

**LAS NUEVAS INFRACCIONES CONTRA LOS
DEBERES DEL MANDO DE AERONAVE MILITAR
(Comentario a la reforma penal y disciplinaria
introducida por la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio)**

Antonio Millán Garrido
Profesor de la Universidad de Cádiz

I. ANTECEDENTES

La iniciativa parlamentaria que dio lugar a la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, tiene su origen en unos hechos acontecidos dos años antes, en concreto sobrevuelos a baja altura que terminaron en siniestros con, en algún caso, pérdida de vidas humanas e importantes daños materiales.

Ante ello, el Gobierno, en octubre de 2005, tras la información llevada a cabo por el Ministerio de Defensa, entendió que resultaba necesario tipificar de modo expreso tales conductas, tanto en el ámbito penal como en el orden disciplinario, sobre todo para impedir que sus autores pudieran volver a pilotar una aeronave militar.

Fue así como en menos de tres meses el Gobierno aprobó un proyecto de ley orgánica que, en la línea apuntada, modificaba el Código penal militar y la Ley de régimen disciplinario de las fuerzas armadas.

II. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de las Leyes Orgánicas 13/1985, de 9 de diciembre, del Código

Penal Militar, y 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se inició el 13 de diciembre de 2005, cuando la Mesa del Congreso de los Diputados acordó su publicación¹ y remisión, para dictamen, a la Comisión de Defensa, estableciendo un plazo de enmiendas que, por dos veces ampliado, finalizó el 14 de febrero de 2006².

Aunque se formularon cinco enmiendas, ninguna de ellas lo fue, propiamente, al texto propuesto por el Gobierno, sino que pretendían aprovechar la tramitación del proyecto para introducir otras modificaciones normativas o, incluso, reformar sustancialmente el ámbito de aplicación de la legislación penal militar³.

En este sentido, las tres primera enmiendas [las núms. 1 y 2, del Grupo Parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y la núm. 3, del Grupo Parlamentario de Ezquerra Republicana (ERC)] pretendían la modificación del artículo 44 del Código penal militar, a fin de que, poniéndose término al debate jurisprudencial mantenido en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se estableciese la posibilidad de otorgar a los miembros de la Guardia Civil «la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta». Estas enmiendas perdieron todo su sentido desde la entrada en las Cortes del proyecto de nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil, que, como se sabe, se ha materializado en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre⁴, cuya disposición adicional 4.^a añade al Código penal militar un artículo 7 *bis*, según el cual, sus disposiciones «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», limitando la aplicación del texto punitivo castrense al «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». Fuera de dichos supuestos no es de aplicación a la Guardia Civil el Código penal militar, con lo que desaparecía, en lo sustancial, el sentido de las enmiendas formuladas.

¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, núm. 65-1 (16 de diciembre de 2005), pp. 1-2.

² *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núms. 65-2 (1 de febrero de 2006) y 65-3 (8 de febrero de 2006), pp. 3 y 5.

³ Las enmiendas y su índice están publicados en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 65-4 (21 de febrero de 2006), pp. 7-9.

⁴ *Boletín Oficial del Estado* núm. 254, de 23 de octubre.

Así lo entendió el Grupo Parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, que retiró sus dos enmiendas durante el debate del proyecto en el Pleno del Congreso de los Diputados. No hizo lo mismo el Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana con la enmienda número 3, que fue rechazada con diecinueve votos a favor, cinco abstenciones y doscientos sesenta en contra⁵.

Las otras dos enmiendas pretendían limitar el ámbito material objetivo de la legislación penal castrense a las situaciones de anormalidad constitucional, quedando sometidos, en tiempos de paz, los delitos militares al Código ordinario. Así, la enmienda número 4, del Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana (ERC), proponía añadir al texto proyectado una disposición final según la cual, «en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados una Ley Orgánica por la que se modifique la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, y se remita su aplicación a aquellos casos en que sean declarados los estados de guerra, alarma, excepción y sitio, y asimismo se adapte la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a fin de incluir en él aquellos delitos en que pueden incurrir los militares por su condición». En el mismo sentido se manifestó el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), que propuso, en la enmienda número 5, la adición de un artículo 1 *bis* al texto proyectado, que añadiría una nueva disposición adicional a la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, según la cual, «esta Ley Orgánica será de aplicación sólo para los delitos tipificados en tiempo de guerra».

La propuesta, consistente en incluir los delitos militares y demás particularismos que comporta el Derecho punitivo castrense en el Código penal, no es novedosa. Dicho sistema de incriminación conjunta o unitaria estuvo generalizado en los países del Este Europeo⁶ y tuvo acogida en otras legislaciones penales, como las de Corea del Norte, Costa de Marfil, República Popular China o Etiopía. En nuestro contexto sociocultural, este modelo técnicolegislativo fue el asumido, en su Código penal de 1962, por el Ordenamiento jurídico sueco⁷.

⁵ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, Sesión plenaria núm. 231 (19 de abril de 2007), pp. 12515 y 12518.

⁶ Recuérdense, entre otros, los Códigos penales de Checoslovaquia (caps. X, XI y XII, trad. de A. Millán Garrido, en *REDM*, núm. 39, 1980, pp. 167-178), Rumania (tít. X y XI, trad. de A. Millán Garrido, en *REDM*, núm. 37 (1979), pp. 221-230) o Yugoslavia (cap. XXV, trad. de E. Porres Juan-Senabre, en *REDM*, núm. 13, 1962, pp. 117-132).

⁷ A. Millán Garrido, «La legislación penal militar de Suecia», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 51 (1988), pp. 209-221.

Cabe, al respecto, reiterar cómo el que la legislación penal militar no excepcional, que se basa en idénticos principios que el Derecho común punitivo, se encuentre marginada del Código penal es algo accidental y que responde simplemente a una tradición histórica concreta, cuando no a una razón de oportunidad legislativa. Técnicamente, no sólo no existen reparos que impidan la inclusión en el Código penal de un sector de la legislación especial, a la que, desde ese momento, dado el carácter meramente topográfico de la «especialidad», deja de pertenecer la materia incorporada, sino que tal absorción, según he sostenido desde hace años, ofrece el atractivo de la simplificación y depuración de la legislación penal militar sustantiva, la que, por otra parte, queda no sólo sustancial sino también formalmente sujeta a los principios que, en su parte general, el Código penal establezca⁸.

Tal sujeción se logra, desde luego, también, en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, tratan los delitos militares en un texto autónomo bajo el principio de especialidad. Son modelos, en este sistema, las leyes penales militares de Alemania⁹ o de Austria¹⁰, que, como la nuestra, se limitan a consignar los particularismos castrenses, con remisión, en lo demás, a la ley común. No puede afirmarse lo mismo de los textos integrales, que, al incluir una completa parte general, conducen en la práctica a innecesarias repeticiones y comportan, en todo caso, el riesgo de la derivación hacia principios contrarios a los postulados básicos que deben informar la completa legislación penal del Estado¹¹.

La posibilidad de asumir en nuestro Ordenamiento un sistema de incriminación unitaria se presenta, pues, como una opción de técnica legislativa, rigurosamente válida, con ventajas formales y de economía normativa, pero que no alterarían las bases sustanciales del actual Código penal militar.

Lo que ocurre es que, en las enmiendas formuladas a la reforma legislativa comentada, la propuesta no parece limitarse a un tema de técnica legislativa sino que lo que se cuestiona es la «existencia de dos jurisdic-

⁸ Cfr. A. Millán Garrido, «La legislación penal militar de Suecia», cit., p. 211.

⁹ A. Millán Garrido, «La ley penal de la República federal de Alemania», en *Revista de Derecho Público*, núm. 87 (1984), pp. 283-301.

