cometer los guardias civiles en el cumplimiento de las misiones encomendadas. Tal es la necesidad de salvaguardar los valores del orden militar que los guardias civiles que cumplan misiones de carácter militar también estarán sujetos al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, según establece la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas⁹⁶.

4.3.1.4. Integración en unidades de las Fuerzas Armadas

Este es el último supuesto en el que se aplica en su integridad el CPM a los guardias civiles. Normalmente, si los guardias civiles están integrados

cipar en aquellas actividades de análoga naturaleza que determine el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa».

⁹⁶ En aplicación de esta disposición, la sujeción de los guardias civiles a este especial régimen disciplinario, el cual permite la imposición de sanciones privativas de libertad, se hará efectiva a partir del momento en que se les notifique individualmente esta circunstancia.

en unidades de las Fuerzas Armadas, es porque están cumpliendo misiones de carácter militar. Al estar integrados en unidades militares los guardias civiles pueden cometer los mismos delitos militares que cualquier otro componente de las Fuerzas Armadas, por ello resulta coherente proteger la totalidad de los bienes jurídicos salvaguardados por la norma penal militar. Durante el tiempo que permanezcan integrados en unidades militares también les será de aplicación el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

4.3.2. Segundo nivel: aplicación parcial del CPM

Este nivel constituye una de las principales novedades del CPM, toda vez que se ha determinado la aplicación parcial de una parte de la norma penal militar a la Guardia Civil en situaciones de normalidad y cuando no estén integrados en unidades de las Fuerzas Armadas o realizando misiones de carácter militar. En suma, la norma penal militar les resulta aplicable en todo momento y circunstancia, aun cuando estén llevando a cabo actos propios de naturaleza policial. Así, el art. 1.5 párrafo 1.º del CPM establece que:

«Fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el Título II del Libro Segundo de este Código».

Los delitos militares tipificados en el título II del libro II del CPM son los denominados delitos contra la disciplina, delito de sedición militar (capítulo I, arts. 38 a 41 del CPM), delito de insulto a superior (capítulo II, sección 1.ª, arts. 42 y 43 del CPM), delito de desobediencia (capítulo II, sección 2.ª, art. 44 del CPM) y delito de abuso de autoridad (capítulo II, arts. 45 a 48 del CPM). Estos delitos se caracterizan por que el bien jurídico primario que protege la norma penal militar es la disciplina, sin perjuicio de que se protejan otra serie de valores o intereses que también están salvaguardados en el Código Penal, como sucede con el delito de insulto a superior en su modalidad de calumniar o injuriar gravemente a un superior, previsto y castigado en el art. 43 del CPM, en el que además de la disciplina se protege la dignidad de la persona. La redacción del art. 1.5 párrafo 1.º del CPM puede deberse a la evolución jurisprudencial que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo llevó a cabo del art. 7 bis del CPM. A nuestro juicio, la aplicación a los miembros de la Guardia Civil de los delitos militares antedichos, en cualquier situación y aun estando realizando servicios propios de naturaleza policial, resulta acertada. Esta

posición se justifica ya que estamos ante delitos estrictamente militares, en los que se protege lo más valioso de cualquier institución de naturaleza militar, a saber, la disciplina. Este bien, el cual constituye una característica primordial de todo militar, *ex art. 7* de las ROFAS, y una norma de actuación del guardia civil, *ex art. 7.1.7* de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del Régimen del Personal de la Guardia Civil, debe imperar y ser protegido en todo momento, siendo indiferente que el militar/guardia civil esté prestando un servicio de naturaleza policial⁹⁷. Dicha disciplina no puede quedar desprotegida por el mero hecho de que los sujetos activos estén desarrollando un acto propio de naturaleza policial, simplemente, porque nos encontramos ante un interés capital dentro de este instituto armado, el cual hace que funcione con cohesión y con respeto y sujeción al ordenamiento jurídico y a las órdenes legítimas emanadas de los superiores⁹⁸. En suma, lo valioso de la disciplina encuentra su fundamento en la propia organización del instituto armado de la Guardia Civil, así como en su estructura jerarquizada, debiendo salvaguardarse en cualquier situación, tanto de paz como de conflicto armado. Pero, además, hemos de significar que tanto la subordinación como la jerarquía constituyen objetos valiosos que deben protegerse en cualquier circunstancia, estando vinculados directamente con la disciplina, tal y como previene el art. 16 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil⁹⁹.

⁹⁷ Pensemos en una situación en la que una pareja de la Guardia Civil persigue a un delincuente, decidiendo en un momento determinado el jefe de pareja, de empleo militar superior, que se detenga la persecución, negándose a ello el otro componente, iniciándose así una discusión en la que este maltrata de obra a aquel. Evidentemente, el injusto cometido lo ha sido en el seno de un acto propio de naturaleza policial, como es la persecución de un delincuente, menoscabándose distintos bienes jurídicos, a saber, la disciplina y la integridad física.

