SENTIDO Y ALCANCE DE LA ACTUAL LEY PENAL MILITAR ESPAÑOLA

Por Francisco Jiménez y Jiménez

General Consejero Togado

*Vicepresidente de la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia
Militar*

(Publicado en el núm. 65 de la «Revista Española de Derecho
Militar», enero-junio 1995)

SENTIDO Y ALCANCE DE LA ACTUAL LEY PENAL MILITAR ESPAÑOLA

Francisco Jiménez y Jiménez
General Consejero Togado
Vicepresidente de la Comisión
para el Estudio y Reforma
de la Justicia Militar

SUMARIO

I. HACIA UN NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR.—2. INNOVACIONES: 1. DE TÉCNICA LEGISLATIVA. 2. DE POLÍTICA CRIMINAL. 3. DISPOSICIONES GENERALES. 4. DE LOS DELITOS MILITARES EN PARTICULAR.

I. HACIA UN NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR

Cuando en términos paralelos a Italia el legislador español hubo de adaptar el Código de Justicia Militar de 1945 a los imperativos de la Constitución de 1978, limitó la tarea reformativa a algunos puntos, pero la propia Ley de 8 de noviembre de 1980 asignó a una Comisión especial la elaboración de un proyecto articulado de Código o Códigos referentes a la Justicia Militar, que supusiese una reordenación y modernización legislativa, sujeta a las coordenadas que se dirán.

No se trató, pues, de una reforma parcial, sino de la elaboración de un nuevo Código o Códigos que habían de reflejar debidamente nuestros principios constitucionales, el de especialidad de nuestra jurisdicción y los progresos ofrecidos, tanto por la moderna ciencia jurídico-penal como por el derecho comparado de familias jurídicas afines pertenecientes a nuestro ámbito cultural; y esto último, no por novedad o mimetismo, sino por lógicos imperativos de mejora y aun de una deseable coordinación de estructuras jurídicas, paralela o congruente con la coordinación de estructuras militares, nacida de alianzas o de acciones conjuntas de sus Fuerzas Armadas.

No cabía, por tanto, persistir en una línea inmovilista respecto de una legislación cuyas paredes maestras se construyeron hace un siglo, que no han recogido enseñanzas de muchas guerras, ni de los ordenamientos jurídico-penales castrenses de los demás países, la mayor parte de los cuales son posteriores a 1945, contienen un nuevo elenco de materias y son de técnica más depurada y simple, amén de obedecer a políticas criminales diversas. Pero esto no quiere decir que haya que hacer tabla rasa de unas leyes que nos han resuelto satisfactoriamente muchas situaciones y cubierto durante tanto tiempo un peculiar espacio jurídico, sino de que en un esfuerzo de actualización, se recojan progresos penales y se propugnen Tribunales Militares de signo judicialista, con una justicia tecnificada, unas leyes penales culpabilistas, despojadas de compañías disciplinarias y administrativas que les son ajenas y de unas normas procesales más ágiles y con más garantías para el justiciable.

II. INNOVACIONES

Las principales innovaciones y aspectos del Código Penal Militar son:

1. *De técnica legislativa*

A) La promulgación por separado (que no excluye —como sucede en Brasil— lo sean coetáneamente) de las leyes penales, de las leyes procesales y de las orgánicas de Tribunales, no es técnica solamente propia de la legislación común, sino que, en la esfera militar española, se entronca con la presentación, también separada, precisamente en nuestros mejores Códigos penales castrenses —el del Ejército, de 1884, y el de la Marina de Guerra, de 1888—, los cuales dejan aparte las materias de organización y procedimiento para limitar su contenido al Derecho penal material. Y, en términos generales, puede constatarse que sucede igual en el extranjero, con las leyes penales militares de los países anglosajones, germánicos, soviéticos (que aunque las ofrezcan junto a las comunes, están en distintos cuerpos legales que las procesales y orgánicas) y aun otros latinos de Hispanoamérica y de Europa, tales como los Códigos modernos de Brasil, Italia y Portugal, y las reformas de Suiza y Bélgica, solamente consagrados a lo penal militar.

Se abandona así un sistema que de hecho propicia lo que podría llamarse un «Código-vademécum», donde, por acarreo histórico, infrecuentemente depurado, las principales leyes usadas por el aplicador del Derecho cas-

trense aparecen mezcladas con abundantes materiales ajenos a la Justicia Militar. Y se abandona no sólo para diferenciar contenidos heterogéneos, sino porque la proliferación y dispersión a lo largo del ordenamiento jurídico nacional, de las leyes mediata o inmediatamente aplicables y la creciente tecnificación que su manejo requiere, hacen inadecuada la presentación confusa e insuficientemente compendiada de cuestiones —algunas puramente reglamentarias—, que responden a naturalezas y principios distintos y que, al contener vigencias netamente circunstanciales, aconsejan la articulación separada de esos tres cuerpos de leyes, lo que permitiría, además, una más fácil puesta al día de la normativa cambiante.

Por todo eso, las leyes penales militares se codifican sin compañías que les sean ajenas.