¹⁰ En Austria, por ley de 3 de noviembre de 1945 se incluyeron los delitos militares, hasta entonces comprendidos en el Código penal militar de 1855, en la ley penal general austriaca, que actualizaba el Código penal de 1852. Desde 1945 hasta la entrada en vigor de la *Militärstrafgesetz* de 30 de octubre de 1970 la legislación austriaca siguió la fórmula de la incriminación unitaria.

¹¹ Cfr. M. López-Rey y Arrojo, «Análisis político criminal del proyecto oficial de Código penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIV (1980), p. 320.

ciones penales distintas» (GP de Ezquerria Republicana), esto es, «la existencia de dos sistemas de justicia paralelos» (GP Catalán), de forma que lo que, en último término, parece pretenderse es la supresión de la jurisdicción militar en tiempo de paz.

Fuere cual fuese el sentido final de estas enmiendas, lo que no cabe duda es de que, por su entidad y trascendencia, excedían del ámbito de la reforma proyectada. Ésta fue la razón que motivó el que ambas enmiendas resultaran rechazadas por el Pleno del Congreso de los Diputados con doscientos votos en contra¹².

En cambio, en mi opinión, la reforma de 2007 debió aprovecharse para modificar el artículo 453.2 y suprimir el artículo 468.b), ambos de la Ley Procesal Militar, que niegan el recurso judicial a los sancionados en vía disciplinaria militar por falta leve, cuando no resulte afectado el ejercicio de ningún derecho fundamental, particularismo éste del que ya me he ocupado en sucesivas ocasiones, desde 1989, postulando su supresión¹³, por considerar que, «con independencia de cual sea la naturaleza del correctivo, ningún acto sancionador puede quedar excluido de revisión jurisdiccional, por ser ello incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y con la cláusula general de control de la actuación administrativa (art. 106.1 CE)»¹⁴.

Estas consideraciones fueron avaladas por el propio Tribunal Constitucional, que, en Sentencia 202/2002, de 28 de octubre¹⁵, tras conceder el amparo al recurrente, planteó, respecto a los artículos 453.2 y 468.b) de la

¹² Concretamente, la enmienda número 4 (ERC) fue rechazada con diecinueve votos a favor, doscientos sesenta y contra y cinco abstenciones, mientras que la número 5 (CiU) lo fue con veinte votos a favor, doscientos sesenta en contra y tres abstenciones. Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión plenaria núm. 231, cit., p. 12518.

¹³ Cfr., entre otros trabajos, A. Millán Garrido, *Ley Procesal Militar*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 24-25; «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 56-57 (1990-1991), pp. 132-134; «Sanciones disciplinarias y tutela jurisdiccional», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, coord. de E. Sánchez Guzmán, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, t. I, Madrid, 1995, pp. 277-279; «La jurisdicción militar en el actual Ordenamiento constitucional (Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar)», en *Constitución y Jurisdicción Militar*, Cuadernos Lucas Mallada, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, pp. 102-103; y «Los recursos», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, coord. por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 1.ª edic., Madrid, 1993, pp. 774-776 [3.ª edic., Madrid 2001, pp. 1105-1111].

¹⁴ Cfr. A. Millán Garrido, «Prólogo» a la primera edición de *Justicia Militar*, Ariel, Barcelona, 2001. Véase en 7.ª edic., Ariel, Barcelona, 2008, p. 82.

¹⁵ *Boletín Oficial del Estado* núm. 280, de 22 de noviembre.

Ley Procesal Militar, la cuestión de inconstitucionalidad número 6188/2002, «por posible vulneración de los artículos 24.1, 106 y 117.5 de la Constitución»¹⁶.

Tras este pronunciamiento, resultó ya difícil justificar que el legislador, en la reforma operada por Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, tendente a la adecuación de la jurisdicción militar a los postulados básicos de un Estado democrático de Derecho, no accediese a incluir en ella los indicados artículos 453.2 y 468.b) de la Ley Procesal Militar, estableciendo, en el ámbito de la jurisdicción castrense, el derecho a recurrir las sanciones impuestas por infracciones disciplinarias, cualquiera que sea su entidad y naturaleza¹⁷.

Pero más difícil de justificar resulta que la reforma no se haya abordado, en esta legislatura, por quienes, desde la oposición, la propusieron. La Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, fue la última ocasión de, con coherencia, haber eliminado un particularismo de la Justicia castrense tan innecesario como opuesto a las garantías individuales, dando con ello un paso más en la exigible homologación del Derecho militar a los principios constitucionales¹⁸.

¹⁶ Asimismo, en relación a estos artículos 453.2 y 468.b) de la Ley Procesal Militar, el Tribunal Constitucional, por providencias de 30 de septiembre de 2003, admitió a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad números 4204/2003 y 5219/2003, planteadas por el Tribunal Militar Territorial Cuarto (A Coruña) por posible vulneración de los artículos 24.1, 106 y 117.5 de la Constitución (BOE núm. 244, de 11 de octubre). Y, por providencia de 13 de julio de 2004, admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3658/2004, planteada por el mismo tribunal y por idéntico motivo (BOE núm. 186, de 3 de agosto).

A las indicadas siguieron, con el mismo razonamiento, las cuestiones de inconstitucionalidad 6503/2006 (TMT Segundo, Sevilla), 1096/2006 (TMT Cuarto, A Coruña) y 1878/2006 (TMT Cuarto, A Coruña), admitidas a trámite, por el Tribunal Constitucional, con providencias de 15 de febrero de 2006 (BOE núm. 50, de 28 de febrero), 28 de febrero de 2006 (BOE núm. 61, de 13 de marzo) y 28 de marzo de 2006 (BOE núm. 84, de 8 de abril).

Con posterioridad se han planteado las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 8783/2006 (TMT Cuarto, A Coruña), 9156/2006 (TMT Segundo, Sevilla), 10204/2006 (TMT Cuarto, A Coruña), 10205/2006 (TMT Cuarto, A Coruña) y 11075/2006 (TMT Segundo, Sevilla), todas ellas del mismo sentido y con idéntica fundamentación, admitidas a trámite, por el Tribunal Constitucional, las dos primeras por providencias de 24 de octubre de 2006 (BOE núm. 269, de 10 de noviembre), la tercera y la cuarta por providencias de 12 de diciembre de 2006 (BOE núm. 309, de 27 de diciembre) y la quinta por providencia de 16 de enero de 2007 (BOE núm. 31, de 5 de febrero).

¹⁷ Vid. A. Millán Garrido, «Las modificaciones introducidas en el régimen orgánico-procesal de la jurisdicción militar por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio: temas resueltos y cuestiones pendientes», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82 (2003), pp. 36-44.

¹⁸ La cuestión sí se ha resuelto para los miembros de la Guardia Civil, tras la entrada en vigor de su nuevo régimen disciplinario, aprobado por Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, cuyo artículo 78 permite el recurso judicial para cualquier tipo de sanciones. Cfr. A. Millán Garrido, «Nota» a la 7.ª edición de *Justicia Militar*, Ariel, Barcelona, 2008. pp.113-114.

No obstante, las enmiendas quedaron reducidas a las cinco indicadas, que, como se ha señalado, no prosperaron. En efecto, la Ponencia¹⁹ consideró, en su informe, que «sólo debe introducirse una modificación en el preámbulo, en cuyo párrafo tercero y a continuación del sustantivo «vidas» debe figurar la mención «y bienes», por razones obvias, de manera que la salvaguarda que pretende introducir esta modificación legislativa afecte tanto a vidas como a bienes de terceros»²⁰.