⁹⁸ Resulta interesante reseñar la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, en donde se ofrece una definición de disciplina próxima a la mantenida en este estudio; así dicha resolución judicial indicó que «la disciplina constituye un valor nuclear de la organización castrense, de la que forma parte el Cuerpo de la Guardia Civil en cuanto Institución cuya naturaleza militar ha sido invariablemente proclamada. Tenemos dicho que “la disciplina no es otra cosa que el acatamiento del militar, en todos sus actos, del conjunto de normas que regulan el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, y ese acatamiento, con su conducta y con sus palabras, asegura la eficacia de las misiones que tienen encomendadas, de tal manera que así la disciplina se proyecta en la estricta observancia de los deberes militares y constituye virtud esencial de los Ejércitos que, conforme al art. 10 de las Reales Ordenanzas, forman una Institución disciplinada, jerarquizada y unida, lo que es igualmente aplicable de las Instituciones militarmente organizadas”».

⁹⁹ El artículo 16 de la Ley 11/2007, de 22 de octubre, establece que «Los miembros de la Guardia Civil deberán adecuar su actuación profesional a los principios de jerarquía, disciplina y subordinación. En ningún caso la obediencia debida podrá amparar el cum-

Tampoco podemos omitir las dificultades en las que van a encontrarse los operadores jurídicos en la aplicación de determinados tipos sancionadores de naturaleza militar, pues algunos de ellos sancionan comportamientos casi idénticos, por no decir que idénticos, como sucede con la falta muy grave tipificada en el art. 7.15 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y el art. 44 del CPM¹⁰⁰, preceptos ambos que castigan la desobediencia. Aun así, deberá esperarse a la interpretación que realicen los tribunales competentes al efecto, siendo esto un tema distinto cuyo análisis excedería del asunto aquí estudiado.

4.3.3. Tercer nivel: aplicación condicionada del CPM

Este último nivel de aplicación del CPM no resulta del todo novedoso, pues es una herencia del anterior art. 7 bis del CPM de 1985, pudiendo aplicarse la norma penal militar al guardia civil siempre que el injusto no sea cometido durante un acto propio del servicio de naturaleza policial. Así, el art. 1.5 párrafo 2.º del CPM establece que:

«También se aplicará a las mismas personas por la comisión de los delitos tipificados en los Títulos I, III y IV del Libro Segundo, excluyendo en estos supuestos aquellas acciones u omisiones encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial».

El legislador ha decidido que determinados delitos militares solamente sean de aplicación a los guardias civiles cuando no sean cometidos en el seno de actos propios de naturaleza policial. Esto no comporta que la norma penal militar no sea de aplicación a todo guardia civil cuando esté de servicio; lo relevante y decisivo para la exclusión de la aplicación de la

plimiento de órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes».

¹⁰⁰ El artículo 7.15 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, tipifica como falta muy grave «la desobediencia grave o la indisciplina frente a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que estas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico», mientras que el artículo 44.1 del CPM dispone que «el militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión». Como puede apreciarse, los elementos que conforman los tipos sancionadores son cuasi idénticos, incluso la infracción disciplinaria contempla un elemento del delito requerido por la jurisprudencia, a saber, la gravedad de la desobediencia, de ahí la dificultad de calificar un comportamiento desobediente.

norma penal militar es que el injusto cometido lo sea en un acto propio de naturaleza policial que no suponga una actuación *ad intra* de esta institución armada, es decir, durante una acción u omisión directamente relacionada con la ciudadanía. Debemos tener presente que el estar de servicio es una situación en la que no todos los actos efectuados están relacionados con un acto propio de naturaleza policial¹⁰¹.

4.3.3.1. Delitos contra la seguridad y defensa nacional

La aplicación de estos delitos resulta condicionada, pero la consideramos adecuada por los bienes jurídicos que esta norma protege, a saber, lo valioso de la seguridad y defensa nacional, objetos totalmente merecedores de una protección penal especial cuando el infractor es un militar, a causa, esencialmente, de los deberes y obligaciones a los que se encuentran sometidos los militares, *inter alia*, la defensa de España incluso con la entrega de la vida.