B) Otra cuestión de técnica legislativa que se mueve en una misma línea de separación de lo heterogéneo y de simplificación del contenido de las leyes penales militares es, siguiendo lo dispuesto en la 2.^a Disposición Final de la Ley 9/80, radiar de aquéllas toda la materia disciplinaria, que por carecer de naturaleza delictiva y no caer dentro del campo jurisdiccional de los Tribunales Militares, tiene su adecuado lugar en la Ley Disciplinaria que se promulgue coetánea pero separadamente, ofreciendo un ancho e interesante contenido, de eficacia mayor y más inmediata para el mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas, que queda en manos del Mando militar, al que se dota de este básico resorte no judicial, deslindado de lo penal con toda nitidez formal, ya que materialmente la delimitación no se considera viable por la doctrina.

Se ha extremado el cuidado en la separación de contenidos y jurisdicciones, especialmente con la decisión de suprimir las faltas graves, transformando buena parte de ellas en delitos menores y ofreciendo en éstos y en todos los supuestos dejados en el campo penal, las garantías de defensa y vías de recurso que sean propias de las infracciones delictivas, de que se carecía para las dichas faltas en el sistema antes vigente en España. Pero se es consciente de que, para la distinción del ilícito penal y del disciplinario, no hay notas internas diferenciales, debiendo, desde luego, despenalizarse las infracciones en las que la desvalorización ética es mínima y atenerse para la ubicación de delitos o faltas en uno u otro campo, a criterios de la mayor o menor gravedad de los mismos o a las necesidades de una rápida represión, prevaleciendo, en definitiva, un criterio formal que deje exclusivamente los delitos dentro del Derecho penal militar, excluyendo de él las faltas militares, las cuales, un tanto residualmente, van a parar a un nuevo y cuidado derecho disciplinario castrense.

C) Teniendo las leyes penales militares el carácter de leyes penales especiales respecto de las comprendidas en el Código penal común, se ha planteado otro problema de técnica legislativa: el de presentarlas como Código integral, es decir, como cuerpo de leyes que regule toda la materia penal necesaria en la esfera judicial castrense (a cuyo efecto se incorporarían al mismo todos aquellos preceptos comunes requeridos para la completa configuración y tratamiento de los delitos militares), o bien elaborar un Código penal castrense limitado a consignar aquellos particularísimos que le son propios y necesarios, especialmente las figuras delictivas que describan conductas atentatorias a los bienes jurídicos que ha de defender, remitiéndose para el resto, singularmente en las disposiciones generales, a los preceptos del Código penal común que, en cuanto no contradigan lo dispuesto en el militar, completan éste sin acudir a duplicidades innecesarias o a crear diferencias generadoras de serios problemas de interpretación o aplicación. Se trata, en suma, de optar por el sistema de copia o por el de referencia.

La doctrina y las legislaciones posteriores a la II Guerra Mundial abandonan la técnica del Código integral, y aun el Código de Justicia Militar de 1945 sólo la siguió parcialmente, sin duda por pensar todos que, siendo los mismos principios fundamentales los que rigen en ambas esferas penales, la simplificación y economía de artículos no suponía para la Jurisdicción castrense una reducción del arsenal de preceptos que necesita, pues el ordenamiento jurisdiccional del país los pone a su disposición y su uso es sencillo para el jurista, que es quien, lógicamente, ha de manejarlos. Pero no se ha podido avanzar plenamente por el camino de reducir la parte general a los contenidos peculiares de la esfera militar, de necesaria configuración especial, porque, a la sazón, el Proyecto de nuevo Código penal, de factura distinta al vigente, no tenía próxima su aprobación y, por tanto, no pueden hacerse generosas remisiones ni a un texto en trance de desaparecer, ni a otro no nacido. Es por ello que en medida mayor a la deseable, se insertan algunas normas comunes con duplicidades que en otras circunstancias holgarían.

D) Tampoco se han podido lograr reducciones sustanciales en la extensión del Código, articulando uno breve, como es uso actual de los Códigos penales militares modernos, que apenas sobrepasan los cien artículos (el Anteproyecto belga no alcanza los noventa), porque, amén de no poder limitarse a lo especial, como arriba se explicó, se han regulado con mayor amplitud los delitos contra las leyes y usos de la guerra, contra la Hacienda Militar y sobre todo los concernientes a los deberes del servicio relaciona-

dos con la navegación militar aeronaval. En general, se ha pretendido, no obstante, una mayor sencillez y flexibilidad en las figuras delictivas.

E) Ante el temor de llegar a una excesiva dispersión de preceptos, no se ha seguido la pauta de algunos países que, a través de Títulos o aun Códigos distintos, agrupan separadamente las normas penales propias de tiempos de paz de las que responden a tiempos de guerra, en las que la necesidad impone preponderancias sobre valores o bienes jurídicos vigentes en circunstancias normales. Nos hemos limitado a colocar, junto a las respectivas figuras delictivas propias del tiempo de paz, las descripciones o variantes para el tiempo de guerra.