Con esa única precisión, el 28 de marzo de 2007 el texto fue sometido a debate en la Comisión de Defensa²¹, que, tras ratificar la ponencia designada, emitió un dictamen, aprobado por unanimidad, en el que, a instancias del Grupo Parlamentario Socialista, se acordó incorporar al proyecto una disposición adicional única por la que se modifica el Real Decreto-Ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad. Ello comportó la adición de un último párrafo al preámbulo y una disposición final determinando que la modificación incorporada «no tiene carácter de Ley Orgánica»²². Tal modificación tiene por objeto extender las indemnizaciones previstas en caso de fallecimiento o lesiones a todos los participantes en operaciones de mantenimiento de la paz, de asistencia humanitaria o de carácter internacional aprobadas por el Gobierno, sean o no de nacionalidad española. Se trataba, pues, de una iniciativa necesaria, urgente incluso, siendo ésta la única razón que, desde el plano técnico, justificaría su incorporación a la reforma penal y disciplinaria que comentamos²³.

El debate en el Pleno del Congreso de los Diputados tuvo lugar el 19 de abril. En él, tras la presentación del proyecto por el Ministro de Defensa, intervinieron los Diputados señores Maldonado i Gili (CiU), Llamaza-

¹⁹ La Ponencia estuvo integrada por los Diputados J. Cuadrado Bausela (GS), J. Simón de la Torre (GS), C. Sánchez Díaz (GS), M. Atencia Robledo (GP), F. López-Amor García (GP), J. Maldonado i Gili (GC-CiU), J. Puig i Cordón (GER-ERC), I. Txueka Isasti (GV-EAJ-PNV), G. Llamazares Trigo (GIU-ICV), L. Mardones Sevilla (GCC-NC) y U. Barkos Berruelo (GMx).

²⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 65-5 (27 de junio de 2007), pp. 11-12.

²¹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Defensa, núm. 795, Sesión núm. 32 (28 de marzo de 2007), pp. 21-23.

²² El dictamen de la Comisión y los escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno están publicados en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 65-6 (3 de abril de 2007), pp. 13-15.

²³ Desde un punto de vista técnico-legislativo, lo correcto hubiese sido la tramitación autónoma de la reforma del Real Decreto-Ley 8/2004, de 5 de noviembre, o, en todo caso, su incorporación al proyecto de Ley de la Carrera Militar, que, en esos momentos, se encontraba también en la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados.

res Trigo (IU-V), Ramón Torres (ERC), Mardones Sevilla (CC-NC), López-Amor García (GPV-PNV) y Cuadrado Bausela (GS), llegándose a la votación de conjunto del proyecto, que, sin modificación alguna respecto al texto propuesto en el dictamen de la Comisión, fue aprobado con doscientos setenta votos a favor y catorce abstenciones²⁴.

El proyecto²⁵ tuvo entrada en el Senado el 3 de mayo, remitiéndose a la Comisión de Defensa, ordenándose su publicación y estableciéndose un plazo para la presentación de enmiendas que concluyó el 16 de mayo²⁶. Al texto se le formularon sólo tres enmiendas: la número 1, del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), reproducía la enmienda número 5 presentada en el Congreso de los Diputados, y las números 2 y 3, del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (ECP), reproducían las enmiendas números 3 y 4 presentada por Esquerra Republicana en el Congreso²⁷.

Ninguna de ellas fueron, por las mismas razones ya expuestas, incorporadas al informe de Ponencia²⁸, como tampoco al dictamen de la Comisión²⁹, y, aunque se mantuvieron como votos particulares³⁰, las tres fueron rechazadas en la sesión del Pleno del Senado del día 20 de junio, que, tras un mínimo e insustancial debate protagonizado por los Senadores señores Companys i San Feliú (GPCCiU), Aleu i Jornet (GPECP), Caballero Moya (GPS) y Muñoz-Alonso Ledo (GPP)³¹, aprobó sin modificaciones el texto dictaminado³².

De esta forma, el proyecto, sin variantes respecto al texto remitido por el Congreso de los Diputados, fue promulgado como Ley Orgánica

²⁴ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, cit., Sesión plenaria núm. 231 (19 de abril de 2007), pp. 12512-12518.

²⁵ El texto aprobado por el Pleno puede verse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, cit., núm. 65-7 (3 de mayo de 2007), pp. 17-19.

²⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VIII Legislatura, Serie II, núm. 98 (a), 3 de mayo de 2007, pp. 1-3.

²⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 98 (b), 18 de mayo de 2007, pp. 5-7.

²⁸ La Ponencia estuvo integrada por los Senadores R. Aleu i Jornet (GPECP), H. Caballero Moya (GPS), R. Companys i Sanfeliú (GPCIU), A. Conde Bajén (GPP), A. Muñoz-Alonso Ledo (GPP) e I. Rodríguez García (GPS). Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 98 (c), 20 de junio de 2007, p. 9.

²⁹ El dictamen fue aprobado por unanimidad: *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Defensa, núm. 486, 18 de junio de 2007, p. 15.

³⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 98 (d), 20 de junio de 2007, pp. 11-12.

³¹ *Diario de Sesiones del Senado*, VIII Legislatura, núm. 127, Sesión del Pleno celebrada el 20 de junio de 2007, pp. 7870-7873.

³² El texto aprobado por el Senado está publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, cit., núm. 98 (e), 25 de junio de 2007, pp. 13-15.

7/2007, de 2 de julio, de modificación de las Leyes Orgánicas 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, y 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 158, del martes 3 de julio de 2007.

III. EL NUEVO DELITO

A. INTRODUCCIÓN

Según el nuevo artículo 170 *bis* del Código penal militar, «el comandante de aeronave militar que incumpliere las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de una aeronave militar, y pusiere en riesgo la vida o la seguridad de las personas, o pusiere en peligro la propia aeronave, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión e inhabilitación definitiva para el mando de aeronaves militares».

Este nuevo precepto queda ubicado dentro de los delitos contra los deberes del mando de buque de guerra o aeronave militar (capítulo II) y, por tanto, entre los delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación (título VII).

B. NATURALEZA JURÍDICA

De la indicada ubicación sistemático-normativa cabe deducir, ante todo, que la nueva infracción tipificada en el artículo 170 *bis* del Código es un delito contra los deberes del mando de aeronave militar, un delito contra los deberes del servicio que corresponden al comandante de la aeronave.

Es ésta de los delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación una subcategoría dogmática, incorporada por el legislador de 1985, caracterizada por la singularidad y especificidad de tales deberes a bordo de un buque de guerra o de una aeronave militar.

Se decía en la originaria exposición de motivos del proyecto de Código penal militar, respecto a las infracciones integrantes de la subcategoría, que, «en realidad, son delitos pluriofensivos, que atacan bienes de gran

alcance: contra el potencial bélico de la nación, contra el servicio y, en último término, contra la hacienda en el ámbito militar»³³.

En puridad, el título VII se limitó a reunir diversas infracciones relacionadas con la navegación que aparecían dispersas en el Código de Justicia Militar de 1945 y que tenían difícil acomodo en otros lugares, sin llegar a depurar el contenido de la nueva subcategoría, que, como advirtió, Bravo Navarro, «no comprende todos los delitos contra los deberes relacionados con la navegación aérea [ni marítima] que se articulan en otros títulos del Código, y alguno de los supuestos recogidos en aquel título (el VII) pudieran tener mejor acomodo en estos últimos»³⁴, crítica que, sin embargo, no impide reconocer el esfuerzo del legislador por intentar la conformación de un marco jurídicopenal sistemático y autónomo para determinados delitos militares relacionados con la navegación, como ya existía para los delitos náuticos y aeronáuticos comunes.

Tal esfuerzo es particularmente estimable en el caso de los delitos contra los deberes del mando de buque de guerra o aeronave militar, a los que se incorpora el previsto en el artículo 170 *bis*, por cuanto al capitán del buque o al comandante de la aeronave se le confieren atribuciones, deberes y responsabilidades autónomos, cuyo alcance y exigencia están marcados por la entidad y relevancia de los múltiples bienes jurídico afectados en su actuación.