4.3.3.2. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares

Los delitos tipificados en el título III del libro II del CPM protegen los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares. Si bien es cierto que tales bienes están también protegidos en el Código Penal, no es menos cierto que los delitos tipificados en los arts. 49 y 50 del CPM incorporan una serie de elementos que incrementan el desvalor de la acción, pues deben ser cometidos públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o Guardia Civil (acuartelamientos, buques de la Guardia Civil, pabellones, etc.) o en acto de servicio. Estos presupuestos hacen que la protección de los bienes antedichos en la norma penal común no sea ade-

¹⁰¹ Los delitos militares que pueden imputarse a los guardias civiles en este tercer nivel de aplicación son los de traición militar, espionaje militar, revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional, atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacional, incumplimiento de bando militares, delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar, ultrajes a España e injurias a la organización militar, delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, delito de cobardía, deslealtad, contra la presencia y prestación del servicio, contra los deberes del mando, quebrantamiento del servicio, delitos de omisión del deber de socorro, delitos contra la eficacia del servicio y contra otros deberes del servicio.

cuada, ya que no se da una respuesta penal acorde y proporcionada al injusto cometido; por ello, entendemos que deben protegerse mediante la norma penal militar. Los bienes jurídicos que se salvaguardan en estos tipos penales los hemos denominado como secundarios del orden militar, *nomen iuris* que no supone, en ningún caso, que no se traten de auténticos objetos valiosos para las instituciones militares, a causa de las circunstancias concretas en que pueden lesionarse, todas ellas vinculadas con el orden militar, constituyendo auténticos criterios de atribución de jurisdicción para los tribunales militares. Estos criterios deben concurrir para que estos delitos estén relacionadas con el orden militar, ya que no es lo mismo que los injustos se cometan en espacios privados o lugares públicos, en los que la seguridad pública no está plenamente garantizada, que si se cometen en establecimientos afectos a la Guardia Civil, en donde se presupone un nivel de seguridad adecuado para garantizar tales bienes. También si se cometen durante el servicio el orden militar se ve afectado, pues la finalidad primaria del servicio no es otra que garantizar la seguridad ciudadana, resultando todavía más reprochable que durante esta situación se lesionen los bienes antedichos. Por último, si el injusto se comete públicamente, también el orden militar resultará perjudicado, ya que la imagen de la Guardia Civil se vería erosionada, tratándose igualmente de un interés digno de protegerse, cuyo fundamento se halla en el art. 7.1.13 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del Régimen de Personal de la Guardia Civil, donde se establece que el guardia civil evitará todo comportamiento que pueda comprometer el prestigio del Cuerpo o la eficacia del servicio que presta a la sociedad.

4.3.3.3. *Delitos contra los deberes del servicio*

En nuestra opinión, la aplicación, aun condicionada, a los guardias civiles de los delitos militares tipificados en el título IV del libro II del CPM resulta discutible. Recordemos que la razón de ser del derecho penal militar era salvaguardar los bienes jurídicos del orden militar, tales como la seguridad y defensa nacional, la disciplina, la jerarquía, la subordinación, la organización militar, la lealtad, etc. Entre los fundamentos de protección de estos bienes encontramos el correcto desempeño de las misiones constitucionales previstas en el art. 8 de la CE, las cuales se refieren exclusivamente a las Fuerzas Armadas, no estando, pues, comprendidas dentro de dicho precepto las misiones ordinarias y cotidianas encomendadas a la Guardia Civil, cuyo encaje constitucional se halla en el art. 104 de la

CE¹⁰². El servicio no cabe duda de que se trata de algo valioso que debe protegerse penalmente en todo momento y circunstancia, eso sí, cuando nos refiramos a un servicio militar, el cual se encuentra vinculado a las misiones constitucionales encomendadas a las Fuerzas Armadas. Cuestión distinta es el servicio ordinario de los guardias civiles, el cual normalmente no difiere mucho de los llevados a cabo por otros cuerpos y fuerzas de seguridad del estado.

El art. 6.1 del CPM define los actos de servicio como:

«Son actos de servicio, a los efectos de este Código, todos los que tengan relación con las funciones que correspondan a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos».

El CPM no distingue entre servicios militares o policiales, simplemente se remite a las misiones o funciones que corresponden a los guardias civiles. Ahora bien, creemos que el menoscabo ocasionado a los servicios propios de naturaleza policial no debería estar sujeto a la norma penal militar, bien porque podría tratarse de actos encuadrables en actos propios del servicio, rigiendo así la exclusión de la norma penal militar, *ex art.* 1.5 párrafo 2.º del CPM, bien porque en aplicación del principio de *ultima ratio* podrían ser sancionados en sede disciplinaria¹⁰³, al no estar directamente vinculados con las misiones previstas en el art. 8 de la CE¹⁰⁴. Cuestión distinta es cuando los guardias civiles están desarrollando misiones de carácter militar o están integrados en unidades de las Fuerzas Armadas, ya que en estos casos los servicios que prestan serán militares. Sea como fuere, la realización de servicios ordinarios no perjudica ni cuestiona de manera alguna la naturaleza militar de la Guardia Civil¹⁰⁵. En definitiva, si

¹⁰² Cfr. López Arauzo, J. A., op. cit., pp. 170 y ss.; el art. 104 de la Constitución Española dispone que «Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

¹⁰³ Cfr. Cuello Contreras, J., op. cit., p. 474; López Lorca, B., op. cit., p. 92.