F) El Libro correspondiente a las Disposiciones Generales se halla cuidadosamente separado del destinado a los delitos militares en particular, los cuales se agrupan con sistemática y ubicación muy diferente a las que ofrece el Código de Justicia Militar de 1945, sin que entremos aquí, sino, a lo sumo, en la explicación de los respectivos Títulos y Capítulos, y en pormenorizar algunas de las razones de los cambios, dejando en todo caso constancia de que se ha tenido especial cuidado en proteger sólo bienes jurídicos militares afectantes a las Fuerzas Armadas y en los que la participación como sujeto activo del militar es circunstancia principal, aunque no se excluya la excepcional participación de reos no militares.

2. *De política criminal*

A) Por imperativos constitucionales, la pena de muerte sólo se prevé para tiempos de guerra. No se establece en ningún caso como pena única, sino como pena alternativa. Se suprime, finalmente, el destino a Cuerpo de Disciplina que, aun regulándolo en forma que respetase los principios constitucionales, no responde hoy a los criterios dominantes en penología, ni a un sistema penitenciario acorde con los postulados de política criminal que se mantienen.

B) La prevención general domina sobre la especial, sobre todo en tiempos de guerra, ante la necesidad de un pronto y ejemplar castigo, sin que la brevedad del tiempo que el soldado suele permanecer en filas permita dar ancha cabida a los fines de corrección o reinserción en la vida social, que caen fuera del quehacer castrense, ni tampoco, de acuerdo con los condicionamientos imperantes en la esfera militar y a los que el Código ha de responder, hacerse eco de fórmulas mitigadoras de los males de las penas cortas privativas de libertad aplicables a los militares sancionados

por delitos militares, a quienes tampoco se aplica la suspensión condicional de la condena.

C) La nota de severidad, tradicionalmente atribuida a las leyes penales militares, no está tanto en la cuantía de las penas como en la incriminación especial y aún rigurosa de algunos actos que, desde una óptica común, pueden parecer no muy trascendentales, como, por ejemplo, las pequeñas negligencias o ignorancias de deberes técnicos, las exigencias en la prestación del servicio de centinela, etc. No obstante, se ha procedido a una considerable suavización y flexibilización de las penas de privación de libertad, manteniendo un amplio arbitrio para su graduación, bien que se exija el razonar en la sentencia la individualización penal que se haga, a fin de garantizar en la casación su correcto uso.

D) Como ya dijimos más arriba, se ha juzgado conveniente incrementar las previsiones legislativas en las siguientes áreas, a las que se destinan Títulos amplios y autónomos: la de las leyes y usos de la guerra, tanto en atención a Convenciones internacionales suscritas por España como a la creciente incidencia de lo internacional en las leyes penales militares, que plantea cuestiones comunes a los Ejércitos de todas las naciones que, ante eventuales alianzas, aconseja estructuras punitivas aproximadas o coordinables; la de los delitos cometidos por infracción de normas del servicio de navegación militar aérea o naval que, provenientes o no del antiguo Código Penal de la Marina de Guerra, conviene plasmar amplia y ordenadamente; y la de los delitos contra la Hacienda Militar, que requieren más explícitas y minuciosas tipificaciones, encaminadas a una mejor defensa de los intereses económicos del Estado.

3. *Disposiciones generales*

A) En el pórtico del Código penal militar se hace figurar el principio de legalidad, como piedra angular del derecho penal de nuestro tiempo y también de las leyes penales militares españolas que, al definir el delito militar, siempre han puesto el acento en que los hechos que se reputen delictivos estén penados por la ley penal militar.

B) Otro principio actual y básico que caracteriza al Código es el de culpabilidad, radiando de las leyes penales militares preceptos como los de los artículos 363 y 338 del Código de Justicia Militar, al igual que ya lo fue por la Ley Orgánica 9/1980, el párrafo 2.º del 296. Las acciones u omisiones para que sean constitutivas de delito, además de ser típicamente

antijurídicas han de ser culpables, a título de dolo o culpa, tal como se exigirá al definir el delito militar.

C) Los principios de igualdad y de retroactividad de la ley penal más favorable se establecen en los términos consagrados por el Derecho penal, y asimismo los de especialidad y separación de la esfera disciplinaria, en los términos ya explicitados más arriba al hablar de las cuestiones de técnica legislativa. Todos se traen aquí, para reafirmar la identidad esencial con los que gobiernan las leyes penales comunes, de las que las militares se consideran especiales, más que por su naturaleza por las necesidades a que responden.

Finalmente, en el capítulo primero, se agrupan y reordenan diversas definiciones de conceptos frecuentemente empleados a lo largo del Código, para facilitar su inteligencia; finalidad marco al que deben entenderse limitadas estas definiciones, aunque algunas sean traídas de otras leyes que también las contienen con tal carácter.

D) En cuanto a lo que concierne a las bases sobre qué asentar la aplicación de la ley penal militar, es obvio que la territorial no siempre se aviene con la movilidad del Ejército en campaña, ni tampoco la nacionalidad es criterio rector inalterable, pues extranjeros suele haber a su servicio y extranjeros son los territorios en que pueda operar. Por eso ha de tenerse en cuenta también la llamada ley de la bandera, que agrupa a los hombres destinados al combate con ocasional independencia de nacionalidades y espacios.

E) Siguiendo la tradición —no siempre aceptada— de definir en los Códigos el delito militar, se persigue con la definición una doble finalidad: de un lado, dejar zanjado el reproche de que, al omitir, como hacía el artículo 181 del Código de 1945, el empleo de la palabra «voluntarias», se está dando amplia cabida en las leyes penales militares a una base de responsabilidad objetiva, que no exige siempre la presencia en el reo de una voluntad antijurídica; y de otra, afirmando la exigencia de una culpabilidad del autor, asentarla sobre los tradicionales supuestos de intención o imprudencia, de dolo o culpa, sin la existencia de una de cuyas manifestaciones de voluntad no hay delito militar posible, como no hay delito común punible. Cierto que la más inequívoca forma de definirlo sería la vía formal de caracterizar la sustancia delictiva simplemente por el mero hecho de alojarla en la ley penal, pero hemos querido situar nuestras leyes dentro de un derecho penal culpabilista, aunque sin adentrarnos en especificaciones sobre el sentido o límites de aquéllas, que son mejores de ver al contemplar el catálogo de infracciones recogidas, básicamente girando en torno a la disciplina, los deberes del servicio y la tutela penal de los

valores asignados o inherentes a la naturaleza y fines de las Fuerzas Armadas.

La amplia incriminación de conductas constitutivas de delito militar que se hace en el Libro II se centra especialmente en los «delitos exclusiva o propiamente militares» (en los que el militar quebranta un deber inherente a la profesión de las armas, sin perjuicio de que también puedan ser responsabilizados por ellos los no militares, por la vía indirecta de la participación de «stranei»). Pero se extiende, también excepcionalmente, a especiales casos afectantes al servicio y a los intereses del Ejército, en que los paisanos pueden ser sujetos activos directos de un ataque a la Institución Armada, como igualmente sucede con los delitos pluriofensivos, donde el delito es originariamente común, pero al cometerlo el militar, se daña al Ejército además de al bien jurídico tutelado por la legislación ordinaria, por lo que la incriminación lo hará delito militar, formal y materialmente.

F) Abandonando los criterios de repetitividad y pretensión de mejora del Código de 1945 respecto de los textos penales comunes atinentes a las causas de exención de responsabilidad criminal, se opta aquí, en base principal al principio de especialidad de las leyes penales castrenses, por la fórmula de reenvío al Código penal común, salvo los supuestos en que las exigencias de la vida militar obligan inexorablemente a una formulación distinta.

Se ha entendido que en las causas de imputabilidad no hay serios particularismos que la esfera militar pueda ofrecer respecto de su concepto y alcance, porque, o se tiene capacidad para conocer y querer o no se tiene, y con que nos diga el Código penal ordinario quiénes la tienen y quiénes no la tienen debe bastar. Menos claro parece ser lo tocante a la embriaguez o intoxicaciones que, si determinan pérdida total de las facultades psíquicas, podrían reconducirse al trastorno mental transitorio, y si no fueran completas jugarían como atenuantes, constitutivas por lo demás de autónomas infracciones sancionables en vía disciplinaria.

En lo tocante a las causas de justificación, la legítima defensa, tanto en la triple formulación de nuestras leyes penales antiguas como en la refundida del Código penal, tienen holgada cabida las exigencias de la vida militar, sin que afecte al problema de la configuración de la eximente el supuesto que para el superior se ofrece a veces en nuestra esfera de sí, ante la agresión ilegítima del inferior, prima el derecho a defenderse, repeliéndola en el ámbito de la legítima defensa, o por el contrario, prevalece el deber de mantener la disciplina, reprimiéndola conforme a derecho y amparándose enton-

ces de las consecuencias de su acción, en la exigente de haber obrado en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que asimismo ampararía, con una interpretación adecuada, lo que la legislación italiana llama «casos particulares de necesidad militar». En todo caso, la formulación amplia que las leyes comunes hacen del estado de necesidad y del cumplimiento de deberes civiles o militares (que no pueden catalogarse en una ley penal), es suficientemente elástica para su utilización en la esfera militar, sin necesidad de modificaciones o repeticiones.

El espinoso problema de la obediencia debida ha sido objeto de recientes regulaciones encaminadas a separarse del viejo concepto de la obediencia ciega, para exigir en el inferior que obedece (y por supuesto en el superior que ordena) una especial atención a que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes, que la redacción legal concreta en «aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución», extremo este último ya contemplado en nuestras leyes fundamentales del siglo XIX. Y a este respecto, bueno es citar que la Ley Constitutiva del Ejército Español, de 9 de junio de 1821, hace más de ciento sesenta años, pues, avanzaba en el caminar de la tesis de las bayonetas ciegas a la de las bayonetas inteligentes, refiriendo en su artículo 8.º que, «ningún militar obedecerá al superior que abuse de la fuerza armada» en los supuestos, iguales a los hoy vigentes, que constituyen el delito de rebelión militar.

La fórmula contiene una cualificación para el inferior (que advierta el que su cumplimiento entrañe «de modo manifiesto» la ejecución de un delito), encaminada a patentizar que el grave alcance que supone lo ordenado, conlleva para los unos y los otros, limitaciones y reflexiones en vez de ligerezas e impunidades, cuando se trata de ejecutar un delito, cualquiera que sea su naturaleza y gravedad. Se presupone que la orden de que se trate ha de provenir de superior jerárquico competente para impartirlas, ha de versar sobre asuntos del servicio y tener mínimas formalidades; completándose esta materia con las importantes precisiones, que el militar ha de conocer bien y que se consignan en los artículos 32, 34 y 84 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, y, destacadamente, con la regulación del delito de desobediencia, marco natural del desarrollo de esta causa de justificación del cumplimiento de los mandatos antijurídicos del superior, excepcionada por la notoriedad de su ilicitud, pero completada por la posible concurrencia del error o de la coacción, regulados conforme a la legislación común.

G) Es en el campo de las atenuantes y no en el de las agravantes donde se plasman especialidades a tener en cuenta dentro de la esfera castrense. Una de ellas es la conveniencia de sustituir, por inútil en la práctica e innecesaria en la doctrina (que canaliza el problema por los cauces del error de derecho), la circunstancia atenuante de «no haberse leído a los individuos de tropa o marinería las disposiciones de este Código, con anterioridad a la comisión del delito». Sobre que, como se apunta más arriba, la práctica de tal lectura es deficiente, no conduce a ninguna certeza de que haya desaparecido en el inculpado de que se trate la ignorancia de las leyes penales militares. Por lo que se opta por otro camino más realista; reconociendo efectos atenuatorios a la breve permanencia del soldado en las filas del Ejército, de acuerdo con lo consignado en algunas legislaciones extranjeras.

H) En materia de penas, se ha procurado recortar un tanto la prolijidad de las mismas y la extensión de su tratamiento legal, suprimiendo respecto del Código de Justicia Militar de 1945, las penas de degradación (como lógico corolario de haber desaparecido la publicidad de la ejecución de la pena de muerte), y la de destino a Cuerpo de Disciplina, que resultan afectadas negativamente por imperativos constitucionales. Se añade, en cambio, por razones de política criminal, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar, que permite en su caso la utilización discrecional, en otros ámbitos de las esferas militares, de las condiciones positivas que puede tener el profesional, un día responsable de accidente o fallo técnico de largo alcance.

Pero la mayor clarificación se hace en materia de penas privativas de libertad, donde se suprimen los grados, fijándose más reducidos límites en cada delito, y moviendo la extensión global de la pena genérica de prisión entre los tres meses y un día, que en principio la separa de los correctivos disciplinarios, y el tope de los veinticinco años de prisión, que en caso de pena superior o concurso, puede llegar a los treinta años. Además, en razón del principio de especialidad, se han suprimido algunas disposiciones de carácter general que constituyen mera repetición de las del Código penal ordinario.

I) Se mantiene, de acuerdo con la doctrina y el Derecho comparado, un más amplio arbitrio judicial de los Tribunales militares, quienes, dentro de los límites de pena señalados para cada delito, tras el subsiguiente juego de circunstancias modificativas aplicables, pueden moverse con holgura, sin sujeción a la aritmética penal de grados, sino sólo guiados por los criterios subjetivos u objetivos que se señalan como reglas generales del

Capítulo IV, donde sólo se obliga al Tribunal a explicar en la sentencia los fundamentos de la individualización penal llevada a cabo.

J) Y en cuanto al cumplimiento de las penas, se mantiene en términos generales el principio de separación de establecimientos militares y comunes, donde según la clase de delitos y delincuentes, irán destinados los reos. Asimismo, y cual sucede en otros países, se mantiene la excepción para los militares condenados por delitos militares de la aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena; y ello por razones de ejemplaridad, directamente vinculadas con la disciplina. Resta por señalar la innovación de permitir que, en tiempos de guerra, las penas privativas de libertad impuestas a militares sean cumplidas fuera de prisión, en las funciones que el Mando designe, de acuerdo con las exigencias de la campaña y los principios de la disciplina; tratando de evitar, no sólo mengua de efectivos disponibles, sino paradójicas situaciones de ventaja personal del reo en relación con el combatiente.

4. De los delitos militares en particular

A) Ha constituido primordial preocupación el centrar la tipología acuñada, exclusivamente en el campo de los intereses militares afectantes a los fines de las Fuerzas Armadas, dejando para los textos comunes la tutela de los bienes jurídicos ajenos al Ejército. Pero he aquí que, precisamente en el Primer Título del Libro Segundo, se ha de quebrar el propósito restrictivo y diferenciador, a causa de que en el campo acotado (*traición, espionaje, revelación de secretos y sabotaje*) es prácticamente imposible deslindar con la deseable nitidez lo que se circunscribe estrictamente a la Defensa Militar de lo que, sin afectar a ella, está comprendido en los amplios límites naturales y legales de la Defensa Nacional, pues la acción de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra especialmente, requiere para ser eficaz, invadir esferas no estrictamente castrenses y el que se afecten o integren «todas las energías y fuerzas morales de la Nación», según frase del artículo 2.º de la vigente Ley sobre la Defensa Nacional. Siendo así de amplia y difusa la materia, no es posible estructurar recortadamente y con claridad los delitos militares correspondientes para reducir al mínimo la penosa persistencia de los dualismos normativos, más difícil de evitar ante la crisis de vigencias en que se encuentra en estos momentos la legislación penal común.

B) Lo verdaderamente propio de las leyes penales militares, sin inci-

dencia alguna con las comunes, son las violaciones de los usos y convenios de la guerra y no lo que atañe a las relaciones pacíficas u hostiles de los Estados entre sí, que, teniendo su marco en el Derecho Internacional de Guerra o Derecho de Gentes, tratan, como hace el Código Penal bajo esta misma rúbrica de Derecho de Gentes, del homicidio del Jefe del Estado extranjero, de la violación de su inmunidad, del delito de genocidio, etc. La confusión terminológica culmina en el Código de Justicia Militar en 1945, que mezcla estas materias bajo la abigarrada rúbrica de «Delitos contra el Derecho de Gentes, devastación y saqueo», en un Capítulo ubicado en el Título que dedica a los «delitos contra la seguridad de la patria».

De todas estas incongruencias entre etiqueta y contenido se quiere librar el Código, creando un Título de «*Delitos contra las leyes y usos de la guerra*» (usado por Italia y en el Anteproyecto de Código penal militar belga de 1978) y que, ciñéndose primordialmente a la materia que su nombre indica, supone el cumplimiento del compromiso contraído por España al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 y el de La Haya de 1954, y cuyo contenido, que obviamente por razón de las fechas cayó fuera de nuestro Código Militar de 1945, se alinea ahora en el moderno proceso de positivización de las normas del Derecho de la guerra, corrigiendo la insuficiencia punitiva de nuestro Derecho interno, especialmente en lo que concierne a las infracciones graves configuradas en los predichos Convenios.

El desarrollo legislativo supone la introducción de un considerable número de tipos, al paso que se suprimen otros. Los diez artículos en que se aprieta tan confusa materia contienen, especialmente los primeros, conminaciones penales que llegan hasta la pena de muerte, pues se trata de conductas de daño y perversidad extraordinarias.

C) No parece que el *delito de rebelión militar* («la rebelión de los militares», según la define el artículo 106 del Código penal del Ejército de 1884), delito de contenido primordialmente político, nacido al calor de los pronunciamientos de la segunda mitad del siglo XIX, afecte (como se dice en el rótulo del Título IX del Código de Justicia Militar de 1945) a la seguridad militar del Estado, pues precisamente el militar actúa como sujeto activo y no pasivo, sino que, más que a la seguridad (concepto sobre cuyo deseable abandono ya nos hemos pronunciado), es la organización política del Estado la que se ataca. Es por ello que se abandona el encuadramiento que en base a un ataque a la seguridad de éste hace el Código de 1945, para ubicar el delito en un título autónomo, dada la importancia histórica de la infracción y sus características técnicas peculiares, pero sin

decidirse por cobijar los tipos contenidos en ese Título III y los comprendidos en el siguiente, «Delitos contra la Institución Militar», bajo un mismo rótulo que pudiera ser el de «Delitos contra las Instituciones Fundamentales del Estado», el cual comprendería, por un lado, la rebelión militar —delito contra el Estado o sus Poderes—, y por otro, los delitos contra otra Institución Fundamental del Estado —el Ejército—, cuando se trate de delitos de insulto a fuerza armada, atentados, injurias u ofensa a Símbolos y Autoridades Militares.

El delito de rebelión militar es planta exótica en la mayor parte de los Códigos penales militares del mundo, con la excepción de algunos países hispanoamericanos. Y tiene el origen español que dijimos, concretado en el Código penal del Ejército de 1884, cuya Exposición de Motivos explica la génesis y razón del precepto en el siguiente párrafo: «Tristísimas experiencias que, sin duda, no habían visto los autores de nuestras sabias Ordenanzas, acreditan cuánto importa el reposo público, a la disciplina de las tropas y al honor mismo de la milicia española, el estorbar con el rigor saludable y pronto de la Justicia, que una parte cualquiera del Ejército, venga a echar el peso de su fuerza en las contiendas-políticas, o que militares mal aconsejados caigan en la tentación de quebrantar sus juramentos y de volver contra los Gobiernos constituidos y los poderes nacionales las armas que recibieron para defensa del territorio patrio y del orden social».

La concepción y redacción del mismo se ha mantenido desde entonces sin variantes esenciales, exigiendo la presencia de un número plural de militares armados que actúen organizadamente contra las Instituciones políticas. Pero difieren los textos legales españoles a la hora de puntualizar los objetivos de la acción, ya que la Real Orden de 17 de enero de 1873, dada «para determinar los delitos de rebelión que debían de considerarse de carácter militar» y constituyendo el verdadero origen legislativo de la figura delictiva, centra su contenido en «los hechos comprendidos en el artículo 243 del Código penal que se cometen por fuerzas armadas ilegalmente organizadas», con lo que sigue la técnica (de difícil repetición en estos momentos, por la ya explicada crisis legislativa de las leyes penales ordinarias) de remitirse a los tipos comunes para delinear esta parte de la antijuridicidad, sin peligro de caer en el dualismo normativo que tan frecuentemente ha afectado a esta materia. En cambio, los Códigos posteriores han enumerado, con variada fortuna y amplitud, los casos y circunstancias en que se ha de producir la actuación de los rebeldes militares.

Se ha desechado la fórmula amplia del señalamiento de las Instituciones, y el de los principios de unidad, integridad e independencia de España

como objetivos del alzamiento en armas de los militares, para optar por otra que describe el delito común de rebelión como «delito contra los Poderes públicos» y puede constituir una base válida de especificación de los objetivos de un delito de rebelión militar, sólo posible en tiempo de guerra.

La descripción de la rebelión impropia (alzamiento sin armas), la inducción, apología y actos preparatorios para cometer el delito de rebelión militar, así como las excusas absolutorias y la negligencia en reprimirla u omisión del deber de denunciarla, se lleva a cabo en la línea tradicional, matizándose y reduciéndose más las penas, extensibles a paisanos que participaran; penas que alcanzan la de muerte para los promotores y autores calificados.

D) *Los delitos contra la disciplina militar* que, junto a los delitos contra los deberes del servicio que se articulan en el siguiente Título VI, constituyen el núcleo fundamental, la espina dorsal de todo cuerpo de leyes penales militares, se estructuran de manera lógica según este cuadro: la indisciplina colectiva (sedición) primero, y la individual a continuación, colocando al final la del superior (abuso de autoridad) y al principio la del inferior (insubordinación), desdoblada en: desobediencias a la orden e indisciplinas a la persona del superior, llamadas éstas en la tradición española «insultos», consistentes éstos tanto en los ultrajes como en las vías de hecho, siendo comprensivos ambos de esa gama de matices de la insubordinación que incluso puede abarcar el homicidio del propio superior.

1) *Delito de sedición militar*.—En él lo esencial es la acción, mediata o inmediata, del grupo militar que, saliéndose de su cauce, se pone colectivamente en frente de unas normas o de un superior a los que se halla vinculado. Lo que no serían sino participaciones plurales en delitos de desobediencia, colectivos incumplimientos de deberes profesionales, o ataques a superior, o bien reclamaciones planteadas por varios militares en forma tumultuosa, se convierten en graves delitos de sedición por la básica razón del número de los partícipes que, al concertarse para obrar en común, producen un grave daño a la vida interior del Ejército. La caracterización del delito descansa pues, más en el «cómo» (acción colectiva) que en el «qué» (insumisión al cumplimiento de deberes militares).

Respetando la formulación clásica de los requisitos de: sujetos activos, su número y la culpabilidad a título de dolo, se varían, entre otros, los siguientes términos de la formulación de 1945:

1) Emplear una fórmula comprensiva de todas las formas de desobediencia a órdenes, generales o especiales, pero recibidas y legítimas.

2) Especificar que, una vez tipificada la desobediencia colectiva, la resistencia a cumplir los deberes afecta al resto de los que el servicio imponga; con lo que se cierra el cuadro de la insubordinación colectiva respecto de las órdenes o deberes del servicio.

3) Radiar a lugar distinto de la sedición-tipo las peticiones o reclamaciones en tumulto, extrañas a buena parte de la legislación comparada, incriminándolas sólo como sedición impropia y dejando para la vía disciplinaria los supuestos menos graves.

4) Incriminar especialmente las violencias ejercidas contra los superiores que no afecten a la vida o integridad corporal de los mismos, pues estas agresiones y el esgrimir armas, se configurarán como tipos agravados.

5) Rebajar y simplificar las penas, con arreglo a los criterios penológicos imperantes, orillando la aritmética penal de los grados. En todo caso y en especial para los tipos agravados, los autores calificados responden con graves sanciones, que para los oficiales intervinientes siempre llevará aneja la separación del servicio. El catálogo de agravantes específicas, que da lugar en el Código de 1945 a cinco tipos cualificados, se reduce a tres, pues los de «lugar» y «ocasión de servicio» son normales en este delito y no requieren destaque agravatorio. Se reserva una facultativa imposición de pena de muerte cuando se conjunten las circunstancias de: autores calificados, escenario u ocasión crítica de campaña y, en definitiva, extrema gravedad. Una amplia legislación comparada abona la imposición de esta pena, incluso en número y ocasiones más amplias, pues prácticamente ninguna Ley penal castrense deja de usar para algún caso extremo de sedición la más grave arma de su panoplia punitiva.

6) Suprimir los artículos 296 y 300 del Código de 1945, por cuanto su contenido es un problema de prueba, a resolver por el Juez. Y radiar a otros lugares los números 298 y 304, amén de algunas refundiciones con otros textos.

7) En un nuevo artículo se trata de refundir —en base principal al texto del Proyecto de Código Penal Común— las fórmulas de incitación genérica próxima, que se contemplan con múltiple y confusa terminología en los artículos 301 y 302 del Código de Justicia Militar de 1945, pretendiendo que queden comprendidas las variadas gamas de la incitación subversiva.

8) Se mantienen en los términos habituales las figuras complementarias del desistimiento no espontáneo, la conspiración y proposición, la negligencia en la represión y la omisión de denuncia.

II) El Capítulo II se ocupa de los *delitos y abusos de autoridad* pro-

piamente dichos, de los que se desgajan, para integrarse en otro lugar, las extralimitaciones en el ejercicio del mando, a donde van a parar los artículos 298 y 335 del Código de Justicia Militar de 1945. Están fundamentalmente referidos a las relaciones entre superior e inferior, en los que el comportamiento necesariamente doloso de aquél se hace consistir, no sólo en el mero «ejercicio de su autoridad o mando», sino que se extiende a cualquier otra posición en el servicio cuando, no sólo se cause perjuicio grave al inferior, sino que «le obligue a prestaciones ajenas al interés del servicio», sino que «le obligue a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiese arbitrariamente el ejercicio de algún derecho»; añadiéndose el «trato degradante» como un delito menor. Se concreta y amplía así el campo de la antijuridicidad, reservando para tratar especialmente en un artículo siguiente el supuesto de «maltrato de obra a inferior», que el Código del 45 considera falta grave y que sólo a través de su tipo genérico del artículo 334 podía determinar pena máxima de seis años. Si como consecuencia de mal trato resultaren lesiones graves, homicidio o asesinato del inferior, evidentemente que hay que arbitrar otra pena superior a la mínima del delito de abuso de autoridad y llegar a que, en el caso de muerte, se alcancen de quince a veinticinco años de pena de prisión, a fin de evitar el contrasentido de que, interviniendo abuso de autoridad del superior, las consecuencias lesivas para la vida e integridad física del inferior tengan en las leyes penales militares trato de favor respecto de las comunes. Ello al tiempo que completamos, dentro de las propias leyes penales castrenses y sin dar lugar a problemas de concurso, toda la gama de acciones ilícitas de los superiores contra los inferiores.

Aunque recogiendo sólo los más importantes ataques a la Hacienda Militar, que para su defensa en el plano de lo penal son resumidos en nueve delitos, se construye el Título IX, «*Delitos contra la Hacienda Militar*», muy obediente a consideraciones criminológicas y de política criminal. Algunos de tales artículos no tienen correlativo en el código derogado, que usaba la impropia rúbrica de «Fraude», fuente de imprecisiones y problemas de discordancia con el contenido y semillero de impunidades, al dejar atípicas muchas conductas claramente lesivas del patrimonio castrense. Ya queda dicha cuál es la denominación que se prefiere para el Título, en lugar de la imprecisa de «Delitos contra los intereses del Ejército», que englobaba figuras heterogéneas, de difícil conexión entre sí, y a las que sirve de común denominador, en vez del *modus operandi* ideológico, la objetiva cualidad castrense de los bienes o la personal del culpable.

Se valora mucho el ánimo de lucro que muestra el militar autor del

delito, a veces más relevante a efectos penales que el menoscabo que directamente pueda sufrir la Hacienda, ya que puede suceder que la gestión de aquél, por ejemplo en la adquisición de un determinado suministro a favor de una empresa comercial, no suponga lesión sino incluso condiciones de precio más ventajoso para el Estado. Respecto a la participación del personal civil en este tipo de delitos, cabe ser bajo las formas habituales de inducción o cooperación, siendo también posible el concierto o connivencia con paisanos para efectuar una valoración excesiva de un inmueble que se pretende adquirir para las necesidades de la Defensa.

Las figuras delictivas recogidas en el Título pueden agruparse así: un grupo con las caracterizadas por la gestión desleal del militar (simulación de necesidades para asignar fondos públicos destinados a atenciones inexistentes, o derechos económicos a favor del personal; utilización de elementos oficiales para fines particulares; incumplimiento malicioso de normas sobre baratería inútil), otro, en que la conducta es contraria a la probidad o imparcialidad del funcionario (intervención en negocios jurídicos que afecten a Organismos dependientes del Ministerio de Defensa) y un tercero, para conductas fraudulentas (sustitución o alteración de cualidades esenciales de los suministros, o incumplimiento básico de contratos en tiempo de guerra o en estado de sitio), o de pérdida de material, distinguiendo si se tiene en custodia o es de la Unidad.

Tales son los principales rasgos e información que podemos dar sobre la reforma de nuestras vigentes leyes penales militares. Sobre ellas han de recaer numerosas críticas, ojalá que constructivas y meramente técnicas. Supondrían una deseable mejora, para poder, con la posible objetividad y rigor, presentar un Código que esté a la altura de nuestro tiempo y de nuestras necesidades. Mas, si otro fuera su sentido y el inmovilismo prevaleciera en la intención o en los resultados, siempre quedaría constancia de la realidad de un texto progresista, plasmado constructivamente, para servir a un Estado de Derecho y alinearse entre las leyes de nuestro tiempo y de nuestro entorno cultural.