Así, en el caso que nos ocupa, el incumplimiento del comandante de las normas de navegación aérea constituye una infracción contra el servicio, atenta a la disciplina, puede afectar a la vida propia, de la tripulación y de terceros y poner en peligro la seguridad de la aeronave y de otros bienes civiles y militares, así como dañar gravemente el prestigio de las mismas fuerzas armadas. Se trata, por ello, de un delito pluriobjetivo o pluriofensivo, en el que resulta afectada una multiplicidad de intereses.

Naturalmente, una pluralidad de bienes jurídicos afectados o, incluso, protegidos no implica su equiparación: siempre suele haber uno que domina por completo la construcción del tipo. Lo que, en el caso analizado, acontece con el propio servicio.

Los delitos contra el servicio militar, según se sabe, integran una amplia categoría dogmática que comprende cuantas conductas lesionan o ponen en peligro, a través del servicio, la eficacia del potencial bélico del Estado. Dentro de ella, está la subcategoría de los delitos contra los debe-

³³ Cfr. F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 233.

³⁴ Cfr. M. Bravo Navarro, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación aérea», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coord. por R. Bleuca Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, p. 1830.

res del servicio relacionados con la navegación, entre los que se incluyen las infracciones de los deberes del mando de aeronave militar.

Sustancialmente, sin embargo, la nueva figura delictual, como la del «apartamiento del plan de vuelo» previsto en el artículo 170, comporta una infracción contra la disciplina. Así lo puso de manifiesto Rodríguez-Villasante, según el cual, «el artículo 170 tipifica algunas acciones (apartarse de su derrota expresamente ordenada o hacer arribadas contrarias a sus instrucciones) que afectan a la disciplina militar»³⁵. Más allá va Bravo Navarro, para quien «el artículo 170, que trata de la navegación no autorizada (apartarse del plan de vuelo) pudiera subsumirse dentro del delito de desobediencia del artículo 102: no obedecer o no cumplir las órdenes de sus superiores relativas al servicio»³⁶.

Aunque servicio y disciplina no constituyen de por sí bienes totalmente autónomos, porque la cohesión está también en función de la eficacia, la una y la otra se presentan como dos momentos diversos que fundamentan sobradamente la distinción y justifican en los planos conceptual, dogmático y legislativo el encuadramiento de los distintos tipos en cada una de las categorías³⁷.

Pues bien, en el nuevo delito del artículo 170 *bis*, pese a la multiplicidad de bienes jurídicos afectados, ha de concluirse que es el servicio el prioritariamente protegido por la norma, constituyendo su criterio rector³⁸. Así lo considera la doctrina con respecto a todos los delitos previstos en el título VII del libro II del Código penal militar, al destacar que «su naturaleza no difiere fundamentalmente de los delitos contra los deberes del servicio, existiendo entre ambos una simple relación de generalidad a especialidad»³⁹.

³⁵ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación marítima», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 1849.

³⁶ M. Bravo Navarro, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación aérea», cit., p. 1829.

³⁷ Vid. R. Venditti, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, 4.^a ediz., Giuffrè, Milano, 1995, pp. 7-10.

³⁸ Cfr. E. Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de J. A. Rodríguez Muñoz, 3.^a edic., a cargo de A. Quintano Ripollés, t. I, Edersa, Madrid, 1955, p. 389; y R. Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, «Parte General», traducción y notas de J. Córdoba Roda, vol. I, Ariel, Barcelona, 1962, p. 257.

³⁹ Cfr. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación marítima», cit., p. 1845. Asimismo, respecto al delito de navegación no autorizada (art. 170 CPM), en su modalidad de apartamiento de la derrota o plan de vuelo expresamente ordenado, este autor, aun destacando la «inobediencia» sustancial que subyace en la conformación típica, justifica su encuadramiento dentro de los delitos contra los deberes del mando, por considerarlo un delito contra el servicio, que no en todo caso supondrá infracción de órdenes concretas y sí, siempre, desconocimiento, dejación o inobservancia de sus obligaciones en el ejercicio del mando (pp. 1915-1917).

Evidentemente, a través de la tutela del servicio, entendido en sentido subjetivo y específico (y de la propia disciplina), se intenta «salvaguardar las vidas y bienes de terceros, así como proteger la integridad de los pilotos, las aeronaves y las dotaciones», según destaca el legislador en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, para justificar las nuevas tipificaciones como «respuesta proporcionada a conductas que tan grave daño pueden ocasionar a los ciudadanos y al prestigio de los Ejércitos».

C. ACCIÓN

La acción de este delito se concreta en un incumplimiento de normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de la aeronave militar, que, para ser penalmente relevante, ha de poner en riesgo la vida o la seguridad de las personas o poner en peligro la propia aeronave.

En la medida en que la situación de riesgo o de peligro ha de ser consecuencia de la conducta, esto es del incumplimiento, la nueva infracción prevista en el artículo 170 *bis* del Código penal militar es un *delito material* o de resultado.

Y un *delito de peligro*, por cuanto es suficiente que de la acción se derive riesgo, sin requerirse la lesión efectiva de alguno de los intereses protegidos.

En las infracciones de peligro cabe distinguir los delitos de peligro abstracto de aquéllos de peligro concreto. Los primeros presuponen un peligro en la misma conducta descrita en el tipo de injusto y no admiten nunca prueba en contrario sobre la existencia de tal peligro. Dicho con otros términos, en los delitos de peligro abstracto (valgan de ejemplos la tenencia de drogas preordenada al tráfico o la conducción sin permiso), la acción se penaliza por su peligrosidad general, pero el riesgo no es un elemento típico, de ahí que la punibilidad no dependa de que se demuestre en el caso concreto que realmente se ha puesto en peligro un bien jurídico⁴⁰. Por ello, convengo con Beristain en que estos delitos, que tal vez deberían denominarse, con más precisión, delitos de peligro presunto o delitos de mera desobediencia, son realmente delitos formales o de mera actividad y no de resultado⁴¹.

⁴⁰ Cfr. Á. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, *Derecho Penal*, t. I (Parte General), 2.ª edic., Bosch, Barcelona, 2001, p. 182.

⁴¹ Vid. A. Beristain Ipiña, «Resultado y delitos de peligro», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIII (1969), pp. 456-457.

En cambio, en los *delitos de peligro concreto*, el riesgo para el bien tutelado se incorpora al tipo, exigiéndose, por ello, para que la conducta sea delictiva, que la situación peligrosa se haya producido efectivamente, siendo el propio riesgo o peligro «resultado» de la conducta tipificada. Así ocurre, por ejemplo, en el delito de «conducción temeraria» del artículo 381 del Código penal, que castiga al que condujese un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y *pusiera en concreto peligro la vida o integridad de las personas*. Similar estructura ofrece el delito previsto en el artículo 170 *bis* del Código penal militar, al requerir que la acción del comandante «ponga en riesgo la vida o la seguridad de las personas o ponga en peligro la propia aeronave».

En definitiva y desde esta perspectiva, el legislador ha configurado un delito de peligro para conferir un «plus» de protección a los bienes tutelados, tratando de evitar, desde la prevención, el mayor número posible de accidentes (resultados)⁴². Como afirmara ya Rodríguez Devesa –y, en este caso, se destacó en la misma presentación del proyecto en el Pleno del Congreso de los Diputados⁴³– «la creación de tipos de peligro significa adelantar las barreras de la protección penal con la esperanza de disminuir el número de conductas lesivas»⁴⁴.

Es, por último, la infracción analizada un delito de peligro concreto *común* o *genérico*, por cuanto contempla el riesgo de un número indeterminado de personas, a diferencia de lo que acontece en los delitos de peligro individual (por ejemplo, el abandono de niños), que sancionan la amenaza a una persona determinada⁴⁵.

Pese a tratarse de una infracción de resultado (la generación del peligro concreto), no caben modalidades imperfectas de ejecución en este delito.

En cuanto a los sujetos de la acción, el círculo de posibles autores del nuevo delito se encuentra limitado a los comandantes de aeronaves militares, lo que hace del sujeto activo un elemento autónomo del tipo cuyo estudio se incluye dentro de los elementos típicos objetivos. Sujeto pasi-

⁴² Cfr. Á. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, *Derecho Penal*, t. II (Parte Especial), 2.ª edic., Bosch, Barcelona, 2001, p. 442.

⁴³ Se advirtió, en efecto, por el Ministro de Defensa que la nueva incriminación, «como ocurre por lo demás en todos los delitos de riesgo o peligro, supone adelantar las barreras de protección penal para evitar la consumación de conductas lesivas». Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión plenaria núm. 231, cit., p. 12512.

⁴⁴ Cfr. J. M.ª Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte General, 12.ª edic., revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1989, p. 428.

⁴⁵ Vid. E. Cuello Calón, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por C. Camargo Hernández, t. I (Parte General), vol. 1.º, 18.ª edic., Bosch, Barcelona, 1980, p. 312.

vo es el Estado, cuyo potencial bélico –concretado en la eficacia de las fuerzas armadas– se ve afectado por el incumplimiento, que efectivamente pone en riesgo la vida o la seguridad de las personas o en peligro la propia aeronave.

D. TIPO DE INJUSTO

1. Sujeto activo: el comandante de aeronave

Sujeto activo del nuevo delito lo es, según queda dicho, el comandante de una aeronave militar.

Por aeronave militar hay que entender, conforme a lo dispuesto por el artículo 14.1 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, cualquiera que «tenga como misión la defensa nacional o esté mandada por un militar comisionado al efecto». Se consideran, pues, militares todas las aeronaves del Estado asignadas a las fuerzas armadas, tanto al Ejército del Aire como a la Armada (aviación naval) o al Ejército de Tierra, siendo indiferente que se trate de aeronaves de combate (las que intervienen directamente en la contienda bélica) o de aeronaves de apoyo (las que realizan otras tareas de interés militar, como reconocimiento aéreo, guerra electrónica, transporte, salvamento o patrulla).

Comandante de la aeronave es el piloto expresamente designado para ejercer el mando de la misma. Así lo establecen las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, aprobadas por Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero⁴⁶, que dedican el título IV del libro I (arts. 110 a 129) al comandante de aeronave.

Conforme a dichas normas, el comandante de la aeronave será nombrado «por el mando que en cada caso corresponda y deberá poseer las calificaciones técnicas y específicas para el cumplimiento de la misión» (art. 110). Cuando la tripulación la compongan varios miembros, «la designación del comandante de la aeronave recaerá en el de mayor empleo o antigüedad de los del Arma de Aviación, Escala del Aire, con las calificaciones requeridas para la misión, salvo en los vuelos de enseñanza o instrucción en los que será designado el que actúe como profesor o instructor» (art. 111). La designación de comandante de aeronave no comporta, pues, un grado o categoría aeronáutico-militar institucionalizado de forma

⁴⁶ *Boletín Oficial del Estado* núm. 61, de 12 de marzo, con corrección de errores en el núm. 78, de 31 de marzo.

permanente, sino una función de carácter circunstancial, «ya que su nombramiento y cargo se realiza para y en una determinada misión y termina una vez concluida ésta»⁴⁷.

Del resto de la normativa, sólo interesa, en este apunte, señalar que el comandante de la aeronave, para el vuelo y maniobras en tierra, se atenderá a las órdenes de operaciones recibidas y a las prescripciones de circulación aérea en vigor: «sólo podrá dejar de cumplimentar estas últimas cuando, por la índole de la misión, el mando así lo determine y, bajo su exclusiva responsabilidad, cuando existan razones muy fundadas que afecten o puedan afectar a la seguridad en vuelo» (art. 117). Será, en todo caso, responsable de la seguridad de la aeronave y de las maniobras que ésta efectúe tanto en tierra como en el aire (art. 118)⁴⁸.

En definitiva, al sólo poder ser sujeto activo de la infracción estudiada el comandante de la aeronave, estamos ante un delito propio o «de propia mano», en el que no cabe coautoría atribuible a persona distinta del mismo comandante cuando tal participación exija actos ejecutivos. Son imaginables, en cambio, participaciones no ejecutivas a título de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad⁴⁹.

2. Incumplimiento de las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo

El incumplimiento es, en sí mismo, según se ha apuntado, el núcleo de la acción en este delito, pero ello no impide su inclusión y consideración como elemento objetivo del tipo⁵⁰.

Incumplimiento es, según el diccionario de la lengua española, «falta de cumplimiento», la acción y el efecto de incumplir, esto es, de desobedecer o infringir una orden o una disposición⁵¹.

En este delito el incumplimiento viene expresamente referido a normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo.

⁴⁷ Cfr. M. Bravo Navarro, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación aérea», cit., p. 1833.

⁴⁸ Normas similares a las indicadas se contienen, para la aviación naval, en los artículos 179 a 193 de las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo (BOE núm. 129, de 30 de mayo, con corrección de errores en el núm. 148, de 21 de junio).

⁴⁹ Cfr., con respecto al delito de conducción temeraria, Á. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, *Derecho Penal*, t. II (Parte Especial), cit., p. 444.

⁵⁰ Cfr. E. Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, cit., p. 369.

⁵¹ Vid. M.^a Moliner, *Diccionario de uso del español*, H-Z, Gredos, Madrid, 1990, p. 115.

Tales conceptos han de entenderse en un sentido general y amplio. Las «normas» son reglas sobre la manera cómo se debe hacer o está establecido que se haga algo, en este caso la forma de pilotar o conducir la aeronave. Por «orden» hay que entender cualquier prescripción de la autoridad competente y, desde luego, conforme a lo previsto en el artículo 19 del propio Código, todo mandato relativo al servicio que un superior da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden. En cuanto a las «instrucciones», son reglas o pautas que se dan para ejecutar algo, en este supuesto para manejar adecuadamente la aeronave.

En definitiva, con estos términos de «normas, órdenes e instrucciones», el legislador ha pretendido incluir cualquier regla o mandato que el comandante de la aeronave debe cumplir en su conducción o pilotaje. Por supuesto, como se destaca en el propio preámbulo de la Ley, entre tales reglas están las básicas de la navegación aérea contenidas tanto en el Reglamento de Circulación Aérea Operativa⁵² como en el Reglamento de Circulación Aérea⁵³, pero también las pautas incluidas en las instrucciones de la cadena de mando y cuantas previsiones se deriven del correspondiente plan de vuelo.

⁵² La exigencia de que el tránsito aéreo sea ordenado y seguro se satisface, en principio, con el Reglamento de Circulación Aérea, que tiene innegable vocación de universalidad, en el sentido de que toda aeronave que se encuentre en el territorio nacional o en tanto sobrevuele el espacio aéreo español ha de sujetarse a sus prescripciones. No obstante, el citado reglamento no contempla las específicas necesidades del tráfico aéreo militar.

A cubrir tales necesidades, desarrollando el marco legal necesario para dar debida respuesta a las exigencias globales del tránsito aéreo y contribuir a la seguridad en vuelo de todo tipo de aeronaves, tiende el *Reglamento de Circulación Aérea Operativa*, aprobado por Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio (*BOE* núm. 191, de 11 de agosto), modificado por la Orden 2167/2002, de 26 de agosto (*BOE* núm. 209, de 31 de agosto), y, asimismo, en concretas cuestiones técnicas, por la Orden de 16 de enero de 1998 (*BOE* núm. 19, de 22 de enero).

El Reglamento de Circulación Aérea Operativa y el Reglamento de Circulación Aérea integran un bloque normativo único a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación Aérea.

El Reglamento de Circulación Aérea Operativa define las normas relativas a la utilización del espacio aéreo por la circulación aérea operativa, establece las reglas adecuadas para garantizar el desarrollo seguro y eficaz de las actividades de esta circulación (tales reglas son coherentes con los acuerdos internacionales ratificados por España y compatibles con las de la circulación aérea general), y determina la naturaleza de los servicios prestados por las organizaciones relacionadas con el tránsito aéreo militar.

⁵³ El vigente *Reglamento de Circulación Aérea* es el aprobado por Real Decreto 57/2002, de 18 de enero (*BOE* núm. 17, de 19 de enero), que sustituyó al Reglamento aprobado por Real Decreto 73/1992, de 31 de enero (*BOE* núm. 43, de 19 de febrero), afectado ya por los cambios introducidos por la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), por las modificaciones habidas en los anexos del Convenio de Chicago y por las reformas derivadas de la necesidad de adaptar las operaciones de vuelo a las innovaciones técnicas producidas en materia de aeronavegación.

El plan de vuelo («flight plan») es el informe en el que se indican todos los datos referentes al vuelo, debiendo constar, además de la información técnica añadida por el comandante, el lugar de salida, destino, altitud, velocidad de crucero y demás puntos por los que pasará la aeronave⁵⁴.

La no observancia de tales normas, órdenes o instrucciones es elemento básico sustancial de este delito, pero común a las dos infracciones contra los deberes del mando de aeronave militar incorporados por la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, esto es, el incumplimiento, en sí mismo, puede integrar tanto el delito del artículo 170 *bis* del Código penal militar como la falta muy grave del artículo 17.8 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. La diferencia entre delito o falta hay que buscarla en los restantes elementos objetivos del tipo y, en concreto, en la efectiva puesta en peligro de intereses personales o de la propia aeronave.

3. Puesta en riesgo de la vida o la seguridad de las personas o puesta en peligro de la propia aeronave

El tipo descrito en el artículo 170 *bis* requiere, como delito de peligro concreto, que el incumplimiento del comandante de la aeronave bien

El Reglamento de Circulación Aérea ha sido modificado por Orden 2220/2004, de 6 de julio (*BOE* núm. 163, de 7 de julio), por Orden 2912/2005, de 19 de septiembre (*BOE* núm. 227, de 22 de septiembre), por Orden 2733/2006, de 28 de agosto (*BOE* núm. 212, de 5 de septiembre), por Orden 4063/2006, de 29 de diciembre (*BOE* núm. 4, de 4 de enero de 2007, con corrección de errores en el núm. 42, de 17 de febrero), y por Orden 3531/2007, de 29 de noviembre (*BOE* núm. 291, de 5 de diciembre).

⁵⁴ Tales puntos suelen ser estaciones VOR e intersecciones que ya están establecidas por la OACI y que a su vez conforman las rutas aéreas. También se suelen incluir datos referentes a la aeronave, como carga de combustible, nombre del comandante, hora y fecha (ZULU). El plan de vuelo puede ser visual (VFR) o instrumental (IFR). En el caso de vuelo VFR se incluirán los puntos por dónde pasará la aeronave, en el caso de vuelos IFR se deberán indicar puntos de salida y aproximación instrumental que ya están establecidos como estándares. También se harán constar las aerovías y puntos de reporte obligatorios.

En general, en un plan de vuelo se especifica: *a*) la altitud o nivel de vuelo; *b*) el equipo de navegación con que cuenta la aeronave y el tipo de transpondedor; *c*) el equipo de salvamento que se encuentra a bordo; *d*) la identificación o matrícula de la aeronave; *e*) el tipo de vuelo [aviación general, aviación militar, vuelo con itinerario (*Scheduled*), vuelo sin itinerario (*Non-Scheduled*)]; *f*) número de tripulantes (y nombres); *g*) categoría de la estela turbulenta (ligera, media, pesada); *h*) velocidad de crucero; *i*) tiempo estimado en ruta (EET); *j*) el o los aeropuertos alternativos; *k*) autonomía de la aeronave (el combustible a bordo, expresado en horas); *l*) personas a bordo, además de los tripulantes; *m*) color y marcas de la aeronave; *n*) observaciones; *o*) otros datos [sirve para señalar el nombre de los pasajeros, quién es el operador de la aeronave, nombre y número de licencia, en su caso, del instructor a bordo, etc]; *p*) nombre del piloto al mando y del primer oficial y sus números de licencia; *q*) el domicilio de los pilotos (o base de vuelo); *r*) firma del piloto o comandante de la aeronave; *s*) firma del comandante del aeropuerto.

ponga en riesgo la vida o la seguridad de las personas bien ponga en peligro la propia aeronave: la ausencia de riesgo o peligro opera, en estos delitos, como un elemento negativo del tipo de injusto⁵⁵.

Se pone en riesgo la vida o seguridad de las personas cuando, según las reglas objetivas del criterio humano y máximas de experiencia, la conducta del comandante de la aeronave comporta una elevada probabilidad de que se produzca un resultado mortal o lesivo. Como advierte la doctrina, la naturaleza peligrosa de la acción no puede percibirse sino acudiendo a una consideración *ex ante*, porque el peligro consiste en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción del sujeto con aquello *quod plerumque accidit*; un juicio de tal clase carece de sentido cuando se formula *ex post*: el peligro pasado ya no es peligro, pues, presupuesto lo que realmente ha ocurrido, nunca «pudo» pasar otra cosa que lo que efectivamente sucedió⁵⁶.

Pero el riesgo, en sí mismo, ha de ser real⁵⁷ y efectivo, no resultando suficiente con que meramente pudiese existir⁵⁸. El riesgo puede afectar a cualquier persona, esté fuera o dentro (tripulación, pasaje) de la aeronave, con exclusión del sujeto activo, esto es, del propio comandante.

Se cumplirá también esta exigencia típica objetiva cuando, aun no generándose riesgo para la vida o la seguridad de las personas, el incumplimiento del comandante pone en peligro la propia aeronave. En cambio, no se integra el delito cuando, con la acción, se cause un riesgo real a otro bien distinto a la aeronave, por muy elevado que fuese su valor económico o por muy relevante y trascendente que pudiera resultar su pérdida.

En estos supuestos de riesgo para la aeronave, el hecho podría integrar, asimismo, el delito previsto en el artículo 168 del Código penal militar, según el cual, «el comandante de aeronave militar que, por infracción de las medidas de seguridad en la navegación, colocare la aeronave injustificadamente en situación de peligro será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años». De ser así, el concurso –de leyes– se resolvería a favor del artículo 170 *bis*, que sanciona el hecho con pena de mayor gravedad.

Menos problemas de delimitación con el nuevo delito presenta el previsto en el artículo 170, que sanciona al «comandante de la aeronave que se

⁵⁵ Cfr. A. Beristain Ipiña, «Resultado y delitos de peligro», cit., p. 460.

⁵⁶ Cfr. J. M.^a Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte General, cit., p. 427.

⁵⁷ Cfr. A. Beristain Ipiña, «Resultado y delitos de peligro», cit., pp. 455-456.

⁵⁸ Vid. C. Ganzenmüller, J. F. Escudero y J. Frigola, *Los delitos contra la seguridad del tráfico (Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor)*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 194.

apartare del plan de vuelo expresamente ordenado», por cuanto el mismo no requiere la producción de resultado alguno, esto es, el delito se perfecciona con el mero apartamiento del plan de vuelo, sin requerirse riesgo alguno para las personas o peligro para la aeronave. De darse dicho riesgo o tal peligro, el delito cometido sería el del artículo 170 *bis* del Código.

En otro orden, si como consecuencia de la conducta del comandante se produjesen, efectivamente, lesiones o la muerte de personas ajenas al vuelo, de la tripulación o del pasaje o se causaren daños a la aeronave, cabría entender que la producción del resultado excluye la aplicación de este tipo (el previsto en el artículo 170 *bis* del CPM), incorporado, según se ha expuesto, para adelantar las barreras de la protección penal, al darse un concurso de leyes con relación de subsidiariedad tácita. Lo lógico, a mi entender, para evitar soluciones materialmente injustas, hubiera sido la previsión expresa de que, cuando de la conducta del comandante de la aeronave resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que fuese su gravedad, se apreciará tan sólo la infracción más gravemente penada⁵⁹.

E. CULPABILIDAD

La conducta prevista en el artículo 170 *bis* del Código penal militar ha de ser dolosa, es decir, el comandante ha de ser consciente de que está incumpliendo alguna norma, orden o instrucción relativa a la navegación aérea o al plan de vuelo de la aeronave y que tal incumplimiento pone en riesgo la vida o la seguridad de las personas o pone en peligro la propia aeronave.

El dolo puede ser directo o –lo que acontecerá con más frecuencia– indirecto o eventual, pero, en todo caso, ha de ser un dolo de peligro, que excluye la intención de producir el resultado mortal o lesivo.

F. PENALIDAD

Las penas establecidas para el delito del artículo 170 *bis* del Código penal militar son las de «uno a seis años de prisión e inhabilitación definitiva para el mando de aeronaves militares», siendo esta segunda una pena

⁵⁹ Así se establece para los delitos contra la seguridad del tráfico en el artículo 383 del Código penal. *Vid.*, en sentido crítico, J. M.^a Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 10.^a edic., revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1987, p. 1047.

—privativa de derechos— preceptiva y no potestativa o alternativa como hasta ahora venía prevista en la legislación punitiva castrense.

Aunque con antecedentes en el Código penal de la Marina de Guerra de 1888, la pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar constituyó novedad en el texto vigente, la que justificó la doctrina por considerarla «una pena muy adecuada para las infracciones culposas o de peligro», «una medida preventiva que trata de evitar futuras acciones imprudentes del condenado al mando de un buque de guerra o de una aeronave militar, cuya responsabilidad ha probado que no puede asumir»⁶⁰.

No obstante, el vigente Código penal preveía esta pena sólo como alternativa (art. 167) o como potestativa (arts. 170, 171, 176 y 177), nunca como preceptiva, según hace ahora el artículo 170 *bis*.

La inhabilitación para el mando de aeronave militar es una pena principal que «priva al penado, con carácter permanente, del mando de la misma» (art. 34 CPM). El condenado conservará, sin embargo, los títulos o los cursos que le conferían la capacitación técnica para el pilotaje de la aeronave⁶¹.

Al tratarse de una pena de carácter permanente, al condenado no le será posible volver a mandar una aeronave militar, pero sí podrá ejercer la profesión de piloto en la vida civil, posibilidad que, según Fernández Rodera, ha de aceptarse «siempre y cuando se hubiere obtenido la correspondiente convalidación, con arreglo a los requisitos administrativamente exigidos, con anterioridad a la imposición de la pena, o bien, en su caso, se obtuviere con posterioridad la titulación civil»⁶².

La penalidad, en lo que a la privación de derechos (mando de aeronave militar) hace referencia, es acertada por su rigurosa adecuación al hecho sobre la que recae. En cambio, respecto a la privación de libertad, la extensión establecida me resulta excesiva, especialmente en cuanto a su límite inferior (un año de prisión), que dobla el previsto en el artículo 170 para el comandante de aeronave que se aparte del plan de vuelo expresamente ordenado. La pena contrasta, además, con otras fijadas para hechos de similar o mayor entidad, como la inutilización de la aeronave mediante aterrizaje indebido, su colisión o los daños de consideración a la carga cometidos por imprudencia, castigados con prisión de cuatro meses a cuatro años (art. 167.1 CPM).

⁶⁰ Cfr. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación marítima», cit., pp. 1854-1855.

⁶¹ Cfr. J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, t. I (Parte General), Bosch, Barcelona, 1990, p. 477.

⁶² J. A. Fernández Rodera, «Consecuencias de las penas», en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 510.

Una pena de cuatro meses a cuatro o seis años de prisión hubiera sido más razonable, sobre todo teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que acontece en los demás delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación, esta infracción, según se ha señalado, comporta preceptivamente la inhabilitación para el mando de aeronave militar.

Por último, destacar que el artículo 170 *bis* del Código penal militar no prevé una más rigurosa penalidad para tiempo de guerra, lo que resulta cuestionable, dada la relevancia que, en supuestos concretos, dicha circunstancia excepcional puede tener respecto al hecho sancionado.

IV. EL NUEVO ILÍCITO DISCIPLINARIO

A. INTRODUCCIÓN

Tras la adición llevada a cabo por el artículo 2.º de la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, procederá la incoación de expediente gubernativo, entre otras causas, por «incumplir las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de una aeronave militar, sobrevolando a baja altura núcleos o zonas habitadas, o causando alarma social, o produciendo perturbaciones a la población civil, siempre que no constituya delito» (art. 17.8 LRDFAS). Mediante el expediente gubernativo pueden imponerse a los militares, por infracciones muy graves, las sanciones disciplinarias extraordinarias previstas en la Ley.

El nuevo ilícito disciplinario es una infracción contra los deberes del mando de aeronave militar, contra los deberes del servicio que corresponden al comandante de la aeronave, si bien sustancialmente –como su correlativo delito– sea una falta pluriofensiva, que, como otras causas de expediente gubernativo, afecta, de manera inmediata, a la eficacia, disciplina y organización de las fuerzas armadas y a su prestigio y buen nombre, y, con carácter mediato, al cumplimiento de las funciones que a la institución atribuye el ordenamiento jurídico⁶³.

B. ELEMENTOS TÍPICOS

Los elementos típicos de la infracción muy grave prevista en el artículo 17.8 de la Ley Disciplinaria Militar son los siguientes:

⁶³ *Vid.* F. Pignatelli y Meca, «Las causas de imposición de sanciones disciplinarias extraordinarias», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998), con jurisprudencia y formularios*, coord. de J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, p. 620.

a) El sujeto activo, que, como en el delito previsto en el artículo 170 del Código penal militar y aunque aquí no lo señale la Ley de modo expreso, sólo puede ser el comandante de la aeronave militar o, lo que es lo mismo, el piloto expresamente designado para ejercer el mando de la misma. En este punto me remito a lo ya expuesto en el apartado III.D.1 precedente.

b) El núcleo básico de la conducta prevista en el artículo 17.8 de la Ley Disciplinaria Militar es el incumplimiento de las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de una aeronave militar, elemento sustancial respecto al cual valen las consideraciones formuladas en el apartado III.D.2.

c) El incumplimiento debe ser penalmente atípico, esto es, la conducta no puede constituir delito. Si el incumplimiento pone en peligro la vida o seguridad de las personas o la propia aeronave, la conducta, como se ha señalado, integrará el delito del artículo 170 *bis* del Código penal militar. Si se infringieran medidas de seguridad en la navegación y, como consecuencia de ello, se colocare la aeronave en situación de peligro, la conducta también podría integrar el delito del artículo 168 del propio Código. Y, aun sin generarse riesgo en las personas o peligro en las cosas, si el incumplimiento del comandante de la aeronave consistiese en apartarse del plan de vuelo expresamente ordenado, la conducta constituiría el delito del artículo 170 del Código. Incluso, en caso de incumplimiento de específicas órdenes militares, la conducta podría ser sancionada conforme al artículo 102 del texto punitivo castrense, esto es, como delito de desobediencia. En ninguno de dichos supuestos –al no concurrir el indicado elemento negativo del tipo– la conducta del comandante de aeronave sería constitutiva de la nueva infracción prevista en el artículo 17.8 de la Ley Disciplinaria.

d) Por último, el incumplimiento ha de consistir, necesariamente, en sobrevolar a baja altura núcleos o zonas habitadas o bien causar alarma social o producir perturbaciones a la población civil.

El sobrevuelo a baja altura de núcleos o zonas habitadas está, en principio, prohibido por el riesgo y las molestias que comportan para la población. Y, salvo que la acción estuviese expresamente autorizada, constituye, por sí misma, el ilícito disciplinario analizado, sin requerirse alarma social o perturbación efectiva a la población⁶⁴.

⁶⁴ La intención del legislador parece que fue sancionar los «sobrevuelos a baja altura» sólo cuando causasen alarma social o produjesen perturbaciones a los ciudadanos (*vid.* el apartado sexto del preámbulo de la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio), pero no es eso lo que se plasmó en el texto normativo, que con las disyuntivas «o», separa los tres supuestos en que la conducta es merecedora del máximo reproche disciplinario.

Por otra parte, sea cual sea el incumplimiento de normas, órdenes o instrucciones de la navegación, la conducta integrará esta falta muy grave cuando el mismo cause alarma social o cuando produzca perturbaciones a la población civil. Alarma social se dará cuando, como consecuencia del incumplimiento, aparezca un brote generalizado de indignación o temor, con independencia de la trascendencia mediática del hecho. La perturbación a la población civil se producirá cuando, de la conducta del comandante de la aeronave, se derive un trastorno cierto del orden de las zonas sobrevoladas. En ambas hipótesis se trata de sendos elementos típicos normativos, que habrán de ser constatados, en cada caso, por el juzgador.

En los supuestos en que no concurra ninguno de estos elementos conformadores de la nueva infracción, el incumplimiento de normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de la aeronave podrá ser corregido, como ilícito disciplinario grave conforme, según los casos, a las previsiones de los números 1 («dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio»), 2 («incumplir los deberes militares propios del destino o puesto que se desempeñe cuando no constituya infracción más grave o delito»), 5 («inobservancia grave de las normas reglamentarias relativas al armamento, material o equipo»), 12 («ocasionar actos que supongan riesgo para la seguridad de una fuerza o unidad militar») o 20 («falta de subordinación, cuando no constituya delito») del artículo 8.º de la Ley Disciplinaria Militar. Y, en todo caso, como falta leve, conforme a los números 2 («inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas») o 34 («inobservancia leve de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la institución militar») del artículo 7.º de la misma Ley.

C. LA SANCIÓN DE PÉRDIDA DEFINITIVA DE LA APTITUD AERONÁUTICA

La falta muy grave del artículo 17.8 de la Ley Disciplinaria puede ser corregida con cualquiera de las sanciones extraordinarias previstas por el artículo 18: pérdida de puestos en el escalafón, pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica, suspensión de empleo o separación del servicio.

Cabe advertir, ante todo, que la nueva sanción de pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica si bien «sólo puede imponerse a los pilotos de una aeronave militar cuando incurran en la responsabilidad disciplinaria prevista en el número 8 del artículo 17 de la Ley» (art. 19 *bis*.2 LRDFAS), no es preceptiva en ningún caso, sino alternativa, con lo que, a mi modo de

ver, no se ha plasmado en la Ley lo que, sin duda, era la voluntad del legislador, que introdujo esta nueva sanción disciplinaria por considerar que la pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica es la medida «que se considera eficaz e idónea para quienes, con su actitud irresponsable, sobrevuelan a baja altura las poblaciones causando alarma o perturbaciones a los ciudadanos que, por su condición militar, vienen obligados a proteger».

Por ello, considero que lo adecuado hubiese sido corregir el hecho con cualquiera de las sanciones comunes (pérdida de puestos en el escalafón, suspensión de empleo o separación del servicio) y, en todo caso, con la específica de pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica, con lo que, además, se hubiese mantenido la estructura sancionadora del delito del artículo 170 *bis* del Código penal militar.

En cuanto al contenido y alcance de la nueva sanción, el artículo 19 *bis* de la Ley Disciplinaria Militar establece que «la pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica privará al sancionado de su aptitud para el vuelo en cualquier tipo de aeronave militar, sin que pueda revalidarla o renovarla, y llevará consigo la anulación definitiva de las tarjetas o documentos acreditativos de la aptitud aeronáutica».

Como el penalmente inhabilitado para el mando de aeronave militar, el sancionado con pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica podrá pilotar aeronaves no militares si dispone –por convalidación u obtención directa– de la titulación civil correspondiente.

V. CONCLUSIÓN

La reforma de la Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio, en el Código penal militar y en la Ley disciplinaria de las fuerzas armadas ha tenido por objeto la previsión expresa de determinados incumplimientos, por parte del comandante de aeronave militar, de las normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo.

A tales incumplimientos –que, en definitiva, suponen la realización de vuelos sin observar las medidas de seguridad establecidas– la reforma hace frente con la conformación de dos nuevas infracciones: un tipo penal (el delito del artículo 170 *bis* del CPM) y otro disciplinario (la falta muy grave del artículo 17.8 de la LRDFAS).

Ambos ilícitos son infracciones contra los deberes del mando de aeronave militar y, por tanto, contra los deberes del servicio relacionados con la navegación, integrados dentro de la amplia categoría de delitos y faltas contra el servicio militar. Son, sin embargo, infracciones sustancialmente

pluriofensivas, que también atentan a la disciplina, pueden afectar a la vida propia, de la tripulación y de terceros y poner en peligro la seguridad de la aeronave y de otros bienes civiles y militares, así como dañar gravemente el prestigio de las fuerzas armadas.

Por lo que al nuevo tipo penal respecta, es un delito de peligro concreto, en el que se requiere que el incumplimiento del comandante «ponga en riesgo la vida o la seguridad de las personas o ponga en peligro la propia aeronave». La conducta supone, en sede de culpabilidad, dolo directo o eventual, pero, en todo caso, de peligro, que excluye la intención de producir un resultado mortal o lesivo. Como delito «de propia mano», no cabe en él coautoría atribuible a persona distinta del comandante de aeronave cuando tal participación exija actos ejecutivos.

La nueva falta muy grave (causa de incoación de expediente gubernativo) viene referida a los incumplimientos de normas, órdenes o instrucciones relativas a la navegación aérea o al plan de vuelo de la aeronave que sean penalmente atípicos. En tales supuestos, si se sobrevuelan a baja altura núcleos o zonas habitadas, se causa alarma social o se producen perturbaciones a la población civil, el hecho merecerá el máximo reproche disciplinario.

Con la reforma se lleva a cabo una tipificación más precisa de los hechos contemplados, sin embargo lo realmente novedoso y trascendente en el ámbito de ambos ilícitos son sus sanciones específicas.

Por una parte, en el orden punitivo, se establece la inhabilitación definitiva para el mando de aeronaves militares como pena preceptiva y no como potestativa o como alternativa, según venía hasta ahora prevista en la legislación castrense. Por otra, en el ámbito disciplinario, la reforma introduce la pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica como sanción propia —que no única ni preceptiva— imponible a los comandantes de aeronave militar por la falta muy grave tipificada. Con dichas medidas —pena y sanción— se impide que los autores de vuelos sin observancia de las normas de seguridad establecidas puedan volver a pilotar una aeronave militar.

En definitiva, pese a algún aspecto político-normativo cuestionable y a algunas deficiencias técnicas que han sido advertidas, la reforma, de escaso contenido y limitado alcance, merece una valoración positiva, por cuanto constituye la respuesta —penal y disciplinaria— adecuada a unos hechos que, ciertamente y al margen de su gravedad y posible trascendencia, resultan incompatibles con la propia función atribuida a las fuerzas armadas.