¹⁰⁴ Recordemos que la sentencia 60/1991, de 14 de marzo, del Tribunal Constitucional determinó que el término «estrictamente castrense» del art. 117.5 de la CE, el cual fundamenta la validez de la jurisdicción militar, estaba relacionado con el objetivo, fines y medios puestos a disposición de las Fuerzas Armadas, es decir, la organización bélica del estado; con la naturaleza del delito, con los bienes jurídicos protegidos o los intereses salvaguardados, que han de ser estrictamente militares; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y con el hecho de que el sujeto activo sea considerado *uti miles*, por lo que la condición de militar sería relevante para determinar el ámbito estrictamente castrense.

¹⁰⁵ Cfr. López Arauzo, J. A., op. cit., p. 175.

el injusto cometido no afecta a algo valioso del orden militar, no debería estar sometido al CPM, entendiendo que el servicio ordinario de seguridad ciudadana y protección de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos no afecta al orden militar, cosa que sí ocurre con la disciplina, jerarquía, subordinación u organización militar, de ahí la naturaleza militar de este instituto armado¹⁰⁶. Aun así, existen delitos militares que, además de proteger el servicio, protegen otros objetos valiosos, como el deber permanente de disponibilidad para el servicio, la lealtad o la solidaridad con los compañeros. En estos casos, al encontrarnos ante injustos pluriofensivos, consideramos que la norma penal militar sí debería aplicarse a los guardias civiles, siempre que este otro bien pertenezca al orden militar, como sucede con el delito de abandono de destino (art. 56 del CPM) o el de deserción (art. 57 del CPM), que protegen la disponibilidad permanente para el servicio. Igualmente, el injusto tipificado en el art. 59 del CPM en su modalidad de inutilizarse, simular enfermedad o lesión o emplear cualquier otro engaño para eximirse del cumplimiento de los deberes, podría imputarse a los guardias civiles si el deber eludido es propiamente militar, lo que implicaría que el servicio puesto en peligro sería de esta naturaleza.

5. CONCLUSIONES

La naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil hace que sus componentes sean militares de carrera y por ende estén sujetos a las leyes penales y disciplinarias castrenses, residiendo aquí el principal fundamento de su sujeción al CPM. Asimismo, la *ratio essendi* de la existencia del derecho penal militar radica en la protección de bienes jurídicos del orden militar, los cuales podemos calificar como primarios, compartidos y secundarios. Cuando estos bienes jurídicos son puestos en peligro o lesionados mediante determinadas agresiones, la norma penal militar será de aplicación, pudiendo ser los guardias civiles potenciales sujetos activos de los delitos militares que protegen estos objetos valiosos del orden militar. Para clarificar esta tesis, el nuevo CPM ha configurado unos niveles de aplicación de la norma penal militar a la Guardia Civil. Así, en caso de conflicto armado, estado de sitio, realización de misiones de carácter militar o integración en unidades de las Fuerzas Armadas, el CPM resulta de aplicación en su totalidad a los guardias civiles. Esto resulta proporcionado y lógico, pues en estas circunstancias los guardias civiles pueden desempeñar mi-

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 224.

siones estrictamente militares y estar encuadrados en unidades militares, lo que supondrá que todos los bienes jurídicos de la norma penal militar puedan ser puestos en peligro o menoscabados, incluido lo valioso del servicio. Fuera de este supuesto, los delitos contra la disciplina serán aplicables a la Guardia Civil en todo momento y circunstancia, algo natural, dado que la disciplina es un valor capital dentro de la institución que debe estar protegido en toda situación. El resto de delitos tipificados en el CPM, a excepción de los relativos contra el patrimonio en el ámbito militar, solamente serán de aplicación cuando no sean encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. A este respecto, consideramos que muchos de los delitos tipificados en el título IV relativos a los delitos contra los deberes del servicio no podrían ser imputados en situaciones de normalidad a los guardias civiles, bien porque se tratarían de actos propios de naturaleza policial, bien porque en aplicación del postulado de *ultima ratio* deberían ser sancionados en sede disciplinaria, toda vez que lo valioso del servicio estaría en conexión con las misiones constitucionales previstas en el art. 104 de la CE y no con las estipuladas en el art. 8 de la CE, que son el fundamento de la existencia de los bienes jurídicos del orden militar que deben salvaguardarse en sede penal. Por ello, lo valioso del servicio no militar debería protegerse mediante las infracciones disciplinarias tipificadas en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre.