



INFORME AL ANTEPROYECTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

I

ANTECEDENTES

1. Con fecha 2 de agosto de 2013 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), el texto del Anteproyecto de la Ley Orgánica de Código Penal Militar (en adelante ACPM), remitido por la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia a efectos de emisión del preceptivo Informe conforme a lo previsto en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ).
2. La Comisión de Estudios e Informes, en virtud de la aplicación de su Protocolo interno, acordó designar ponente al Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Uría Etxebarria, y en reunión de fecha 7 de octubre de 2013, aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno de este Consejo.

II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3. La función consultiva del CGPJ a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, “f) *Leyes penales y normas sobre régimen penitenciario*”.

4. Por otra parte, como es práctica habitual en el ejercicio de su función consultiva el Consejo se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 CE. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.
5. Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido declarando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.



III

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

6. El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos, que describe y justifica la reforma y de un texto articulado integrado por 88 artículos, estructurados en dos Libros, Primero y Segundo, que contienen respectivamente, la Parte general y la Parte especial. El Libro Primero se compone de tres Títulos y el Libro Segundo de seis; con los Capítulos que a continuación se especificarán. Además cuenta con tres Disposiciones transitorias, Derogatoria única y cuatro Disposiciones finales. .
7. El Libro Primero, rubricado “*Disposiciones Generales*”, agrupa los artículos 1 a 23, distribuidos en tres Títulos:
8. Título I, “*Ámbito de aplicación del Código Penal Militar y definiciones*”, artículos 1 a 9, concreta el ámbito de aplicación del CPM (artículo 1) y contiene las definiciones, a los efectos del CPM, propias de un código castrense, de “*militares*” (artículo 2), “*autoridades militares*” (artículo 3), “*centinela*” (artículo 4); “*superior*” (artículo 5), “*actos de servicio*” (artículo 6), “*enemigo*” (artículo 7) y “*orden*” (artículo 8).
9. Título II, “*Del delito militar*”, comprende los artículos 9 y 10. El primero de ellos aborda la definición de delito militar. En el segundo, se reconoce como atenuante muy cualificada la provocación u otra actuación injusta por parte del superior que haya producido en el subordinado arrebató, obcecación u otro estado pasional semejante y aborda la definición de reincidencia a los efectos del CPM.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

10. Título III, “*De las penas*”, con seis Capítulos: Capítulo I “*De las penas y sus clases*”, artículos 11 a 14; Capítulo II “*Penas que llevan consigo otras accesorias*”, artículo 15, Capítulo III “*Efectos de las penas*”, artículos 16 y 17; Capítulo IV “*Aplicación de las penas*”, artículo 19 a 21; Capítulo V “*De las formas sustitutivas de ejecución de las penas y de la libertad condicional*”, artículo 22; Capítulo VI “*De las medidas de seguridad y consecuencias accesorias*”.
11. El Libro II se rubrica “*Delitos y sus penas*” y se compone de los artículos 24 a 88, distribuidos en seis Títulos:
12. Título I, “*Delitos contra la seguridad y defensa nacionales*”, consta de ocho Capítulos: Capítulo I; “*Traición militar*”, artículo 24; Capítulo II, “*Espionaje militar*”, artículo 25; Capítulo III, “*Revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales*”, artículo 26, capítulo IV, “*Atentados contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales*”, artículos 27 a 29; Capítulo V “*Incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio*”, artículo 30; Capítulo VI, “*Disposiciones comunes a los capítulos anteriores*”, artículos 31 a 33; Capítulo VII, “*Delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar*” artículos 34 y 35; Capítulo VIII. “*Ultrajes a España e injurias a la organización militar*”, artículos 36 y 37.
13. Título II, “*Delitos contra la disciplina*”, está integrado por tres Capítulos. El Capítulo I, rubricado “*Sedición militar*”, comprende los artículos 38 a 41. El Capítulo II, “*Insubordinación*”, se compone de dos Secciones: Sección 1ª, “*Insulto a superior*”, artículos 42 y 43 y Sección 2ª, “*Desobediencia*”, artículo 44. El Capítulo III, “*Abuso de autoridad*”, engloba los artículos 45 a 48.



14. Título III, “*Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares*”, integrado por los artículos 49 y 50.

15. Título IV, rubricado “*Delitos contra los deberes del servicio*”, está formado por los artículos 51 a 81, con ocho Capítulos. Capítulo I, “*Cobardía*”, artículos 51 a 54. Capítulo II, “*Deslealtad*”, artículos 55 a 57. Capítulo III, “*Delitos contra los deberes de presencia y de prestación de servicio*”, con cinco secciones: Sección 1ª, “*Abandono de destino o residencia*”, artículo 57; Sección 2ª “*Deserción*”, artículo 59; Sección 3ª, “*Quebrantamientos especiales del deber de presencia*”, artículo 60; Sección 4ª “*Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio*”, artículo 61; Sección 5ª “*Disposición Común*”, artículo 62. Capítulo IV, “*Delitos contra los deberes de mando*”, con dos Secciones: sección 1ª “*Incumplimiento de deberes inherentes al mando*”, artículos 63 a 66; Sección 2ª “*Extralimitaciones en el ejercicio del mando*”, artículos 67 y 68. Capítulo V “*Quebrantamiento de servicio*”, con tres Secciones: Sección 1ª “*Abandono de Servicio*”, artículo 69; Sección 2ª “*Delitos contra los deberes del centinela*”, artículos 70 y a 71; Sección 3ª “*Embriaguez en acto de servicio*”, artículo 72. Capítulo VI “*Delitos de omisión del deber de socorro*”, artículos 73 y 74. Capítulo VII “*Delitos contra la eficacia del servicio*”, artículos 75 a 79. Capítulo VIII “*Delitos contra otros deberes del servicio*”, artículo 81.

16. Título V, denominado “*Delitos contra la administración de Justicia Militar*”, con un único artículo, el 82.



17. Título VI, *“Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar”*, comprende los artículos 83 a 88.
18. Las Disposiciones transitorias se refieren respectivamente a la *“aplicación de la ley penal más favorable”* (1ª); la *“rectificación de oficio de sentencia”* (2ª); y la *“aplicación de normas más favorables en sentencias que no hayan ganado firmeza”* (3ª).
19. La Disposición derogatoria única proclama la derogación de la LO 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la norma proyectada.
20. Las Disposiciones finales versan sobre la *“Modificación de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar”* (1ª); *“Modificación de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de régimen de personal del cuerpo de la Guardia Civil”* (2ª); *“Título competencia”* (3ª) y *“Entrada en vigor”* (4ª).
21. El Anteproyecto, que ha sido elaborado por el Ministerio de Defensa, viene acompañado de la Memoria Abreviada del Análisis de Impacto Normativo (MAIN en adelante), con su resumen ejecutivo, que consta de siete apartados: 1. Justificación de la memoria abreviada; 2. Base jurídica y rango del proyecto normativo, 3. Breve descripción del contenido y de la tramitación de la propuesta normativa; 4. Oportunidad de la norma; 5. Listado de las normas que quedan derogadas; 6. Impacto económico presupuestario; 7. Impacto por razón de género.



22.Finalmente, se acompaña un Anexo I que incorpora el informe sobre las observaciones no recogidas formuladas al anteproyecto de la Ley Orgánica de Código Penal Militar, formuladas por el Estado Mayor del Ejército, Estado Mayor de la Armada; Estado Mayor del Aire, la Fiscalía Togada del Tribunal Supremo; la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, la Dirección General de la Guardia Civil, La AUME y la Asociación de Militares de Tropa y Marinería (AMTM).

IV

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

23.La norma jurídica proyectada se explica y justifica, según su propia Exposición de Motivos (EM) y la MAIN que acompaña al Anteproyecto en los seis motivos siguientes que enumera:

24.1.- El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del actual Código Penal Militar (CPM), aprobado por Ley Orgánica (LO) 13/1985, de 9 de diciembre, que entró en vigor el 1 de junio de 1986.

25.2.- El mandato establecido en el apartado 3 de la Disposición Final 8ª de la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que dice: *“El Gobierno también deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley para la actualización de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Militar y para realizar las necesarias adaptaciones de las leyes procesales militares”*.

26.En esta misma Disposición Final se ordenaba la remisión, en el plazo de un año, de un Proyecto de Ley de reforma de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuyo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Anteproyecto fue sido informado por este Consejo; encontrándose el Proyecto en la actualidad en el Congreso de los Diputados, en su tramitación parlamentaria.

27.3.- La naturaleza de ley penal especial del CPM, que, como se resalta en la EM debe acoger *“en su articulado únicamente los preceptos que no tiene cabida en el texto común o, aún teniéndola, requieren una previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense que preside su reconocimiento constitucional”*.

28.4.- El proceso de modernización de la organización militar, la profesionalización de las Fuerzas Armadas (FAS en adelante), el nuevo modelo organizativo y de despliegue territorial de la fuerza y la permanente participación de unidades militares españolas en misiones internacionales fuera de nuestro territorio, integradas en unidades multinacionales o en organizaciones supranacionales.

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

30.6.- Finalmente, la necesidad de introducir nuevas figuras delictivas, que, agrupadas en un Título propio, otorguen protección penal al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares, por imperativo de la citada Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las FAS.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Reformas a las que hay que añadir aquellas de orden técnico derivadas de la experiencia en la aplicación jurisprudencia del Código Penal Militar de 1985 y otras de adaptación terminológica a un lenguaje técnico-jurídico más actual y de común aceptación.

31. La LO 13/1985, de 9 de diciembre, del CPM, abordó de forma profunda, la reforma de la jurisdicción militar, en el ámbito material, desde los principios constitucionales y en particular el de unidad jurisdiccional del artículo 117.5 Constitución Española (CE), partiendo de la consideración de su carácter de Derecho penal especial, optando por un sistema complementario, para consignar en el CPM solamente aquellas disposiciones diferenciadas del Código Penal (CP) común que le son propias o necesarias, especialmente los tipos penales que describen los delitos militares, remitiéndose para el resto, y en particular en las disposiciones generales, al CP común.

32. Pero, esta determinación no pudo alcanzar su pleno desarrollo porque en ese momento el proyecto del nuevo Código Penal común no tenía una cercana aprobación, por lo que no era posible hacer remisiones ni al CP entonces vigente, que iba a desaparecer, ni a otro del que solo existía un Anteproyecto. De ahí que, ni en la parte especial ni, fundamentalmente, en la general, pudiera conseguirse un CPM breve, a la imagen de los CPM modernos como la Ley Penal Militar de la República Federal de Alemania de 1974.

33. Por ello, la promulgación de un nuevo Código Penal común en 1995, que ha sufrido ya 25 reformas (siendo dos de ellas de enorme calado y extensión, las operadas por LO 15/2003 y 5/2010) justificaba la reforma del CPM, para circunscribirlo a las especialidades o peculiaridades militares difícilmente encuadrables en el CP común,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

evitando tanto duplicidades innecesarias como diferencias en la regulación que originen problemas en la interpretación o en la aplicación. Desde estas premisas resulta oportuna la reforma del CPM, que, además, como anuncia la EM del ACPM, viene justificada, no solo para dar cumplimiento a la Disposición final 8.3 de la LO 9/2011, sino, fundamentalmente, por el cambio de las circunstancias que se ha producido desde 1985 y de las funciones y configuración actual de las FAS y la necesidad de recoger las obligaciones convencionalmente asumidas por España desde 1989 en el ámbito de la prevención de las violaciones de Derechos Internacional Humanitario; las aportaciones doctrinales y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo en la interpretación de los delitos e infracciones militares experiencia hacía necesaria la reforma del CPM y la necesidad de introducir figuras de nuevo cuño, como el acoso sexual en el ámbito militar o el delito contra la salud pública por militar y en lugar militar.

34. Es verdad que en la actualidad existe un Proyecto de LO de reforma del CP que supone una modificación relevante del CP en muchas materias. Pero tal Proyecto constituye un óbice para abordar la reforma del CPM, que se presenta como necesaria dado su lógico desfase con relación al CP 1995, al ser anterior a éste, lo que resulta especialmente relevante en temas tan importantes como el de la determinación de las penas o el encubrimiento, que se regula por el CPM vigente como una forma de participación al modo de como lo hacía el CP de 1973 y no como un delito autónomo, tal como se regula en el CP de 1995.

35. Con relación la ampliación de los tipos penales militares, conviene recordar que, como dice la STC Pleno 60/1991, de 14 de marzo, el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

artículo 117.5 CE no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la jurisdicción militar sólo pueda conocer de lo “estrictamente castrense”. Concepto que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los artículos 8 y 30 CE. Señala esa sentencia que *“Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para “las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional” (STC 160/1987) como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia militar todas las restantes conductas delictuales”*. Añadiendo más adelante que *“Como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido: con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 CE); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado “uti miles”, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.”*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

36. La singularidad constitucional de la jurisdicción castrense, reconocida en el artículo 117.5 CE, debería explicitarse en la normativa propia de aquélla mediante el enunciado de los principios rectores que deben servir de orientación a los operadores a la hora de valorar los bienes jurídicos que se vean afectados en los tipos penales militares.
37. De conformidad con la citada STC 60/1991, sólo deberán tipificarse como militares aquellos comportamientos que atenten contra intereses de las FAS, a su servicio, eficacia y organización, pudiendo completarse este criterio, en particular en tiempos de paz o en situación de normalidad, con otros, como el del autor (miembro de las FAS o Guardia Civil cuando no realiza funciones policiales), lugar de comisión (militar). La concurrencia de estos criterios nos lleva a considerar correcta la inclusión en el ACPM de delitos que hasta ahora solo son delitos comunes, como, a título de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos, los atentados contra la libertad o indemnidad sexual o el acoso sexual y profesional de un superior con relación a su subordinado, ambos militares, o el trato degradante, maltrato de obra o atentado contra la libertad sexual entre militares de igual rango perpetrados en lugares afectos a las FAS o a la Guardia Civil; los atentados contra la libertad sexual de un militar a su superior; o el tráfico de droga cometido por un militar en lugar militar. De igual modo, por entender que no resulta comprometido de modo prevalente el interés militar, se rechazan algunas de las inclusiones de conductas comunes, como así sucede, por ejemplo, con el delito de daños (artículos 75 y 77 ACPM) o en la falsedad documental (56 ACPM).



V

EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

LIBRO PRIMERO

“DISPOSICIONES GENERALES”

- 38.El Libro Primero del ACPM, bajo la rúbrica “*Disposiciones Generales*”, presenta una notable reducción de su articulado en relación con el vigente CPM, pasando de 48 artículos a 23. Advierte la EM que la razón de esta disminución se encuentra en la aplicación supletoria del CP, por lo que se ha procedido a depurar el Código penal castrense de numerosas disposiciones innecesarias, profundizándose así en el principio de complementariedad de la ley penal militar.
- 39.Desde la concepción del Derecho penal militar como un Derecho especial, el Anteproyecto avanza en el sistema de codificación complementaria, para recoger en el CPM solamente aquellas disposiciones diferenciadas del CP común que le son propias o necesarias, especialmente los tipos penales que describen los delitos militares, remitiéndose para el resto, y concretamente en las disposiciones generales, al CP común. Aprobado el CPM en el año 1985, bajo la vigencia del CP de 1973, una vez en vigor el CP de 1995, el ACPM elimina aquellas disposiciones que encontraban su justificación en el momento de la elaboración y aprobación del CPM, pero que hoy resultan innecesarias por encontrarse consagradas en el CP común, siendo algunas incluso contradictorias con éste, como por ejemplo sucede en relación a la regulación del encubrimiento.
- 40.Es por ello adecuada la supresión de los artículos 1 a 4 del vigente CPM, que recogen, respectivamente, los principios de legalidad,



culpabilidad, igualdad e irretroactividad de la ley penal –sin perjuicio de la retroactividad de la ley penal más favorable-, al ser innecesarios, al proclamar, desarrollar y regular estas garantías y principios penales el Título Preliminar del CP, cuyo artículo 9 declara la aplicación de *“las disposiciones de este Título a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales”*, entre las que se encuentra el CPM.

TÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL MILITAR Y DEFINICIONES

1.1.- Artículo 1

41. El artículo 1 ACPM regula el ámbito de aplicación del CPM y aglutina los artículos 5, 6, 7 y 7 bis del vigente CPM, con algunas modificaciones, precisiones y novedades, que se pasan a examinar.

1.- Número 1 del artículo 1.

42. El inciso primero del número 1 del artículo 1 ACPM trata sobre el ámbito objetivo de aplicación del CPM. Comienza con una declaración formulada en términos positivos sobre las infracciones objeto de su aplicación (*“1. El Código Penal Militar será de aplicación a las infracciones que constituyan delitos militares”*, que son definidos en el artículo 9). Tal indicación, que no existe en la regulación vigente, es adecuada en cuanto que, desde un primer momento, se anuncia y concreta el objeto de esta ley especial, cual es el delito militar. Aserción a la que, en el CPM vigente, solo se llega con un juicio de inferencia a partir de varios de sus preceptos del Título Primero del Libro Primero, al faltar la enunciación directa y clara de ámbito objetivo de aplicación.



43.A continuación, el ámbito objetivo de aplicación del CPM queda delimitado negativamente, al igual que hace el artículo 6 CPM actual, declarando que: *“Las infracciones disciplinarias cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil se registrarán por su legislación específica”*.

44.La redacción de este inciso, sustituyendo el adjetivo “*militares*” en referencia a las “*infracciones disciplinarias*”, por la expresión “*cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil*”, resulta más precisa y adecuada a la condición de la Guardia Civil, Instituto armado de naturaleza militar, que no forma parte de las FAS, dependiente del Ministerio del Interior en el desempeño de las funciones que se le atribuyen por la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y del Ministerio de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter miliar que se le encomienden (artículo 13 LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional).

2.-Número 2 del artículo 1.

45.El número 2 del artículo 1 ACPM, haciéndose eco del artículo 9 CP, proclama la aplicación supletoria de las disposiciones del CP a los delitos militares en lo no previsto expresamente en el CPM, siendo en todo caso de aplicación las disposiciones del Título Preliminar del CP. Aun cuando pudiera parecer innecesaria, por superflua, esta declaración en el CPM, al recogerse en el citado artículo 9 del CP común - que, conforme a lo en él proclamado es de obligada aplicación en todo caso en el CPM-, resulta conveniente su expresa mención en éste último, recordando su carácter de ley especial y, por tanto, la aplicabilidad del CP común.



46. Ha de resaltarse la afortunada supresión por el Anteproyecto de la cláusula de salvaguardia del artículo 5 CPM vigente, que condiciona la aplicabilidad de las disposiciones del CP a los delitos militares *“en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se oponga a los preceptos del presente Código,”* lo que constituye una precaución singular dentro del principio de especialidad. Con la supresión de esta cláusula se viene a reforzar el carácter complementario del Código castrense, tributario de su naturaleza de ley especial, que deberá consignar únicamente los preceptos que no tienen cabida en el CP común o, aún teniéndola, requieren alguna previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar (EM apartado I), remitiéndose en lo demás a la ley penal común. Por lo que es lógico pensar que en la redacción del CPM se han tenido en cuenta todas estas particularidades, de manera que si no se regula en el CPM es porque no existe ninguna especialidad o no hay razón que justifique su regulación diferenciada, resultando, en consecuencia, innecesaria y perturbadora aquella cláusula de salvaguardia.

3. Número 3, artículo 1.

47. El número 3 del artículo 1 ACPM reproduce el artículo 12.1 de la LO 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM), disponiendo que *“Cuando una acción u omisión constitutiva de un delito militar sea susceptible de ser calificada con arreglo al Código Penal y en éste le corresponda una pena más grave, se aplicará éste último por la Jurisdicción Militar”*.

48. Se advierte en el informe sobre las observaciones no recogidas formuladas al ACPM y que se acompaña como Anexo I, que el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

artículo 3.1 es una norma para la resolución de concursos de delitos, por lo que rechaza su supresión tal como proponía la Fiscalía Togada del Tribunal Supremo, al considerarla norma de competencia. En consecuencia, resulta esencial determinar la naturaleza del precepto para concluir sobre adecuada o inadecuada inclusión en el ACPM.

49. Al ser el artículo 1.3 idéntico al 12.1 LOCOJM, parece oportuno recordar que, con relación a este último precepto, la doctrina de la época mantenía que no es propiamente una regla para resolver el concurso de leyes, pues no tiene un sentido distinto al del principio de alternatividad entonces vigente (artículo 68 CP 1973). Concluyendo que se trata sólo de una atribución de competencia introducida adecuadamente en un precepto de una norma reguladora de la competencia y organización de la Jurisdicción militar. Es, pues, una norma procesal.

50. Tras la entrada en vigor del CP de 1995, la Sala de Conflictos y la Sala 5ª del Tribunal Supremo (TS 20-6-2005, rec. 2/2005), con una interpretación integradora de los artículos 8 y 9 CP y 5 CPM, teniendo en cuenta el principio de unidad del ordenamiento jurídico y la complementariedad de las normas penales militares respecto de las comunes, consideró que los concursos de las normas penales comunes y militares han de resolverse acudiendo a uno de los criterios prevalentes que establece ese artículo 8 CP y, en defecto de estas reglas, se aplicará la residual de la alternatividad con la excepción competencial prevista en el artículo 12.1 LO 4/1987. Sin embargo, el sector mayoritario de la doctrina entiende que este artículo 8 CP no es aplicable para la resolución de los conflictos de normas de distintos Códigos Penales (común y especial) como resulta de la expresión “*este Código*” del inciso primero de ese precepto.



51. A la vista de las razones que sustentan el rechazo de la propuesta de la Fiscalía Togada, ofrecidas en el informe anteriormente citado, parece que el ACPM, acoge esta última interpretación, por lo que, no considerando que el artículo 8 CP sea aplicable para resolver los conflictos de normas penales comunes y castrenses -en atención a su tenor literal-, establece en el artículo 1.3 los criterios –o más exactamente, el criterio- para la resolución de estos conflictos de normas (que no de delitos como incorrectamente dice en el informe) entre los dos Códigos penales distintos, que se resolverán por el principio de alternatividad. Esta solución resulta discutible pudiendo ser más idóneo extender la aplicación de los criterios del artículo 8 CP a los conflictos de normas comunes y militares, es decir, el de especialidad, subsidiaridad, consumación y solo en defecto de los anteriores, alternatividad.

52. Pero además, a esta regla de resolución de concursos de normas (material) se anuda una norma competencial (procesal), al indicar que, caso de que la resolución del conflicto fuera en favor de la norma del CP, por ser ésta la que castiga con pena más grave la conducta delictiva, el conocimiento corresponderá a la Jurisdicción militar. Norma que además de no ser necesaria –pues ya está prevista en el artículo 12.1 LO 4/87-, no resulta adecuada en un código sustantivo al tratarse de una disposición procesal.

4. Número 4 artículo 1

53. El número 4 ACPM del artículo 1 traslada el vigente artículo 7 bis CPM, añadido por la Disposición Adicional 4ª de la Ley Orgánica



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, regulando los supuestos de aplicación del ACPM a los miembros de la Guardia Civil. Frente al actual artículo 7 bis CPM, que, como dice la sentencia da la Sala 5ª TS de 30 de noviembre de 2011, determina cuándo no es aplicable el CPM a la Guardia Civil, el artículo 1.4 Anteproyecto, con una formulación positiva, establece los supuestos en los que el CPM se aplicará a la Guardia Civil, recogiendo la jurisprudencia y la doctrina de la Sala de Conflictos sobre el artículo 7 bis, que es compendiada, entre otras en, la STS Sala 5ª de 5 de julio de 2012, que con cita de la de 29 de mayo y 19 de enero de 2012, declara que: *“En efecto, como afirma nuestra Sentencia de 30 de noviembre de 2011, “de manera repetida hemos dicho, desde nuestra Sentencia de Pleno de 16 de abril de 2009 -y, en el mismo sentido, en las de 20 de abril y 6 de mayo de dicho año-, que el párrafo primero del artículo 7 bis del Código Penal Militar «introduce una exclusión aplicativa de dicho CPM, referida a los supuestos de realización, por los sujetos activos militares- Guardias Civiles, de hechos típicos previstos en dicho cuerpo legal, cuando obren en la realización o desempeño de actos propios 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”». Añadiendo, en la Sentencia de 27 de mayo de 2009, que «lo realmente decisivo, al efecto de que se trata, no es tanto que la actuación u omisión se produzca en acto genérico de servicio, fuera del cual, la cláusula funcional del art. 7.bis CPM carece de operatividad, como que el comportamiento de los sujetos activos deba insertarse “en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades,*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

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

54. Conforme a esta última precisión, el precepto acota el ámbito funcional en que opera la exclusión aplicativa del CPM, al requerir que las acciones u omisiones se produzcan en la realización del servicio y, además, formen parte de los "actos propios" del mismo; es decir, que guarden relación con lo que constituye su prestación ordinaria y no se desvinculen o desconecten de la función encomendada; porque si el hecho resultara ajeno al servicio, en el sentido de no formar parte del mismo, ni siquiera como extralimitación o exceso funcional, entonces no puede sostenerse que se esté ante "actos propios de servicio" que se presten en el desempeño de las funciones que define el párrafo primero del art. 7.bis. Dicho de otro modo, cuando la acción u omisión punible lesione o ponga en peligro un bien jurídico de naturaleza militar, distinto del servicio "policial" que presta el sujeto activo, en tal caso el hecho dejaría de estar amparado por la dicha exclusión. La lógica argumental conduce a la conclusión, en sentido contrario, de que las conductas que no forman parte de dichos actos propios, que de ordinario están presentes en la realización del servicio de que se trate, quedan extramuros de la denominada "exclusión funcional"; porque en estos casos no puede decirse, en puridad, que la función se esté prestando, perdiendo su razón de ser el criterio funcional que el precepto contiene».



55. Y concluyendo que «a partir de la naturaleza militar del Instituto armado de la Guardia Civil, y la condición de militares que corresponde al personal de este Cuerpo, invariablemente proclamada por el legislador, al menos desde LO 2/1986, de 12 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y más recientemente por el Gobierno de la Nación en RD. 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, sus miembros son potenciales sujetos activos de los delitos tipificados en el CPM; de manera significada de aquellos en que la autoría corresponde sólo a quienes reúnan la dicha condición militar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes jurídicos que se tutelan radicados en la disciplina, la relación jerárquica, la unidad y cohesión interna, la protección de los medios y recursos puestos a su disposición, o el desempeño de funciones y cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios "policiales", ni tampoco abarcados por las concretas situaciones enumeradas en el párrafo segundo del reiterado art. 7.bis. Bienes jurídicos que, en todo caso seguirían siendo objeto de protección penal cuando fueran afectados por conductas provenientes de cualquier militar, pero no sin razón que lo justifique, cuando la misma afectación trajera causa de actuaciones atribuibles a los militares miembros del Cuerpo de la Guardia Civil». Y que «el entendimiento de la literalidad del párrafo primero del precepto incorporado al CPM, compatible con el Preámbulo de la LO. 12/2007, no excluye la extensión de las tipologías contenidas en dicho texto punitivo al personal del Instituto de la Guardia Civil, cuando la actuación de sus miembros no se produce en la realización de los actos propios de servicios de carácter "policial", que estuvieran desempeñando quienes en cada caso resulten ser sujetos activos de la conducta reprochable, sea ésta activa u omisiva; subrayando, ahora, que el único elemento personal a tomar en consideración, en la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

exégesis del precepto, es lógicamente el sujeto activo, que lleva a cabo las acciones u omisiones excluidas de la aplicación material del CPM; sin que la existencia de sujetos pasivos resulte relevante en cuanto a hallarse éstos desempeñando por su parte algún servicio "policial"; circunstancia que la proposición legal no contempla por venir la misma referida exclusivamente al protagonista del hecho».

56. *A mayor abundamiento, sigue diciendo la meritada Sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2011 : "En esta misma línea hermenéutica, del artículo 7 bis del Código Penal Militar, se ha pronunciado la Sala de Conflictos de Jurisdicción de este Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 16 y 23 de junio de 2009 y 28 de junio de 2010; significando, en esta última, que «la interpretación de este precepto, especialmente en su relación con la Exposición de Motivos de la Ley, pudiera plantear algunas dudas acerca de su significado, que han tenido ya repercusión en algunas decisiones de esta misma Sala (Sentencia 2/2009 antes citada), la cual se ha inclinado por entender que la regla general, dada la naturaleza militar de la Guardia Civil, es la aplicación del CPM, y solo se aplicará el Código Penal común cuando se trate de acciones ejecutadas en el ejercicio de funciones policiales, o de seguridad ciudadana; aunque tal concepto deba ser interpretado con la necesaria amplitud. La referida ley no ha dispuesto que a sus miembros les será de aplicación el Código Penal Militar solo en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares, sino que ese Código no será de aplicación, en las acciones u omisiones ejecutadas, 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. Dicho de otra forma, la ley no ha acordado que a la Guardia Civil se le aplique el Código Penal común, salvo en los casos del apartado segundo, sino que ha determinado cuándo no es aplicable el Código Penal Militar; lo que solo ocurre cuando se trate de actos propios de esos servicios. Fuera de esas funciones, o actos propios de aquellos servicios, aunque se trate de supuestos no contemplados en el párrafo segundo del nuevo artículo 7 bis, será igualmente de aplicación el Código Penal Militar; lo que, por otra parte, resulta congruente con su estructura militar, reconocida expresamente en el mismo Preámbulo de la Ley Orgánica. .

5. Número 5 artículo 1

57.El actual artículo 7 CPM es trasladado al número 5 del artículo 1 ACPM, estableciendo, como complementario del principio de territorialidad de la ley penal militar, el principio real de la defensa o de la protección de intereses, según el cual el Estado puede castigar los delitos cometidos en país extranjero, siempre que se lesionen sus intereses. Y los delitos comprendidos en el CPM afectan de forma directa a los intereses militares del Estado español. La única diferencia entre el artículo 7 CPM y el 1.5 del Anteproyecto es de estilo y consiste en la supresión del término “*Convenios*” que aparece juna a “*Tratados*”; lo que resulta adecuado al ser el convenio materialmente un tratado.

1.2.- Artículos 2 a 8



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

58. Los artículos 2 a 8 ACPM recogen las definiciones que tradicionalmente encabezan un código castrense, como la de militar (artículo 2), Autoridad militar (artículo 3), centinela (artículo 4), superior (artículo 5), actos de servicio (artículo 6), enemigo (artículo 7) u orden (artículo 9), si bien, como advierte la EM, *“actualizadas de acuerdo con las exigencias derivadas de la legislación interna o internacional ratificada por España, y de las precisiones aportadas por la jurisprudencia y la doctrina”*.

59. Si bien, en líneas generales, los cambios realizados en la redacción de estos preceptos resultan adecuados a estos fines anunciados; en el artículo 2, que especifica quiénes son “militares” a los efectos del CPM, se aconseja, por razones de estilo, la eliminación, en su número 1º, de la palabra “militares”, al incluir en la definición el término definido. Por ello, sería más adecuado hablar de los profesionales vinculados con las FAS o con la Guardia Civil a los que se refieren los artículos 3 Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar y 2 de la Ley 4/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Parece más correcta la alusión a estos profesionales militares en los términos que acabamos de exponer. Por lo demás, el precepto adecúa la terminología a las disposiciones administrativas reguladoras de las modalidades de ingreso en el Fuerzas Armadas y en la Guardia Civil, añadiendo la consideración como militares de los prisioneros de guerra en poder de España, acogiendo así las prescripciones del Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

60.II. En el artículo 3, que trata del concepto de Autoridad Militar a efectos del CPM y se ha adecuado a la citada Ley 39/2007, en su número 5º, al mencionar a *“los Auditores Presidentes y Vocales de los*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Tribunales Militares, los Fiscales Jurídico Militares y los Jueces Togados Militares” se suprime el inciso “en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas”, lo que parece acertado. La protección penal de la autoridad o de la dignidad de la función pública, ha sido interpretada por la jurisprudencia más reciente, vinculada, esencialmente, no a la dignidad de las personas que ejercitan la autoridad, sino siempre vinculada a la función pública desarrollada. De manera que el bien jurídico que se protege - el orden público- no lo constituye la persona que ejerce la autoridad, sino la función pública misma, que se ve entorpecida u obstaculizada cuando, injustificadamente o con ligereza, es atacada o puesta en cuestión la honorabilidad de sus titulares. En una interpretación de la norma conforme a un Estado democrático de Derecho, no puede entenderse que el bien jurídico protegido sea la persona que ejerce la autoridad, en sí misma, sino siempre el ejercicio de la función pública que dicha autoridad desarrolla. Es el ejercicio lo que debe verse menoscabado por la acción que se trata de subsumir en el tipo penal. El objeto de la protección es la función pública, no el órgano. Otra interpretación supondría una concepción antidemocrática de la autoridad, ajena a la única legitimación de ésta, la función o servicio público que presta a la sociedad. Es por ello que se considera más adecuada la redacción actual, precisando de modo expreso que los Auditores Presidentes y Vocales de Tribunales Militares, los Fiscales Jurídico Militares y los Jueces Togado Militares serán Autoridades Militares cuando estén en el desempeño de sus funciones o con ocasión de ellas, acotación que debería mantenerse.

61.III. El artículo 8 ACPM ofrecer la definición de “orden” (*“Es orden todo mandato relativo al servicio que un superior militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

corresponden, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta”), en los mismos términos que el artículo 45 de las Reales Ordenanzas para las FAS (en adelante RROO) y del artículo 19 CPM vigente, si bien, en relación con la definición de este último, se suprime únicamente las palabras “inferior” que acompaña a subordinado y “legamente” en referencia con las atribuciones del superior que emite la orden – y que se introdujo por una enmienda presentada en el Congreso por el Grupo Mixto con la justificación de una “mayor precisión”, habiendo suscitado algún problema interpretativo en la doctrina-. La eliminación de ambos vocablos no afecta a la definición legal.

- 62.El párrafo segundo del artículo 8 ACPM regula la obediencia debida como circunstancia que exime de la responsabilidad penal, disponiendo que: *“Será punible toda acción u omisión constitutiva de una infracción penal ejecutada por un militar en cumplimiento de una orden, salvo que: a) el subordinado no conozca su ilicitud penal; y b) la orden no fuera manifiestamente ilícita”*
- 63.La circunstancia de la obediencia debida desapareció en el Derecho Penal común con el Código Penal de 1995. Sin embargo, se siguió considerando que tal circunstancia seguía existiendo para el Derecho penal castrense, si bien de manera muy limitada, al decir el artículo 21 CPM que *“Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código penal. No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”*. Como señala la STS Sala 5ª de 31-5-1999, rec. 122/1998 *“lo que se sostiene por el artículo 21 del Código*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Penal Militar no es la supresión de la eximente de obediencia debida, sino que no podrá apreciarse como eximente, la obediencia a una orden ilícita, en el sentido a que antes nos referíamos, del artículo 34 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, como así lo recoge el propio artículo 21"

64. Tras la desaparición de la obediencia debida del elenco de las causas que eximen la responsabilidad criminal en el Derecho Penal común, desde el CP de 1995, se ha planteado la cuestión de si debe o no mantenerse tal circunstancia en el derecho penal militar. El ACPM opta por admitirla, acogiendo el sistema de responsabilidad condicionada que se ha impuesto en el ámbito internacional, donde el artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional la reconoce como una eximente.
65. Sin embargo, con la doctrina mayoritaria, se considera que esta circunstancia de obediencia debida debería desaparecer, por cuanto que, por una parte, es imposible la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro Derecho y por otra, las lesiones a un bien jurídico protegido por el cumplimiento de una orden podrían quedar amparadas por la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, si la orden es legal, o en el error en los supuestos de órdenes ilegales.
66. De conformidad con el artículo 103 de la Constitución española (CE), no es posible admitir en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de órdenes antijurídicas obligatorias. En concreto y en el ámbito militar, entre las atribuciones que puedan corresponder a un superior militar nunca puede encontrarse la facultad de ordenar la comisión de actos constitutivos de delito. El artículo 6 regla 12ª de la LO 9/2001, de 27



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (*“Reglas de comportamiento del militar”*) no deja lugar a la duda, al señalar: *“Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas y deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión”*. En igual sentido se pronuncia el artículo 48 de las RROO al regular los *“límites de la obediencia”*.

67. Se proscribire, pues, cualquier deber de cometer delitos, comunes o militares, por lo que debe concluirse que no existen órdenes vinculantes de cometer delitos, sean manifiestamente ilegales o no. Por lo que la “obediencia” a dichos mandatos antijurídicos no puede considerarse causa de justificación. El deber de obediencia no puede vincularse a órdenes con contenido delictivo en ningún caso, puesto que, en estos supuestos, es preciso priorizar la ley sobre la autoridad, ya que ésta precisamente obtiene su fuerza vinculante y fundamenta su origen en aquélla. La evidencia de este principio se sustenta en la propia lógica del derecho, que *“no puede incurrir en la contradicción de encontrar justa la ejecución de una orden injusta”*.

68. Con el CPM vigente, algunos autores tratan de justificar la existencia de obediencia debida contenida en el artículo 21, en el hecho de que en la regulación del delito de desobediencia militar en el artículo 102 CPM no existe una cláusula similar a la de los artículos 410.2 y 411 CP, que introducen una causa de atipicidad respecto del delito de desobediencia para el supuesto de incumplimiento por autoridad o funcionario del mandato que constituya infracción manifiesta, clara y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general. Sin embargo, el Anteproyecto, al regular el delito de desobediencia, en el artículo 44, introduce una causa de exclusión de la tipicidad similar a la del artículo 410.2 CP: *“3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución que manifiestamente constituyan delito o una infracción manifiesta, clara y terminante de normas esenciales del ordenamiento jurídico”*. Con lo que desaparece aquel motivo esgrimido para justificar el mantenimiento de la obediencia debida.

69. Las consecuencias constitutivas de delito de una orden legítima resultan solucionadas con la circunstancia de cumplimiento de un deber del artículo 20.7ª CP.

70. Quedaría únicamente el problema de las órdenes que aparezcan para el subordinado (ya sea por una apreciación falsa o por desconocimiento) formalmente arregladas a ley, pero que, en realidad, tengan contenido delictivo; cuestión que es invocada por algunos en defensa de la subsistencia de la circunstancia de la obediencia debida, aduciéndose que, de acuerdo con el principio de jerarquía, al subordinado no le es posible examinar, en cada momento, la orden del superior, porque constituiría un quebrantamiento de las bases en que se sustenta la relación de subordinación. Sin embargo, su actuación podría reconducirse al error. En este sentido, ha de tenerse presente el deber de objetar que tiene el subordinado, consagrado en la regla duodécima del artículo 6 de la LO 9/2001, de derechos y deberes de los miembros de las FAS y en el art 49 de la RROO y, en su consecuencia, la necesidad del examen de la orden por aquél. Sin perjuicio de reconocer la reducción



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

de las posibilidades del examen, consecuencia de la intensa jerarquización que impone la disciplina militar, al disminuir la intensidad de ese deber, en función circunstancias personales (grado de jerarquía) como objetivas (el carácter de la orden, siendo mínimo el deber de examen en las relativas al servicio en circunstancias excepcionales o críticas), y su constricción a unos límites que le permitirán examinar la adecuación de la orden a la legalidad pero no su oportunidad, subsiste ese deber de examen, pudiendo ser tratadas por la vía del error (artículo 14 CP) las consecuencias lesivas a bienes jurídicos penalmente protegidos por el cumplimiento de una orden comprendida dentro de las relativas al servicio que corresponde al subordinado y adopta la apariencia formal de adecuada, ofreciendo una presunción de legalidad; sin perjuicio, claro está, de aquilatar la vencibilidad o invencibilidad del error a aquellas circunstancias y límites en su deber de examen. En este sentido, conviene señalar que el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional reconoce que la mención a la obediencia debida del artículo 33 no constituye sino un caso de error, al decir en el artículo 32.2, tras considerar irrelevante el error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de competencia de la Corte, que: *“Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto”*.

71. Por todo lo expuesto, debería reconsiderarse el mantenimiento de la circunstancia de obediencia debida.

72.IV. El ACPM destierra de su articulado la locución *“en tiempo de guerra”* –que define en el artículo 14 CPM– utilizando en su lugar *“en situación de conflicto armado”*, más adecuada a la realidad, por lo que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

en este sentido el cambio es positivo. Sin embargo, no define lo que ha de entenderse por “*situación de conflicto*”, a los efectos del CPM, lo que resulta esencial ya que algunas conductas solo será típicas si se cometen en esa situación (a título de ejemplo, artículos 75 y 52 ACPM), otras muchas dan lugar a subtipos agravados (42, 51.2, 63.1.2º, entre otros) y fundamentalmente, porque en otras, la perpetración del delito en “*situación de conflicto*” dará lugar a que el CPM se aplique no solo a los militares, sino a cualquiera (así, por ejemplo, artículos 25, 26, 27). En consecuencia, es necesaria una definición legal de esa situación.

73. Por otra parte, deberían hacerse las modificaciones correspondientes en el artículo 13 de la LO 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que regula la competencia de la Jurisdicción militar “*en tiempo de guerra*” remitiéndose al artículo 14 CPM para la definición de este concepto; precepto que desaparece con el ACPM.

74.V. Por razones sistemáticas, sería más conveniente que se incluyeran en el Título I comprendieran de las definiciones de “*potencia aliada*” y de “*fuerza armada*” que se ubican en los artículos 32.2 y 35.3 ACPM respectivamente, pues aunque ambas expresiones solo se utilizan en esos preceptos, resulta incongruente que haya un Título en el que se contengan las definiciones que, como se dice en la EM, encabezan tradicionalmente un código penal castrense y así se anuncie en su rúbrica, para luego encontrar, fuera de ese Título, en el articulado de la parte especial, otras definiciones propias de una ley penal militar.



2. TITULO II. DEL DELITO MILITAR

2.1 Delito militar

75.El artículo 9 aborda la definición del delito militar, concepto básico y fundamental en cuanto determinante del ámbito de aplicación del CPM (artículo 1 ACPM) y de la competencia de la jurisdicción militar (artículo 12.1 LO 4/87).

76.Sin embargo, al igual que en el artículo 20 CPM vigente, se limita a dar un concepto formal, adecuándolo a los términos del artículo 10 CP, declarando que *“Son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código”*. En otras palabras, son delitos militares los previstos como tal en el CPM.

77.Junto a esa declaración, el número 2 del artículo 9, amplía los delitos militares a ciertos delitos comunes, que expresamente indica, cuando sean cometidas por militares y concurren las circunstancias que se indican.

78.Artículo 9,2 ACPM: *“Asimismo son delitos militares cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como:*

- a. Delitos de traición, delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

- b. Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional.*
- c. Delitos de prevaricación de los funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, incluidos en el Título XIX como delitos contra la Administración Pública, siempre que se cause perjuicio o riesgo a los intereses del servicio o de la administración militar, y concurra la infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.”*

79. Ya se ha indicado más arriba que el artículo 117.5 CE limita el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la jurisdicción militar sólo pueda conocer de lo estrictamente castrense en los estrictos términos en los que ha sido interpretado por la STC 60/1991, de 14 de marzo, es decir, “ *en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido: con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 CE); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado "uti miles", por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.”

80. Por lo que el concepto del ámbito estrictamente castrense está conectado con la naturaleza del delito, con el bien jurídico protegido por la norma penal en función de los fines constitucionales de las FAS y de los medios que tiene a su disposición para el cumplimiento de su misión, con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito y con que el sujeto activo sea considerado un “*uti miles*” (STC 60//91 y STS Sala 5ª 24 de junio de 1991 y 23 de enero de 1992).

81. Por tanto, para delimitar los límites del “*ámbito estrictamente castrense*”, además del núcleo relativo a la disciplina, entendido como cumplimiento de deberes que impone al militar su pertenencia a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, ha de atenderse al servicio – en conexión con los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas- y a la eficacia, que podrán verse atacados de diversas maneras, lo que permite considerar como delitos militares determinadas conductas previstas en el CP que afecten a la eficacia de las Fuerzas Armadas, atentando contra un bien jurídico que vulnere o ponga en peligro valores, intereses o bienes jurídicos esencialmente militares o vinculados a la seguridad o defensa nacional, respecto de la que las Fuerzas Armadas son elemento esencial (artículo 10 LO5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional)

82. Desde estas consideraciones, ninguna objeción puede hacerse al artículo 9.2 CP, al considerar delitos militares en los apartados a) y c), conductas previstas en el CP común pero que infringen bienes estricta o esencialmente militares (defensa y seguridad nacionales y



Administración militar), que son cometidos por militares y que, además, con abuso de sus facultades o la infracción de sus deberes profesionales, suponen una especial afección a los intereses, servicio y eficacia de la organización militar, tal como se señala en la EM.

83. Junto a ellos, se considera delito militar el de delito de rebelión en caso de conflicto armado cuando es cometido por un militar, que como tal delito militar está regulado en el Título III del Libro II del CPM vigente (artículo 79 a 84); evitándose así la innecesaria doble tipificación de las conductas, conforme al criterio de complementariedad propio del ACPM.

84. Para la punición de estas conductas, siguiendo el modelo italiano, el ACPM se emite a las penas el CP cuyo límite máximo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tomada en cuenta por la ley para describir o sancionar el delito.

2.2 Circunstancias modificativas

85. En el Anteproyecto se suprime la referencia que encabeza los artículos 21 y 22 CPM actuales, relativa a la aplicabilidad de las causas de exención de la responsabilidad criminal y de las circunstancias modificativas previstas en el CP, lo que es adecuado, ya que tal referencia era y es innecesaria dado el principio de especialidad y la aplicación supletoria de las disposiciones del CP común, proclamada en el artículo 9 CP y 5 CPM (1.2 del Anteproyecto).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

86. Se elimina asimismo la atenuante de breve estancia en filas del número 1º del artículo 22 CPM vigente y que ha recibido numerosas críticas, tanto por la posibilidad de su aplicabilidad a cualquier delito y no a los específica y propiamente militares, como por la limitación del ámbito personal de aplicación (se circunscribe a las clases de tropa o marinería).
87. El ACPM, en su artículo 10, mantiene la atenuante específica de arrebató u obcecación por provocación de un superior, adecuando su definición a los términos de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación del artículo 21.3ª CP, que es la genérica de la específica militar (STS Sala 5ª de 3-6-2005), cuya diferencia radica en la causa del arrebató o de la obcecación, que en la militar, es la provocación precedente del superior. Como novedad, se establece que esta atenuante específica será siempre muy cualificada. Las peculiaridades de la estructura jerarquizada militar que, junto a la disciplina, constituye una de las características de las Fuerzas Armadas (artículo 5, regla 7ª RROO) justifican el mantenimiento de esta atenuante específica y el bondadoso tratamiento.
88. Se recomienda la revisión de la redacción del precepto y la supresión de la indicación de la finalidad de la consideración de esta atenuante como muy cualificada (*“a los efectos de las reglas para la aplicación de las penas establecidas en el Código Penal”*, dice expresamente este art. 10.1 ACPM), precisión que es superflua al remitirse el artículo 35 ACPM a las reglas de aplicación de las penas establecidas en el CP, por cuanto que la consideración del carácter muy cualificado de una atenuante únicamente tiene una transcendencia penológica, obligando a imponer la pena inferior en uno o dos grados, si no concurriera agravante alguna (artículo 66.2ª CP).



89.El número 2 del artículo 10 define la reincidencia a los efectos del CPM. La vigente definición de esta agravante en el CPM comprende dentro de la reincidencia, la reiteración delictiva. La nueva definición se ajusta a la regulación de la reincidencia del artículo 22.8ª CP, 2, declarando: *“A los efectos de este Código, se entiende que hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de este Código o, en su caso, del Código Penal, siempre que sean de la misma naturaleza. No se computaran los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”*. La referencia de al CP es superflua e innecesaria, siendo oportuna su supresión. En efecto, en el supuesto de que se tratase de un delito común que se convierte en delito militar bien por disposición del artículo 9.2 ACPM, bien porque el precepto de la parte especial del ACPM se remite al correspondiente delito común (como por ejemplo en el delito de revelación de secretos o en el de omisión de socorro), entonces, ya se trataría de un delito militar y, a los efectos de reincidencia, solo podrán tenerse en cuenta las condenas por delitos comprendidos en el mismos Título del CPM. Si se trata de un delito del CP común, que se juzga por los Tribunales militares en virtud del principio de alternatividad de los artículos 3 ACPM y 12 de la LO 4/87, o de conexidad de este último precepto, habría de estarse al concepto de reincidencia del CP, atendiéndose para la reincidencia a las condenas por delitos comprendidos en el mismos Título del CP común. Tan solo el hecho de contemplarse varios delitos comunes como militares en el artículo 9.2 ACPM podría justificar la mención al CP común en la definición de la reincidencia a efectos del CPM, pero debería indicarse así de modo expreso, para no correr el riesgo de



interpretaciones desfavorables, que lleven a fundar la circunstancia de reincidencia en condenas previas tanto del CPM como del CP.

3. TÍTULO III V.- DE LAS PENAS

3.1 Capítulo I. De las penas y sus clases

90. En lo que a las penas se refiere, el actual CPM, presenta el mayor número de especialidades, muchas de las cuales no encuentran justificación en la actualidad, por lo que resultaba necesario su modificación y su adecuación al CP común. La reforma en esta materia, al simplificar el sistema penológico para adecuarlo al CP, clasificando las penas en graves y menos graves a la manera del artículo 33 CP y abandonar el sistema de determinación del vigente CPM, en el que, sin sujeción a las reglas de determinación de la pena del CP, se deja al arbitrio de los jueces militares, merece, en principio, una valoración positiva.

91. El Anteproyecto reduce notablemente las penas principales y accesorias que pueden imponerse por los delitos regulados en el ACPM (*"comprendidos en el Libro II de este Código"*, dice literalmente el artículo 11) y, como se ha indicado, clasifica las principales en penas graves y menos graves. Conforme al artículo 11 ACPM, son penas principales graves: la prisión superior a tres años; la pérdida de empleo y la Inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar. Y penas principales menos graves: la prisión de tres meses y un día a tres años y la suspensión militar de empleo, de tres meses y un día a tres años



92.No se reconoce como pena la de multa, pese a que algunos delitos militares previstos en el CPM están sancionados con pena de multa, cuya efectiva imposición en el caso concreto es permitida por el artículo 21 ACPM. Como ya se ha indicado al tratar del concepto de delito militar, el artículo 9.2 ACPM consideran como tales ciertos delitos tipificados en el CP cuando son cometidos por militares y concurren las circunstancias que se establecen en ACPM (con abuso de facultades o infracción de deberes en los delitos de traición, delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado; en caso de conflicto armado, el delito de rebelión y si se causa perjuicio o riesgo a los intereses del servicio o de la Administración militar y concurra infracción de deberes, los delitos de prevaricación de los funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales) remitiéndose el ACPM a las penas establecidas en el CP para esos delitos, cuyo límite máximo se incrementará en un quinto, salvo que la condición de autoridad o funcionario del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tomada en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito; *“todo ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 21 del presente Código”* (artículo 9.3 ACPM). Pues bien, los delitos de cohecho tipificados en los artículos 419, 420 y 421 CP, los de tráfico de influencia de los artículos 428 y 429 CP, los de malversación de los artículos 432.2 y 433 CP y los de fraude y exacciones ilegales de los artículos 437 y 438 CP, están sancionados, además de con otras penas, con pena de multa. Igualmente, en el Libro II del ACPM algunos delitos se remiten al correspondiente tipo del CP, así como a la pena prevista en él, con un incremento de su límite en un quinto en algunos casos. Tal como los delitos de atentado de los artículos 550 a 555 CP (35 ACPM), delito de omisión de socorro del artículo 195 CP (74.2 ACPM), delitos contra



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

la Administración de Justicia previstos en los capítulos I a VIII del Título XX del Libro II del CP (82 ACPM), delito de apropiación indebida de los artículos 252 a 254 CP (84 ACPM) y delito de receptación de los artículos 298, 303 y 304 CP (88 ACPM).

93. Por tanto, si en la parte especial está prevista la pena de multa, que podrá ser impuesta por los Tribunales Militares -que no quedan obligados a su sustitución por pena de prisión (artículo 21 ACPM)-, debería plantearse la inclusión de esta pena de multa en el artículo 11 ACPM, como pena menos grave de conformidad con el artículo 33 CP.
94. Por otra parte, admitida la posibilidad de sancionar ciertos delitos militares con pena de multa, por la vía de la remisión al CP y del artículo 21 ACPM, no existen razones para que no sea posible la pena de multa para otros delitos, en particular para los culposos, tal como propone la Fiscalía Togada del Tribunal Supremo (Anexo I, punto 4.4 del Anteproyecto).
95. No se desconoce la especialidad del Derecho penal militar, derivada de los bienes jurídicos que tutela y de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y la disciplina desempeñan un papel fundamental, que justifica una serie de diferencias entre el Derecho penal y la jurisdicción militares y común, tal como advierte la STC 180/1985, de 19 de diciembre (FJ 2): *“La jurisdicción militar (art. 117.5 de la Constitución) no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto substantivas como procesales, que, si dispuestas en el respeto a las garantías del justiciable y del condenado previstas en la Constitución, no resultan contradictorias con el art. 14 cuando*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

respondan a la naturaleza propia de la institución militar. Estas peculiaridades del Derecho Penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (fundamento jurídico 4.º), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución”. Lo que reitera la STC 107/1986, de 24 de julio (FJ 3 y 4) que “Por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos, basada en la pertenencia o no a unos determinados colectivos, el legislador podrá, en principio, anudar sanciones distintas a actuaciones similares teniendo en cuenta la diversa naturaleza y funciones de las distintas categorías u órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal diversidad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de esa naturaleza y funciones, y dentro de los límites de razonabilidad ya señalados.

96.4. Estas consideraciones resultan eminentemente aplicables a los miembros de la Institución militar, a la que la Constitución, en su art. 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Como consecuencia de ello, el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hayan su justificación en las exigencias de la organización militar en los términos señalados, como ya declaró este Tribunal en su Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 2.º”

97. Pero, pese a reconocer esa diferencia, no pueden ser desconocidas las recomendaciones del Consejo de Europa en razón a la teoría



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

ampliamente extendida (STC núm. 224/92) de que las penas cortas ni redimen ni resocializan, existiendo otras sanciones que satisfacen los fines de prevención general, pero permiten una mayor resocialización y facilidad para la individualización de la sanción en atención a las circunstancias personales del autor, como la pena de multa. Aduce el prelegislador el riesgo que la pena de multa pudiera entrañar para el mantenimiento de la disciplina militar (apartado 4.4 del Anexo I del Anteproyecto). Frente a ello debe destacarse que, por un lado, él mismo viene a establecer y permitir la pena de multa en determinados delitos, como se ha expuesto antes. Por otro lado, en el Proyecto de LO de Régimen Disciplinario de las FAS, que regula *“el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas con la finalidad de garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, la jerarquía y la unidad, que, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, constituyen el código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas”* (Artículo 1), se incorpora la sanción económica de pérdida de retribuciones, indicando en su Exposición de Motivos que *“existe como sanción prácticamente en todos los ejércitos de nuestro ámbito occidental y más asidua relación, que en la actualidad se estima muy adecuada para sancionar determinadas infracciones cometida por los militares profesionales”*. De manera que reconocida la idoneidad de la sanción económica para el castigo de ciertas conductas disciplinarias militares, quedan disipadas esas razones de riesgo de la disciplina invocadas para excluir la multa como pena para el delito militar, cuya inclusión como pena menos grave en el ACPM debería valorarse.

98. En otro orden de cosas, es necesario incluir en el artículo 11 la pena de prisión de 2 meses y 1 día a 3 meses, que se aplicará cuando la pena establecida en el CP para los delitos comunes previstos en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

ACPM sea la de trabajos en beneficio de la comunidad, o, con carácter facultativo, si la pena fuera la de multa (artículo 21 ACPM). También puede resultar por la aplicación de las correspondientes reglas de determinación de la pena (artículo 20 ACPM).

99. En cuanto al cumplimiento de la pena de prisión, el artículo 12 ACPM recoge los artículos 42 y 43 del vigente CPM. Respecto al cumplimiento de las penas privativas de libertad en tiempo de conflicto armado, si bien se mantiene, de modo literal, en el número 3 del artículo 12 ACPM, el actual 43 CPM, tal precepto plantea serios problemas de legalidad, por su indeterminación. Dispone el artículo 3.2 CP –que es de obligada observancia; art. 9 CP– que. *“Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollen, ni con otras circunstancias ni accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”*. De manera que se exige la concreción de la forma de la ejecución en la Ley y reglamentos que la desarrollan. Aunque han de tenerse en cuenta las especialidades de la Jurisdicción militar y el hecho de que la norma regula el supuesto de ejecución de penas en caso de conflicto armado, atendida la inconcreción del artículo 12.3 ACPM debería plantearse una mayor precisión en la redacción del precepto en orden a evitar una posible vulneración del principio de legalidad en la ejecución de la pena.

100. El artículo 16 ACPM, que regula los efectos de la pena de prisión impuesta a un militar, transcribe el artículo 33 CPM, con la lógica supresión de la referencia a los militares no profesionales que cumplan el servicio militar obligatorio, hoy inexistentes.



101 El artículo 13 ACPM indica el contenido de la pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar, reproduciendo el actual artículo 34 párrafo 2º CPM.

102 Los artículos 18 y 19 versan, respectivamente, de la pena de pérdida de empleo (militar) y de suspensión militar de empleo, que se contemplan en los artículos 30 y 31 CPM, que vienen a recoger con algunas modificaciones que obedecen al carácter profesional de todos los militares hoy en día y a la previsión de los alumnos de la enseñanza de formación -obviamente de centros docentes militares y de la Guardia Civil- son considerados en el Anteproyecto como militares. Por lo demás, ha de señalarse que se adecúan a la descripción que, de estas sanciones, se hace en los artículos 17 y 19 del Proyecto de LO de régimen disciplinario de las FAS. Sin embargo, han de hacerse dos indicaciones. La primera, la conveniencia de que se precise de modo expreso en el artículo 17.2 ACPM que los centros de formación son los docentes militares y los de la Guardia Civil. La segunda, referida a la ubicación de estos preceptos, sería más adecuada en el Capítulo I, donde se definen cada una de las penas y no en el Capítulo III, donde se trata de los “*efectos de las penas*”.

103 Por último el artículo 14 ACPM, que reproduce el artículo 27 CPM vigente, prevé el abono de la privación de libertad y de derechos acordada cautelar o preventivamente para el cumplimiento de la condena, haciendo una expresa remisión a los términos del CP. Abono que, en su caso, comprenderá el tiempo de detención y arresto disciplinario y en situación de suspensión de funciones, sufrido por los mismos hechos y si se tratase del mismo bien jurídico; precisión final que se añade en el Anteproyecto y es adecuada a la



doctrina constitucional (vid. STC. 2/1981, de 30 de enero; 2/2003, de 16 de enero - del Pleno- 48/2003, de 12 de marzo y 188/2005, de 7 de julio) y la jurisprudencia, entre otras, en Sentencias TS Sala 5ª de 20.12.2004; 20.05.2005; 23.09.2005; 05.06.2006; 15.10.2007; 03.02.2009; 29.12.2009 y 27.01.2011; señalando esta última que, el principio de *non bis in idem* “reconocido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España en 1977, que forma parte de nuestro derecho interno según arts. 96.1 y 10.2 CE y que se considera parte del derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, se infringe cuando la dualidad de sanciones recae sobre el mismo sujeto, por los mismos hechos y desde la misma perspectiva jurídica, esto es, cuando el bien jurídico es coincidente en ambos casos pero no en los supuestos de diversidad de intereses protegidos en que una sola de las sanciones no abarca la total antijuridicidad de la conducta.”

3.2 Capítulo II. Penas que llevan consigo otras accesorias.

104 Las penas accesorias son reguladas en el Capítulo II del Título III del Libro Primero ACPM, cuya rúbrica, “*penas que llevan otras accesorias*”, si bien es la que utiliza en actual CPM en el Capítulo II del Título III del Libro I, resulta ciertamente afectada, siendo preferible por su sencillez la rúbrica utilizada en esta materia por el CP, “*De las penas accesorias*” (Sección 5ª Capítulo I Título III Libro I), que, por lo demás, se adapta mejor a su contenido, poniendo el acento en las penas accesorias y no en las principales a las que aquéllas acompañan.

105 El ACPM fiel al designio del carácter complementario de la ley penal militar, se refiere en el artículo 15, a las dos penas accesorias



propiamente militares, de pérdida de empleo –militar- y suspensión militar de empleo, remitiéndose en las demás al CP común. Esta simplificación de la regulación de las penas accesorias merece un juicio positivo, aun cuando la redacción del precepto no es muy adecuada. Se presenta como más sencilla su formulación en un único apartado, suprimiendo la enumeración que se hace en el número 1, en el que se alude exclusivamente a los delitos militares, algunos de los cuales pueden ser cometidos por no militares, concretándose en su número 2 que, en efecto, estas penas accesorias son solo para militares.

106 Por otra parte, dados los términos del número 2 de este artículo 15 ACPM, la pena de prisión de tres años no llevaría consigo accesoria específica militar, ya que la accesoria de pérdida de empleo se impondrá a las penas de prisión que excedan de tres años, mientras que la accesoria de suspensión, la llevan las penas de prisión hasta tres años. Resulta en consecuencia, necesaria la corrección de este olvido, estableciendo la accesoria de la pena de prisión igual a tres años.

3.3 Capítulo III. Efectos de las penas

107 Este Capítulo lo integran tres artículos: 16 a 18.

108 El artículo 16 ACPM regula las consecuencias de la pena de prisión impuesta a un militar a los efectos de servicio, disponiendo que no será de abono para éste; manteniéndose en consecuencia, el artículo 33 CPM vigente.



109 El artículo 17 versa sobre la pena de pérdida de empleo y el 18 de la pena de suspensión militar, remitiéndonos a lo antes dicho sobre ambos preceptos.

3.4 Capítulo IV Aplicación de las penas

110 En esta materia el vigente CPM presenta una de las mayores singularidades en relación con el CP, al establecer para la determinación de la pena el criterio del amplio arbitrio judicial, no dividiendo las penas en grados, limitándose a indicar en el artículo 35 que la individualización de la pena deberá ser razonada en la sentencia. Este criterio, tradicionalmente seguido en los Códigos militares, no tiene hoy en día ninguna justificación, afectando al principio de seguridad jurídica y un riesgo para la adecuación de la pena a la culpabilidad. El ACPM pone fin a este sistema, remitiendo a las reglas para la aplicación de las penas establecidas en el CP (artículo 19.1). Solamente, introduce una especificación respecto del artículo 66.1.6ª CP, en cuanto a los criterios a tener en cuenta para la determinación de la pena en delitos dolosos, cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, manteniendo los del artículo 35 CPM, que son, además de los señalados en el CP (personalidad del culpable y gravedad del hecho), los de graduación y función militar del culpable, la naturaleza de los móviles que le impulsaron a delinquir, la transcendencia del hecho y su relación con el servicio o el lugar de perpetración. Especificación que no afecta al régimen de determinación del CP y que resulta adecuada, al ser circunstancias objetivas y subjetivas propias del ámbito castrense, a tener en cuenta en la concreta determinación de la pena.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

111 El artículo 20 ACPM establece el límite mínimo de la pena de prisión, caso de su reducción en grado por aplicación de las normas del CP, que será, en todo caso, el de dos meses y un día. Límite que encuentra su justificación en diferenciarla de la sanción máxima de dos meses de arresto mayor prevista en el régimen disciplinario, según se advierte en la EM. En cuanto a la pena de pérdida de empleo, se fija como pena inferior la de suspensión militar del empleo.

112 El ACPM en su parte especial, en algunos delitos, se remite, a los tipos penales del CP y además, a las penas previstas para ellos, instituyendo en el artículo 21 ACPM la norma de conversión de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y multa –y que no se incluyen en el artículo 11 ACPM–, cuando el culpable sea militar, por prisión de dos meses y un día a tres meses. La conversión será obligatoria cuando el delito esté castigado en el CP con pena de trabajos en beneficio de la comunidad y facultativa, si es pena de multa, dejando en este supuesto la decisión a los Tribunales Militares en atención a la trascendencia del riesgo que su imposición podría entrañar para el mantenimiento de la disciplina.

113 La EM no explica las razones del rechazo de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de multa para los militares reos de un delito militar, que sí se dan en el informe sobre las observaciones al ACPM no recogidas y que acompaña a éste, indicando que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se considera *“inapropiada para un delito militar que se aplica, normalmente, a personas de condición militar. La pena de multa no ofrece estas dificultades, pero se ha considerado necesario establecer una salvaguardia en garantía de la disciplina”*.



114 Sin perjuicio de reconocer que es potestad exclusiva del legislador la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo, y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, gozando el legislador de un amplio margen de libertad (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4; STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8 y 60/2010, de 7 de octubre), podría plantearse la posible consideración como pena para determinados delitos militares, si bien teniendo en cuenta las particularidades de las FAS y de la Guardia Civil. De manera que, por un lado, los trabajos estuvieran dentro del ámbito militar, como formar parte de contingentes internacionales, funciones de prevención de incendios o auxilio en eventuales catástrofes o ayuda humanitaria. Por otro, las funciones y competencia que el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, otorga a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, podrían atribuirse al correspondiente servicio penitenciario militar, en sintonía con la pena de prisión y los establecimientos penitenciarios militares. Ello, sin perjuicio de que razones de riesgo para bienes específicamente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Comisión de Estudios e Informes

castrenses excluyan la posibilidad de su aplicación en el caso concreto.

115 En cuanto a la pena de multa en otros supuestos que los del artículo 21 ACPM, debería ponderarse la alternativa de preverla como pena para ciertos delitos militares, siempre que no resulte lesiva al principio de disciplina rector de las Fuerzas Armadas. En este sentido, ha de resaltarse el hecho de su reconocimiento como sanción administrativa en la LO 12/2007, de 22.10, del régimen disciplinario de la Guardia Civil y en el Proyecto de la LO de Régimen Disciplinario de las FAS. Razón por la cual consideramos correcta la previsión del artículo 21 ACPM que permite la imposición de la pena de multa, caso de que sea la pena establecida por el CP para el delito militar, siempre que, a juicio de los Tribunales Militares, no suponga un riesgo para el mantenimiento de la disciplina, que es el fundamento de la especialidad del derecho penal militar. Por lo que si no existe ese riesgo, no sería legítimo su trato diferenciado.

116 De acogerse la posibilidad de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de multa, deberían ser incluidas en el catálogo de penas del artículo 11 ACPM.

117 Por último, ha de señalarse que no parece adecuada la equivalencia que el artículo 11 ACPM hace entre las pena de trabajos en beneficio de la comunidad y de multa, por un lado, y la de prisión por otro, pudiendo dar lugar a situaciones de una injusta desigualdad en relación a los condenados no militares, pues en muchos supuestos, resultará con mayor pena sustitutiva el civil que el militar, quien, en principio, merece mayor reproche penal ya que, además de la vulneración del bien jurídico protegido por el delito, infringe deberes



esenciales para las Fuerzas Armadas y Guardia Civil, que justifican la “militarización” del delito común. A modo de ejemplo, puede citarse el delito de exacción ilegal del artículo 437 CP, que se considera delito militar si hay un perjuicio o riesgo a los intereses de la administración militar y concurre infracción de los deberes militares. La pena prevista por el CP es de 6 meses a 24 meses; siendo la misma pena cuando se trata de delito militar conforme al número 3 del artículo 9 ACPM. Caso de impago de la multa, el reo común tendría una responsabilidad subsidiaria de 3 meses a 1 año de privación de libertad (artículo 53 CP), mientras que al reo militar en aplicación del artículo 21 ACPM, se le impondría una pena sustitutiva de 2 meses y 1 día a 3 meses de privación de libertad. En definitiva, esta desproporcionalidad de la equivalencia de las penas debe ser corregida.

3.5 Capítulo V De las formas sustitutivas de ejecución de las penas y de la libertad condicional

118El artículo 22 ACPM mantiene respecto de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad el criterio del vigente artículo 44 CPM, otorgando a los Tribunales la facultad de conceder la suspensión de la pena a los reos que no pertenezcan a los ejércitos, excluyendo, en consecuencia, del beneficio a los condenados militares, como lo proclama expresamente en su EM: *“Respecto al cumplimiento de las penas, se mantiene para los militares condenados la no aplicación de los beneficios de la suspensión condicional de la condena, todo ello por razones de ejemplaridad directamente vinculados a la disciplina”*. Criterio que extiende también para la sustitución de penas, colmando el vacío



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

normativo que existe en esta materia y que había dado lugar a una constante jurisprudencia desde la Sentencia del Pleno de 28 de octubre de 2003, sin fisuras, contraria a la posibilidad de la aplicación del artículo 88 CP y la sustitución de la pena privativa de libertad en él regulada, con base a la falta de previsión legal de esta posibilidad y de las penas sustitutivas previstas en el CP y la cláusula de salvaguarda del artículo 5 CPM vigente. En este sentido, la STS Sala 5ª de 27 de febrero de 2012, rec. 81/2011, recuerda que *“no cabe la sustitución de penas, porque el artículo 88 del Código penal establece unas penas sustitutivas que no están contempladas en el Código penal militar, pues, es cierto que, en principio, todas las disposiciones del Código penal son aplicables como supletorias: “las disposiciones del Código penal serán aplicables a los delitos militares (...)”, dice el artículo 5 del Código penal militar. Con esa supletoriedad el legislador ha pretendido evitar vacíos en el sistema normativo penal militar. Pero la esencia de la supletoriedad impide que esta opere cuando la norma que se trate de aplicar de la ley supletoria colisione con el sistema dispuesto en la otra ley, lo que no fue desconocido por el legislador de 1985, como resulta de la continuación del mencionado art. 5: “(serán aplicables) en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código”. Y esto es lo que sucede en el caso de la sustitución de penas regulada en el art. 88 del Código penal: que dispone penas sustitutivas no queridas por el Código penal militar como penas aplicables a los delitos militares, según resulta de forma inequívoca de su art. 24, pues en la enunciación cerrada que hace de las penas principales y accesorias que “pueden imponerse por los delitos comprendidos en este Código ” no aparece ninguna de las penas que el Código penal establece como sustitutivas de la pena privativa de libertad. En definitiva, la no inclusión de determinadas*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

penas (entre otras, de las penas sustitutivas dispuestas en el Código penal) responde a un plan consciente del legislador. En consecuencia, el legislador del vigente Código penal, conscientemente, no incluyó, en su momento, -ni lo ha hecho hasta el momento presente-, precepto alguno referente a la sustitución de las penas previstas en el Código penal militar, y decimos conscientemente, a la vista de lo dispuesto en su Disposición Transitoria Undécima, en relación con la derogatoria única que, por el contrario, sí abordó el problema en relación con otras leyes especiales. Otra interpretación del artículo 25 de la Constitución supondría el ejercicio, en palabras del pleno de 28 de octubre de 2010, "de la analogía como fuente creadora de penas lo que resulta vedado a los órganos jurisdiccionales para conjurar el riesgo de que estos se conviertan en legisladores (STC. 133/1987, de 21 de julio y 232/1997, de 16 de diciembre)". Si bien alguna sentencia advierte que "no existe inconveniente legal para aplicar al orden castrense el sistema de sustitución de penas contemplado por el Código Penal de 1995 al no oponerse a los preceptos del Código Penal Militar (CPM), ni resultar contrario a la naturaleza del Ordenamiento Jurídico castrense" (STS 3 de diciembre de 2004, rec. 34/2004, con cita de las Sentencias de 26 de enero y 13 de febrero de 2004).

119 El artículo 22.1 ACPM permite la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y su sustitución a los penados que, en el momento de dictar la correspondiente resolución, no tengan la condición de militar. Es verdad que el TC en sus sentencias 180/1985 y 72/1994 consideró conforme al artículo 14 CE la inaplicación el beneficio de la suspensión de la ejecución a los reos militares en activo, al entender que es trato desigual *"se orienta, de modo manifiesto, a preservar y reforzar, mediante una mayor*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

severidad para con el condenado, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de disfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado” (FJ 2 STC 180/1995). Sin embargo, creemos que debería ponderarse la posibilidad de la suspensión y de la sustitución para el militar cuando no exista un riesgo de poner en peligro la disciplina u otro bien específicamente castrense. En tal caso, no existirían razones para excluir, a priori, al militar de los beneficios de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad. Más cuando en el ámbito disciplinario se ha reconocido expresamente la posibilidad de la suspensión o inejecución de las sanciones disciplinarias a los militares (artículo 60 de la LO 12/2007 del Régimen disciplinario de la Guardia Civil y 63 del Proyecto de LO de Régimen Disciplinario de las FAS). Y con relación a la sustitución, el propio Anteproyecto, en el artículo 21 permite la imposición de la pena de multa para el militar.

120 Por otra parte, conviene destacar que el ACPM regula como delitos militares los de tráfico de drogas y otras sustancias estupefacientes cometidos por militares en espacios militares. No puede desconocerse que una parte importante de los actos de tráfico de los llamados de “menudeo”, son perpetrados por los propios consumidores de drogas para subvenir las necesidades de su consumo, por lo que el tratamiento de rehabilitación de su dependencia será, en muchos casos, más efectivo que la pena de prisión, para su rehabilitación y reinserción. Por tanto, ha de valorarse la posibilidad de reconocer al militar, que padezca una dependencia a drogas o sustancias psicotrópicas y tóxicas y haya cometido el delito a causa de su adicción, el beneficio de la suspensión extraordinaria



de la pena para sometimiento a tratamiento rehabilitador de su dependencia.

121 Debería regularse, en todo caso, la situación de las penas privativas de libertad inferiores a tres meses, impuestas a militares, que de conformidad con el artículo 71.2 CP han de ser sustituidas de conformidad con el artículo 88 CP. La STS Sala 5ª 11 de noviembre de 2010, rec. 42/2010, rechazó expresamente esta posibilidad, razonando que, aunque el ACPM remite a las reglas para la aplicación del CP –entre las que se encuentra este artículo 71.2-, sigue sin incluir como penas la de multa y la de trabajos en beneficio de la comunidad, excluyendo expresamente en el artículo 22 al condenado militar del beneficio de la sustitución. Todo lo cual aconseja la existencia de un pronunciamiento expreso, que, entendemos, no puede ser otro que el de obligada aplicabilidad del artículo 72.1 CP.

122b) El número 2 del artículo 22 ACPM dispone que la libertad condicional se aplicará cualquiera que sea la condición del penado; como así se hace en la actualidad, declarando el artículo 29 del Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares que *“Los penados que hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena y reúnan los requisitos que se relacionan en el artículo 98 del Código Penal cumplirán el resto de la condena en situación de libertad condicional”*.

3.6 Capítulo VI. De las medidas de seguridad y consecuencia accesorias



123El artículo 23 ACPM habilita para la aplicación de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias previstas en el CP, remitiéndose en consecuencia, a la regulación de éste.

3.7 Responsabilidad civil y extinción de la responsabilidad civil y sus efectos.

124Como advierte la EM, desaparece en el ACPM toda referencia a las normas sobre extinción de la responsabilidad penas y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (y ha de añadirse de la totalidad de la responsabilidad civil), por ser de aplicación supletoria las normas correspondientes del CP, en virtud del principio de complementariedad.

LIBRO SEGUNDO DELITOS Y SUS PENAS

125El Libro II, bajo la rúbrica “*Delitos y sus penas*”, está formado por seis Títulos y tipifica los delitos específicamente castrenses. Consecuencia del principio de complementariedad que inspira el Anteproyecto, este Libro II presenta una reducción de su articulado, debido en gran medida, a la consideración como delitos militares de las acciones u omisiones tipificadas en el CP como delitos de traición, delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, delitos de rebelión en situación de conflicto armados y delitos de prevaricación de los funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias, malversación,



fraudes y exacciones ilegales, incluidos en el Título XIX, si concurren las circunstancias que se establecen, respectivamente, en el artículo 9.2 ACPM. Además, en otros delitos, hace una simple remisión al correspondiente delito del CP, e incluso a la pena en él prevista.

TÍTULO I “DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONALES”

a. Capítulo I. Traición militar

126 En el artículo 24 ACPM se tipifican las figuras de traición del vigente artículo 49 CPM (números 4, 6, 7 y 8), que no se contemplan en el CP, al ser más específicamente castrenses, remitiéndose en lo demás a los delitos de traición tipificados en el CP (Capítulo I del Título XXIII del Libro I, artículos 581 a 588), que de conformidad con el artículo 9.2 ACPM, serán delitos militares si son cometidos, por militares, con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las FAS o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

b. Capítulo II. Espionaje militar

127 El artículo 25 ACPM comprende el tipo penal del actual artículo 52 CPM, que contempla una figura muy similar a la del artículo 584 CP, si bien el artículo 25 ACPM (al igual que el artículo 52 CPM) la limita a la situación de conflicto armado. Llama la atención que esta conducta incardinada en el ACPM como delito de espionaje, si fuera



cometida por un extranjero residente en España, es considerada por el artículo 586 como delito de traición. Y como reos de traición son tenidos el español y el militar español que cometieren este delito en el apartado 2 del artículo 25 ACPM, que incorpora el actual artículo 50.1 CPM, aunque con una pena menor (15 a 20 años de prisión, frente a los 20 a 25 años del 50.1 CPM), que se agrava para el supuesto de que el sujeto activo sea militar, remitiéndose en este caso a las penas del delito militar de traición.

c. Capítulo III. Revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensas nacionales

128El ACPM remite en el artículo 26 a los delitos previstos en los artículos 277 y 508 a 603 CP, técnica adecuada ya que estos artículos –a salvo del 277 y 602, que se introdujeron por el CP de 1995- se corresponden con los artículos del Capítulo II, del Título I del Libro II del CPM vigente, referidos casi siempre al militar, aunque, en ocasiones, se mencione como sujeto activo al “*español en tiempo de guerra*”.

129Al igual que en el CPM vigente, el sujeto activo de estos delitos militares puede ser un militar (inciso primero) o cualquiera, si se cometen en situación de conflicto armado o estado de sitio.

d. Capítulo IV. Atentado contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales.

130El artículo 27 ACPM, que también se remite al CP en la descripción de las conductas, castiga como delito militar al sujeto con esta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

condición o al que en situación de conflicto armado o estado de sitio, que cometieren algunos de los delitos previstos en los artículos 264 a 266 CP, si actuaren con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, lo que da lugar a que la protección de tales intereses venga a caracterizar y matizar la gravedad de la infracción y la punibilidad (STS Sala 5ª de 2 de diciembre de 2005).

131 La conducta delictiva prevista en el artículo 265 CP es la misma que la del artículo 58 CPM vigente, por lo que la remisión que el artículo 27 ACPM hace al tipo del 265 CP, es útil, evitando reiteraciones y problemas de alternatividad.

132 Se incorporan al artículo 27 ACPM los comportamientos de los delitos de los artículos 264 y 266 CP, como delitos militares, si se ejecutaren por militares o por cualquiera en situación de conflicto armado o estado de sitio, *“con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacional”*. Este elemento subjetivo del injusto justifica, de conformidad con la doctrina del TC (Sentencia Pleno 60/1991, de 14 de marzo), la militarización de las conductas, cuyo bien jurídico protegido es la seguridad nacional y la defensa nacional mediante el atentado a sus medios o recursos, erigiéndose las Fuerzas Armadas en elemento esencial de la defensa (artículo 10 Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional).

133 II. El artículo 28 ACPM regula el delito militar de anuncio falso de aparatos explosivos o similares, en lugares afectos a las FAS o a la Guardia Civil, o entorpeciera intencionadamente el transporte,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misión militar, tipificado hoy en el artículo 59 CPM.

134III. El artículo 29 ACPM tipifica el delito de allanamiento en centro, dependencia o establecimiento militar, adecuando la redacción del artículo 61 CPM vigente a la descripción del delito de allanamiento en los artículos 202 y 203 CP.

135Como ya declaró la STS 5ª de 27 de noviembre de 2000, este delito, ubicado en el Título I del Libro Segundo del CPM relativo a los delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional, y dentro de ese Título, en su Capítulo 4º, que se refiere a los atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional, aparece, con precisión, concretado el bien jurídico que tutela: la seguridad nacional y la defensa nacional mediante el atentado a sus medios o recursos, que están constituidos por los Establecimientos militares, los Acuartelamientos o las Bases a que se refiere el tipo.

136Aunque la jurisprudencia ha planteado la posibilidad de que los actuales artículos 202 a 204 CP facilitarían una interpretación comprensiva de la punición de los allanamientos de edificios militares cuando no existiese el bien jurídico que tutela el tipo castrense, habría que tenerse en cuenta las circunstancias específicas en las que pueda desarrollarse la misión.

e. Capítulo V. Incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio

137El artículo 30 ACPM regula una infracción típicamente militar, tipificada en el actual artículo 63 CPM, que puede ser cometida por



cualquier persona en situación de conflicto armado o estado de sitio, que no tiene correspondencia con un delito común.

f. Capítulo VI: Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

138El artículo 31 ACPM describe en el número 1 un delito de omisión que no aparece en el actual CPM, castigando al militar que teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los delitos de traición o espionaje, no empleare los medios a su alcance para evitarlo o no lo denunciare a sus superiores. Se trata del mismo delito que el artículo 476 CP establece para el delito de rebelión y que encuentra su fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones de garantizar la defensa de España y de su territorio nacional y el ordenamiento constitucional (artículos 5 LO 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las FAS, 24 de la LO 12/2007, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil y 3 RROO).

139El actual CPM contiene un precepto similar (artículo 68), en relación con el delito de rebelión en tiempo de guerra, que circunscribe la conducta típica de no emplear los medios a su alcance, al tiempo de guerra –lo que remite al CP común la realización de la conducta en tiempo de paz–; mereciendo una valoración positiva la sanción de la conducta cualquiera que sea el tiempo de su perpetración, pues, por un lado, en todo caso, se infringen deberes militares esenciales y fundamentales, sin perjuicio de que pudiera tener una mayor gravedad en situación de conflicto armado - lo que podrá valorarse para la determinación de la pena–; y por otro, el CP no excluye la conducta cuando es cometida en tiempo de paz.



140 El artículo 31 ACPM, a diferencia del artículo 476 CP, establece la misma sanción tanto si la conducta consiste en una falta de empleo de los medios que el militar tenga a su alcance para evitar el delito, como si no lo denunciare. Sin embargo, como ha señalado la doctrina con ocasión del artículo 476 CP y 68 CPM, el autor de la infracción del deber de contención de la rebelión ha de ser un militar en activo con mando, lo que merece una sanción mayor que la infracción del deber de denuncia, dado que éste tiene como sujeto activo no a un militar con mando. De manera que con este 31 ACPM (al igual que con el 476.1 CP en relación al delito de rebelión) se viene a satisfacer una necesidad objetiva de protección del bien jurídico frente a la inhibición de los superiores en relación con el delito militar de traición o espionaje. Por el contrario, el delito de infracción del deber de denuncia sanciona la conducta de quien, careciendo de medios por su situación inferior, tan solo le es exigible el deber de denuncia a su superior. Se trata, en consecuencia, de un supuesto excepcional de punición del deber de denunciar un delito, que se explica por la transcendencia del delito y la capacidad de denuncia en orden a evitar su perpetración. Esta distinta naturaleza de los dos comportamientos tipificados en el artículo 31 CP y condición del sujeto activo justifica una punición diferenciada, de mayor gravedad para el delito de infracción del deber de contención de la traición o del espionaje.

141 II. El número 2 de este artículo incluye una norma de tipo “premial” en relación con los delitos militares de traición y espionaje, introduciendo una cláusula de exención de pena igual a la que el artículo 480.1 CP establece para el delito de rebelión y que ha sido calificada doctrinalmente como una excusa absolutoria.



142 Como ha señalado la doctrina con relación al artículo 480.1 CP, la redacción de la norma plantea serias dudas de si nos encontramos ante un supuesto de rebelión –entiéndase traición o espionaje, en el supuesto del 31 ACPM- consumada, dada la imprecisión de la expresión “*implicado*”, el carácter genérico de la referencia “*a un delito de rebelión*” y la ambigüedad de la alusión final a “*sus consecuencias*”. Objeciones que son perfectamente trasladables al artículo 31 ACPM al ser una transposición exacta de ese 480.1 CP.

143 Por otra parte, si bien en el delito de rebelión se persigue la consecución de uno de los fines enumerados en el artículo 472 CP, en algunos tipos del delito de traición no concurre esa finalidad, de manera que por “*consecuencias*” ha de entenderse “*consumación*” del delito, por lo que se trataría de un desistimiento voluntario privilegiado, al prescindir de los requisitos del artículo 16.3 CP, sin distinguir según sea el grado de involucración en los hechos. A diferencia de éste, la norma no exige que el sujeto impida las consecuencias ni que las intente impedir de modo serio, firme y decidido, sino que basta la revelación a tiempo para poder evitarlas. Por consiguiente, no obsta para la exención de responsabilidad que no se hayan podido evitar las consecuencias por causas no imputables al disidente si en el momento de la revelación pudiera establecerse la posibilidad de evitarlas. Al no indicarse las personas ante las que debe efectuarse la revelación, tampoco sería óbice para la exención que la noticia no haya llegado a quienes pudieran impedir las consecuencias.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

144 No se aclara el contenido de la denuncia, que lógicamente deberá consistir en el hecho mismo de la preparación o de la realización del delito, con los datos necesarios para evitar las consecuencias.

145 Problemas todos ellos que aconsejan la revisión de la redacción de este precepto.

146 III. El artículo 33 ACPM, al igual que el artículo 65 CPM vigente, amplía las conductas de los Capítulos I a V a las que se cometan contra potencia aliada; definiendo a continuación qué ha de entenderse por tal a los efectos de este Código, actualizando la definición del artículo 13 ACPM.

147 Por razones sistemáticas, parece que sería más adecuado ubicar la definición de potencia aliada en el Título I del Libro I, donde se contiene las definiciones legales de diversos conceptos castrenses, como sin duda lo es ésta.

148 Por otra parte, el Anteproyecto suprime la posibilidad de la imposición de sanciones menos severas cuando los delitos son cometidos contra potencia aliada, lo que sí se reconoce en el actual CPM, por estimar que existe una diferencia cualitativa entre el atentado contra la defensa nacional y el que se cometa contra una potencia extranjera, coyunturalmente aliada con ella. Motivos que aconsejan el mantenimiento de la penalidad actual, posibilitando la imposición de las penas en grado inferior.

149 IV. Finalmente el artículo 33 ACPM castiga la conspiración, proposición y provocación para cometer los delitos previstos en los Capítulos I a V del Título I con pena inferior en grado.



150 Desparece en el nuevo precepto la punición de la apología del delito y de los actos de auxilio, que sí se incluyen en el artículo 66 del actual CPM, castigándose estos últimos, por tanto, conforme resulte de las normas generales de participación.

g. Capítulo VII. Delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar.

151 En este Capítulo VII y en el siguiente se traen al Título I delitos que en la actualidad se encuentran en el Título IV (*“Delitos contra la Nación española y contra la institución militar”*), que desaparece en el ACPM. La inclusión de estos delitos dentro del Título I no es afortunada, como ya advirtió la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa en las observaciones al Anteproyecto, ya que el bien jurídico protegido por estos delitos no es la defensa o la seguridad nacional. Solo en los delitos de ultraje a España podría defenderse que se ve afectado el bien jurídico defensa o seguridad nacional. Pero el bien jurídico de los delitos del Capítulo VII es la seguridad de las Fuerzas Armadas y el normal y ordenado desenvolvimiento de las funciones militares. En consecuencia, se recomienda la agrupación de estos delitos en un Título autónomo.

I Delito contra centinela.

152 El artículo 34 ACPM regula el delito contra centinela, que en el CPM vigente viene tipificado en el artículo 85 como un delito cualificado por el resultado, de muerte o lesivo que se cause.



153El nuevo precepto pone fin a esta situación, que desapareció del Derecho penal común con el CP de 1995 y sanciona el tipo básico de desobediencia o resistencia a órdenes de centinela, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por el resultado lesivo producido conforme al CP, dando lugar al correspondiente concurso real, cuyo conocimiento por la jurisdicción militar u ordinaria se determinará conforme a los artículos 12.1 y 14 de la LO 4/1987, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar.

154En el apartado segundo regula dos subtipos agravados, cuando:

155El hecho se hubiera verificado con armas u otros medios peligrosos.

156La acción se ejecute en situación de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz; supuestos estos dos últimos que son introducidos por el ACPM.

II Delito contra autoridad militar, fuerza armada o policía militar.

157Como el delito de centinela, el ACPM da una nueva regulación a este delito, que en el CPM vigente aparece tipificado como delito cualificado por el resultado. En el artículo 35 viene a ampliar los comportamientos típicos remitiéndose a los delitos 550 a 556 del CP, que se convierten en delitos militares cuando el sujeto activo sea un militar y el pasivo una autoridad militar, fuerza armada o policía militar.

158La penalidad será prevista en los delitos comunes, cuyo límite máximo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo haya sido ya tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito. En el número 2, se



establece una agravación la acción se ejecute en situación de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz

159El número 3 define fuerza armada a los efectos de este Código, remitiéndonos a lo ya expuesto con relación a la definición de potencia aliada al comentar el artículo 33.

160Esta definición se ajusta a la que ofrece el actual párrafo segundo del artículo 554 CP, que desaparece en el Anteproyecto de la LO de reforma del CP, si bien en el artículo 35.3 se incluye de modo expreso a los miembros de la Guardia Civil cuando presten un servicio no encuadrable en funciones de naturaleza policial.

a. Capítulo VIII. Ultrajes a España e injurias a la organización militar

161El artículo 36 ACPM está dedicado al delito de ultraje a España, su bandera, himno o algunos de sus símbolos, a la Constitución o al Rey, que se recoge en el actual artículo 89 CPM y guarda un cierto paralelismo con el artículo 543 CP, pero constituirá delito militar si lo cometiere un militar. Si el objeto del delito fueran las insignias o emblemas militares, se establece una punición menor.

162De la comparación del precepto común y especial resulta que en éste se incluyen además otros valores constitucionales que tienen un mayor significado para los militares (artículos 4 y 6 RROO), como el himno y la bandera.



163El artículo 37 recoge las injurias por un militar a las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Instituciones o Cuerpos determinados de los mismos, que encuentra su correspondencia en el artículo 504.2 CP si el autor fuera cualquier persona. El Anteproyecto introduce, además, un subtipo agravado cuando las injurias fueren cometidas con publicidad, ante una comunidad de personas o en situación de conflicto armado.

2.- TÍTULO II. DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA

164Se advierte en la EM que estos delitos constituyen el núcleo más característico de las infracciones penales militares. Una de las novedades más relevantes de este ACPM es la inclusión de los atentados contra la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de insubordinación al superior y el acoso sexual dentro del abuso de superioridad. Además se da una nueva definición del delito de desobediencia contemplándose la causa de atipicidad contemplada en el artículo 410.2 CP para el caso de que la orden entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyen delito o una infracción manifiesta, clara y terminante de normas esenciales del ordenamiento jurídico.

2.1. Capítulo I. Sedición militar

165El artículo 38 ACPM incorpora el delito de sedición, en los términos en que aparece tipificado en el artículo 91 CPM vigente, manteniendo, en consecuencia, el tradicional concepto de la sedición militar, que es distinto a tipificado en el CP, si bien ambos se caracterizan por ser delitos colectivos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

166 El artículo 544 CP describe la conducta de sedición como el alzamiento público y tumultuario para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos. Por alzamiento cabe entender *“todo levantamiento, sublevación o insurrección”* (STS 10 octubre 1980), dirigido a la consecución de los mencionados fines. El alzamiento ha de ser público y tumultuario, es decir *“abierto, exteriorizado, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría según opinión unánime, que de ser organizado y ordenado también se aplicara el precepto”* (STS antes citada).

167 Cometerán delito de sedición militar los profesionales con esta condición que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más o que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de la fuerza, dotación o tripulación, se negaren a obedecer o no cumplieren las órdenes legítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior. En el delito militar, que sigue siendo colectivo, concreta el número mínimo de los intervinientes, que habrán de estar ligados por un concierto previo. En la legislación comparada existe un gripo de países que emplean diversas locuciones indefinidas y otro que cuantifica a los intervinientes, yendo desde dos o más en Estados Unidos o Inglaterra hasta diez en Italia si se trata de reclamaciones colectivas.

168 Las modalidades de la acción sediciosa militar son tres: rehusar obedecer las órdenes legítimas recibidas; incumplir los demás deberes del servicio; y amenazar, ofender o ultrajar a un superior.



169 En cuanto a la penalidad, se distingue entre el que hubiera inducido, sostenido o dirigido la sedición, el cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, suboficiales o militares de categoría superior, que serán castigados con penas de 2 a 15 años de prisión y pérdida de empleo. Y los meros ejecutores, castigados con penas de 1 a 10 años de prisión y pérdida de empleo.

170 Se establece unos tipos cualificados cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes, suprimiéndose en el ACPM la situación de peligro para la seguridad del buque o aeronave revista en el artículo 91 CPM vigente:

1711º Que los hechos tuvieran lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas –concepto definido en el artículo 7.3 ACPM–.

1722º Que se hubieren esgrimido armas.

1733.º Que se hubiere maltratado de obra a superior, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los resultados lesivos producidos. El ACPM abandona el subtipo agravado por el resultado del artículo 91 CP y establece el subtipo tipo agravado y, en su caso, la punición separada del resultado lesivo producido conforme al CP, en concurso real.

174 El artículo 39 ACPM regula el tipo atenuando del 92 CPM, cuando los sediciosos hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto o portando armas. Para su punición, distingue entre quienes hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

al frente o, en todo caso, de los suboficiales o militares de categoría superior que intervinieren, que serán castigados con la pena de uno a seis años de prisión; y los meros ejecutores, para los que se establece pena de seis meses a cuatro años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

175 Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio serán consideradas delito, si pusieran en grave riesgo el mantenimiento de la disciplina. Este inciso es introducido con acierto por el ACPM y servirá de criterio para diferenciar el delito de la infracción disciplinaria, que es la vía que más está siendo utilizada, mostrándose los Tribunales Militares favorables a la descriminalización de estos hechos.

176 El artículo 40 ACPM se hace eco del artículo 93.1 CPM, regulando el desistimiento de la sedición, a la primera intimación o antes de ella, planteándose el problema de su compatibilidad con el artículo 16.2 CP, al castigar el ACPM a sus autores con la pena inferior en grado.

177 En el apartado segundo de este artículo 40 se castiga la proposición, conspiración y provocación. Y en el artículo 41 se recoge un delito de omisión igual al del artículo 31 del mismo ACPM, pero referido al delito de sedición, reproduciendo aquí las consideraciones que se han hecho con relación al artículo 31.

2.2. Capítulo II. Insubordinación



2.2.a. Sección 1ª. Insulto a un superior

178Desterrando la actual descripción de las conductas del delito de maltrato de obra a un superior del vigente artículo 99 CPM, que constituyen tipos cualificados por el resultado, y como se ha hecho en relación con otros delitos, el artículo 42.1 ACPM tipifica un delito básico de maltrato de obra a superior, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al CP, dando lugar, en su caso, a un concurso real de delito. La Sala del TS de lo Militar, en reiterada jurisprudencia (sentencias de 4 de Abril de 1990, 7 de Mayo de 1990, y recientemente de 18 de Febrero de 1999 y 15 de noviembre de 1999) ha venido manteniendo que el maltrato de obra consiste en toda agresión física susceptible de causar perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, y abarca desde el simple acto de violencia física que no produce resultado alguno lesivo, hasta aquellos otros actos igualmente violentos que provocan lesiones o la muerte. Y que *“ la agresión de un inferior a un superior nunca puede constituir una simple infracción disciplinaria, por el grave quebranto que tal hecho entraña para la disciplina, sin que nunca las agresiones físicas hayan sido aceptadas como comportamiento de escasa entidad para extraerlos del ámbito penal y residenciarlos en el simplemente disciplinario. Así, en distintas sentencias hemos venido considerando que los empujones, acometimientos, forcejeos, etc., aun cuando no hayan producido un resultado lesivo para la integridad corporal del superior, merecen la calificación jurídica de maltrato de obra a un superior, aun cuando, precisamente por la inexistencia de ese resultado lesivo previsto en los apartados 1º y 2º del art. 99, o por las circunstancias y resultados que se recogen en el art. 98, ambos del*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Código Penal Militar, queden acogidos en el párrafo 3º del art. 99, como tipo residual frente a las acciones antes indicadas” (STS 5ª 25 marzo 1988 y 19 julio 1999).

179 Como novedad, junto al maltrato de obra, se incluye el atentado contra la libertad e indemnidad sexual del superior, viniendo a colmar la laguna legal que existe en la actualidad. Debería revisarse la redacción del artículo 42.1 ACPM, en relación con la expresión “abusos sexuales” que utiliza al final del precepto, en referencia a los resultados, para incluir las agresiones sexuales y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales,

180 El número 2 contiene dos subtipos agravados cuando el hecho se produzca en situación de conflicto armado o en estado de sitio y se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de éste; y si se produce frente al enemigo, rebeldes sediciosos o circunstancias críticas. Supuestos en el deber de disciplina debe ser especialmente cumplido.

181 El número 3, en el que se traspone la conducta del actual artículo 100, castiga a quien pusiera mano a arma o ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior, tipificando como delito autónomo lo que no es sino una tentativa del delito de maltrato de obra, que se sanciona con penas notoriamente superiores a las que resultarían de la aplicación de las normas generales de punición, lo que merece un rechazo, recomendándose la supresión de este tipo atenuando y, en todo caso, la penalidad del mismo.



182El artículo 43 ACPM regula el delito de coacciones, amenazas, calumnias e injurias a superior, que para ser delito militar, deberá cometerse en presencia del superior o ante una concurrencia de personas, por escrito o con publicidad, de manera que si no concurren estas circunstancias se tratará de un delito común; situación entendemos debería revisarse, al quedar sin la protección adecuada el bien jurídico de la subordinación protegido por el delito de insulto a superior.

2.2.b.Sección 2ª. Desobediencia

183El artículo 44 ACPM regula el delito de desobediencia militar, describiendo la conducta típica del mismo modo que el artículo 102 CPM vigente (negarse a obedecer o no cumplir las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio).

184El bien jurídico protegido es la disciplina militar, que constituye una pauta esencial, como medio para alcanzar la máxima eficacia en el logro de los fines constitucionalmente asignados a las Fuerzas Armadas; no siendo admisible que el cumplimiento de una orden legítima, debidamente transmitida, dependa, en su cumplimiento, de que el subordinado que la reciba esté, o no, de acuerdo con ella (STS Sala 5ª de 11 de mayo de 2012)

185Los elementos típicos del delito de desobediencia del artículo 102 del Código Penal Militar; referidos, entre otras, en sentencia de 16 de mayo de 2011, que es citada en la de 11 de mayo de 2012, son: a) existencia de orden legítima, transmitida de forma adecuada (Ss. 20-06-2003; 6-03-04; 27-09-2005); b) taxatividad en su contenido; esto es, sin margen de discrecionalidad apreciable por el destinatario de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

misma (Ss. 06-04-2004 y 27-09-2005); c) condición de la orden como relativa a acto de servicio, que corresponde realizar al sujeto activo del delito (Ss. 20-09-2002; 12- 03-2004 y 14-06-2004); d) gravedad o entidad de la desobediencia en consideración a la naturaleza del mandato incumplido, consecuencias del incumplimiento, circunstancias del caso, reiteración de la negativa o intencionalidad del sujeto activo, y la repercusión sobre la disciplina quebrantada, cuya indemnidad constituye el bien jurídico protegido (Ss. 20-06-2003; 02-02-2004; 06-02-2004; 09-07-2004; 07-02-2005 y 01-04-2006). Siendo doctrina constante, consolidada entre otras en las SS de 17.04, 17.06, 6.07 y 20.10 de 1992, 18.10.96, 15.4 y 15.5 de 1997; 16.06.98; 17.05.99; 23.02.00; 2.03 y 15.10 de 2001; 2.12.02; 14.02 y 14.03 de 2003; 13.10.04 y 7.04 y 6.05 de 2005 y 12.01.2006, que la respuesta a la desobediencia a una orden, que tenga la condición de legítima puede enmarcarse en el ámbito penal o en el disciplinario, siendo los criterios para la debida conceptualización de un hecho como atentatorio a la disciplina, como delito o como falta, la ponderación de la gravedad del mismo, de la entidad del mandato, de las consecuencias de su incumplimiento y de la trascendencia del acto de insubordinación de que se trate, criterios éstos que son los que se han de valorar a los efectos de la corrección e incardinación de las conductas que se analicen.

186El ACPM introduce una causa de exclusión de la tipicidad similar a la del artículo 410.2 para el delito de desobediencia común, disponiendo en el número 3: *“No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o una infracción manifiesta, clara y terminante de normas esenciales del ordenamiento jurídico”*.



187 Las redacciones de los artículos 44.3 ACPM y 410.2 CP son distintas.

Mientras que en éste, el mandato ha de constituir “una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier disposición general”, en el artículo 44.3 ACPM el acento se pone en los actos de ejecución del mandato, respecto del que se tiene un derecho de examen más limitado, en los términos del artículo 6 regla 12ª de la LO 9/2001, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (*“Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas y deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión”*) y artículo 48 RROO.

188 El artículo 44.3 CP amplía los supuestos de desobediencia atípica, que las leyes militares circunscriben a las órdenes que entrañen actos de ejecución constitutivos de delito, añadiendo las órdenes que entrañen actos que supongan una infracción manifiesta, clara y terminante de normas esenciales del ordenamiento jurídico. La expresión utilizada es excesivamente vaga e indeterminada, desconociéndose qué ha de entenderse por normas esenciales. Sería preferible el empleo de una fórmula como la del artículo 410.2 in fine CP.

2.3 Capítulo III. Abuso de autoridad.

189 El ACPM mantiene los tres tipos de abuso previstos en los artículos 103, 104 (maltrato de obra) y 106 (trato degradante) CPM, añadiendo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

un nuevo tipo en el que castiga los acosos sexuales y profesionales, amenazas, coacciones, injurias y calumnias, atentados a la intimidad, dignidad personal y en el trabajo y actos discriminatorios.

190 Como en el CPM actual, junto a estos delitos, que son pluriofensivos, al afectar a la disciplina y a los derechos (vida, integridad física, dignidad, indemnidad y libertad sexual, libertad) de la persona, aparecen los delitos de extralimitación de mando, en los que se protege la integridad de las fuerzas, unidades o establecimientos sobre los que se ejerce el mando y, en definitiva, la efectividad y el correcto desarrollo del servicio.

191 Elementos comunes a los distintos tipos son:

192-el sujeto activo, que ha de ser siempre el superior, concepto definido en el artículo 5 ACPM.

193-en cuanto al bien jurídico protegido, aunque se sitúan en el Título II, que lleva por rúbrica "*contra la disciplina*", por lo que pareciera que el bien jurídico protegido es éste, ya se ha indicado que se trata de un delito pluriofensivo, que afecta a la disciplina y a los derechos e integridad física y moral del sujeto pasivo.

194-el sujeto pasivo ha de ser el inferior o subordinado en todas las modalidades típicas.

195 La acción típica del artículo 103 ACPM es el abuso de las facultades de mando o de posición de servicio, con tres posibles efectos: irrogar un perjuicio grave al inferior, obligarle a prestaciones ajenas al interés del servicio o impedirle arbitrariamente el ejercicio de algún derecho.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Dice la STS 5 de junio de 2002 *“El abuso de las facultades de mando debe interpretarse como el exceso en el ejercicio del poder, derecho o atribuciones que a aquel correspondan. La otra vertiente del delito es la que se refiere a la denominada "posición en el servicio", que debe entenderse como categoría, condición social o lugar que en el mismo ocupa cada persona en relación a los demás. En ambos casos lo que queda patente es la existencia de una situación que parte de la relación de superioridad y que se manifiesta en una actitud de prevalencia que es justamente la que da lugar al abuso de manera arbitraria y sin ninguna base o motivo que en alguna forma pudiese justificarla”*

196El requisito de *“irrogar un perjuicio”* servirá para deslindar el ámbito penal del disciplinario (artículo 7.7 del Proyecto LO del Régimen Disciplinario de las FAS). En cuanto al tipo de perjuicio, al no decir nada la norma, podrá ser cualquiera, debiendo ser consecuencia directa del abuso.

197Por lo que se refiere a *“prestaciones ajenas al interés del servicio”*, el TS ha declarado que *“Puede tratarse de una prestación económica, laboral, servicial o de otro orden, con afectación de distintos bienes jurídicos. Podrá incluir tanto las solicitudes de dar como de hacer o no hacer, las entregas de cosas (dinero, efectos, valores, objetos) o las prestaciones de servicios indebidos. Y en todos los casos ha de existir una relación de causalidad entre la actuación del superior y la del subordinado que pueda identificar el hecho de encontrarnos ante una situación de obligación, de vinculación que no pueda ser normalmente eludida, precisamente por el efecto y la trascendencia de la posición de prevalencia”* (STS 5 junio 2002).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

198 En cuanto *“al impedimento arbitrario del ejercicio de un derecho”*, habrá de ser un derecho reconocido, siendo su ejercicio lo que se coarta.

199 El tipo del artículo ACPM (actual 104 CPM) castiga el maltrato de obra de un superior a un subordinado, exige para su integración la concurrencia de los requisitos siguientes: 1º) la condición de militares tanto del sujeto activo como del que soporta la acción, y sobre el que ya vimos que no existen dudas sobre ello en el presente caso; 2º) la existencia de una relación jerárquica de subordinación, y 3º) que se haya producido un maltrato de obra al inferior, consistente en una agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, laboral y capacidad de la misma, (Sentencias de 3 de marzo y 3 de noviembre de 2008 y 20 de julio de 2009); abarcando desde el mero acto de violencia física que no produce resultado lesivo alguno hasta el que causa lesiones que técnicamente deben ser consideradas menos graves (Sentencias de 26 de junio y 3 de noviembre de 2008, 20 de julio de 2009 y 18 de enero y 15 de febrero de 2010).

200 El ACPM deroga los subtipos agravados del abuso por maltrato, cualificados por el resultado, tipificando el delito básico del maltrato de obra sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos. Debería revisarse la redacción del artículo 42.1 ACPM, en relación con la expresión *“abusos sexuales”* que utiliza al final del precepto, para incluir las agresiones sexuales y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

201El artículo 47 ACMP configura el delito de trato degradante del superior, actualmente comprendido en el artículo 106 CPM, añadiendo como conducta típica, junto al trato degradante, inhumano o humillante, el atentado contra la libertad o indemnidad sexuales, que había sido incluido por la jurisprudencia de la Sala 5ª en el artículo 106 CPM por constituir una modalidad del maltrato, al constituir, en palabras de la STS Sala 5ª de 17 de diciembre de 2012 *“una situación intrínsecamente humillante, envilecedora, vejatoria y desagradable, que la avergonzaba, rebajaba y degradaba como ser humano y que tuvo que soportar con evidente menoscabo de su dignidad y estima, alcanzando en definitiva, la gravedad objetiva y subjetiva que está en la base del tipo penal apreciado.”* No obstante, la aplicación habitual en los últimos tiempos del tipo del artículo 106 CPM en relación a agresiones, abusos y acosos sexuales, junto con su gravedad, hace conveniente la expresa contemplación de éstos dentro del tipo penal.

202El delito de maltrato de superior no requiere de la producción como resultado de ese padecimiento psíquico (a consecuencia de la acción degradante) ya que dicho tipo penal es de simple actividad, como resaltan las Sentencias Sala 5ª de 20 de diciembre de 1999; de 23 de septiembre de 2011 y de 18 de noviembre de 2011 cuando declaran que *“el delito de trato degradante es de simple actividad careciendo la relevancia fundamental el resultado final de la conducta del procesado, pues el tipo penal se consumó cuando el superior realizó cualquier acto atentatorio a la libertad sexual de sus subordinados”*. Por ello, la expresa mención de la punición separada (*“sin perjuicio”*) de los resultados lesivos producidos o de las agresiones o abusos sexuales cometidos que añade el Anteproyecto resulta correcta.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

203 Sobre lo que deba considerarse trato degradante a efectos de integrar la figura tipificada en el artículo 47 ACPM (106 CPM), el TS Sala 5ª se ha pronunciado con reiterada virtualidad en el sentido de que el mismo (STS 17 de diciembre de 2012) *“consiste en un comportamiento de palabra u obra que rebaja, humilla y envilece al inferior despreciando el fundamental valor de su dignidad personal, siendo preciso que el maltrato de palabra u obra alcance un mínimo de gravedad o que la humillación causada por el maltrato llegue a un determinado nivel, que son conceptos de naturaleza circunstancial empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el art. 3º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”* (Sentencias 23.03.1993, 12.04.1994, 20.12.1999, 05.05.2004, 05.11.2005, 05.12.2007, 03.01.2008 y 10.11.2008). Nuestra jurisprudencia viene referenciada a lo dispuesto en el expresado Convenio hecho en Roma el 04.11.1950, y a la jurisprudencia del TEDH recaída acerca de su interpretación, representada entre otras por las SSTEDH de fecha 18.01.1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido); 07.07.1989 (caso Soering contra el Reino Unido); 06.04.2000 (caso Cabita contra Italia); 29.04.2002 (caso Pretty contra el Reino Unido); 08.11.2005 (caso Alver contra Estonia) y 03.05.2007 (caso Testigos de Jehová contra la República de Georgia) (vid. nuestra Sentencia de 10.11.2008). A partir de la jurisprudencia del citado Tribunal Europeo se viene aplicando el concepto de trato degradante a los actos que rebajan el plano de la propia estimación, de la reputación, de la dignidad, o que provoquen situaciones patentes de desprecio, que deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana. Los tratos han de revestir, ciertamente, un mínimo de gravedad, indicando que la apreciación de este límite es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos y mentales, y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc. Junto al requisito de la gravedad, dicha jurisprudencia señala como otro requisito que debe concurrir en el trato degradante, el que pueda crear en la víctima sentimientos de temor, de angustia e inferioridad, susceptibles de humillarla y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral (vid nuestra Sentencia 10.11.2008).

204 En el mismo sentido se pronuncia nuestro Tribunal Constitucional con referencia a lo dispuesto en el art. 15 CE, calificando como tratos degradantes aquellos que denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, con intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente (SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 196/2006, de 3 de julio).

205 Por nuestra parte hemos dicho (por todas, en Sentencias 03.05.2006, 10.07.2006; 23.10.2007, y 15.04.2011), que lo que deba entenderse por trato degradante es concepto normativo relativamente indeterminado, y que los actos en que consistan han de revestir un mínimo de gravedad cuya apreciación es cuestión no exenta de relativismo por su propia naturaleza, y de circunstancialidad en función del conjunto de los datos objetivos que concurren en el caso y los subjetivos o personales de la víctima, susceptibles de humillarla y quebrantar en el caso su resistencia física o moral, que produzcan en ésta como resultado sentimientos de temor, angustia o inferioridad. Tenemos también declarado (Sentencias 20.09.2002, 03.11.2008 y 10.11.2008), que para la perfección del tipo penal previsto en el art. 106 CPM no se exige la realización de una



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

conducta ni, por tanto, dicha figura tiene porqué estar integrada por varias acciones como si se tratara de un delito compuesto, bastando con que concurra un solo acto que pueda calificarse de trato degradante”

206 En el artículo 48 ACPM se introduce un nuevo tipo de abuso de superioridad, cuya acción típica es la realización, al subordinado, de actos de acoso, tanto actos de acoso sexual, como profesional, amenazar, coaccionar, injuriar o calumniar, atentar de modo grave contra la intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizar actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Son todos comportamientos que se venían incluyendo por la jurisprudencia dentro de trato degradante o inhumano. Con el nuevo delito, la realización de cualquiera de esos comportamientos será constitutivo de un delito de abuso de autoridad, con independencia de que, en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas, carezcan de entidad para humillar a la víctima.

207 Es importante advertir que la misma conducta que castiga este nuevo tipo como delito, se considera falta muy grave en el Proyecto de la LO del Régimen Disciplinario de las FAS (artículo 8.12), siendo en consecuencia, necesario la revisión de ambos textos para su correcta coordinación, entendiendo que, por la gravedad de la conducta, tanto el acoso sexual como el profesional no pueden ser considerados como simples infracciones disciplinarias.



208 Por otra parte, parece que la aplicación de este nuevo delito provocará problemas concursales con el artículo 47, que establece una pena mayor, además de las penas que pudieran corresponder a los resultados lesivos, por lo que sería conveniente delimitar con mayor precisión el ámbito de estos delitos.

3.- TÍTULO III. DELITOS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS

209 Como se anuncia en la EM, la incorporación de este Título III constituye una de las novedades más relevantes del ACPM. Viene a cubrir toda una serie de posibles cometimientos o atentados a la libertad e indemnidad sexual, a la libertad, al honor y a la dignidad entre militares de igual rango, constituyendo un incumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 6 regla 5ª de la LO de derechos y deberes de miembros de las FAS, de ajustar su conducta al respeto de las personas, proclamando que *“la dignidad y derechos inviolables de las personas son valores que tiene la obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, no someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos”*.

210 El vigente CPM únicamente castiga las agresiones entre militares de igual rango cuando sean oficiales generales, oficiales o suboficiales y la agresión tuviera lugar públicamente, en el delito del artículo 162 del Capítulo VIII, del Título VI del Libro I, bajo la rúbrica de *“decoro militar”*. Fuera de este limitado supuesto, las agresiones, los tratos inhumanos o degradantes, acosos, coacciones, amenazas, injurias o cualquier otro acto que implique un atentado a la dignidad, que se produzcan entre militares de igual empleo, sin relación de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

subordinación ni de autoridad, no pueden ser sancionados hoy en la jurisdicción penal militar, pese a afectar al deber-derecho de dignidad del militar, resultando en consecuencia adecuada su regulación por el ACPM.

211 Se introducen dos tipos distintos cuyo bien jurídico protegido es la dignidad del militar. El del artículo 49, consistente en el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante o el atentado contra su libertad e indemnidad sexual, entre militares, exigiendo que la conducta sea pública y en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil; notas estas dos últimas que distinguen el delito de la infracción disciplinaria (artículo 7.25 y 27 Proyecto LO del Régimen Disciplinario de las FAS y 7.6 LO del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil). Resulta necesario la delimitación negativa del tipo para diferenciarlo del delito de abuso de autoridad y el de insulto a un superior, en los que el bien jurídico castrense protegido es la disciplina, proponiéndose la siguiente redacción: *“el militar que sin incurrir en el delito de abuso de autoridad ni en el de insulto a superior...”*

212 En el artículo 50 se incluyen la conducta consistente en impedir o limitar arbitrariamente el ejercicio de los derechos fundamentales o realizar cualquiera de los actos enumerado en el artículo 48. También aquí resulta necesaria la delimitación del delito frente a los de abuso de autoridad e insulto a superior. Y como ya se advirtió en relación al artículo 48, debería revisarse la redacción para delimitar cuándo la conducta es delito y cuándo es falta, al tipificarse como tal la misma conducta en el artículo 8.12 del Proyecto de la LO del Régimen Disciplinario de las FAS. En igual sentido el artículo 7.4 LO del régimen disciplinario de la Guardia Civil.



4.- TÍTULO IV. DELITOS CONTRAS LOS DEBERES DEL SERVICIO

4.1 Capítulo I. Cobardía

213 Los artículos 51 a 54 regulan los delitos de cobardía comprendidos en los artículos 107 a 114 CPM vigente, recogiendo tanto los delitos propiamente de cobardía, como los denominados de capitulaciones deshonorosas (111 CPM).

214 El Anteproyecto procede a una redacción más sencilla y acorde con el lenguaje actual, sustituyendo respecto del elemento subjetivo del tipo, la vetusta, indeterminada y subjetiva expresión “cobardía” por la más objetiva de “temor a un riesgo personal”. Sería aconsejable que se concretara la entidad del riesgo personal, que entendemos ha de ser grave, real e inminente, por exigencias del principio de taxatividad penal.

4.2 Capítulo II. Deslealtad

215 El artículo 55 A CPM tiene su correspondencia con el delito de información militar falsa de 115.1 CPM, que reproduce, creando un subtipo agravado si los hechos se perpetran en situación de conflicto armado o estado de sitio. Debería limitarse la información objeto de la falsedad a la que tenga carácter oficial, dejando al margen la oficiosa o rumores falsos

216 El artículo 57 ACPM reproduce el delito de falta de la discreción y reserva debida del artículo 117 CPM vigente.



217 El artículo 56 militariza los delitos de falsedad documental del artículo 390 del Código Penal cometido por militar. El delito penal militar, en cuanto delito especial tiene que venir justificada por la existencia de una peculiaridad específica que, al no ser contemplada por el delito ordinario, justifica la creación del especial. En este sentido, el TC tiene declarado que la Jurisdicción militar (Sentencia Pleno 60/1991, de 14 de marzo) *“ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido: con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 CE); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado "uti miles", por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.”*

218 En el nuevo artículo 56 del Anteproyecto se militariza el delito común de falsedad en documento oficial por la simple condición de militar de su autor y su deber de lealtad, lo que entendemos no satisface el canon de la especialidad; siendo necesario que la vinculación de tal conducta a un bien específicamente castrense. En este sentido, el actual artículo 116 CPM –que no pasa al ACPM- vincula la acción de simulación a la excusa del deber militar debido. Por ello, consideramos que este delito, de mantenerse, debe ser precisado,



estableciendo con claridad en el tipo la razón de su especialidad, siendo insuficiente la de la condición subjetiva del autor.

4.3 Capítulo III. Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio

4.3. a. SECCIÓN 1ª. ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA

219 Se regula en el 58 CPM, el delito de abandono de destino previsto en el artículo 119 CPM

220 Como novedades pueden destacarse dos. La primera, la incorporación de la previsión del momento en que han de contarse los plazos de abandono, en sintonía con lo establecido en el régimen disciplinario. La segunda, de la sustitución de la expresión “injustificadamente” del actual 119 por “incumpliendo la normativa vigente”, acogiendo con ello la consolidada doctrina jurisprudencial sobre aquel adverbio modal, dotándola de una mayor precisión y objetividad, lo que se valora favorablemente.

221 En este sentido, se puede citar por su claridad la STS Sala 5ª de 18-6-2012, que declara que “...hemos precisado reiteradamente que el adverbio modal “injustificadamente”, que se emplea en la descripción típica del delito de “abandono de destino”, no hace referencia a la no concurrencia de causas de justificación, sino que viene referido a que la ausencia del destino, para que revista caracteres de delito, debe estar en desacuerdo con el marco normativo -legal y reglamentario- que regula el deber de presencia de los militares en su unidad de destino. Es sabido que el delito de abandono de destino protege los deberes de presencia física y disponibilidad permanente para el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

servicio, que son vulnerados cuando los militares se sustraen al necesario control de los mandos militares, lo que perturba la organización y el buen funcionamiento de la Institución. Resulta obvio que las Fuerzas Armadas vienen obligadas a alcanzar el más correcto empleo de los medios personales y materiales de los que son dotadas por la sociedad para conseguir su operatividad de la manera más eficaz posible, lo que solamente se consigue con el adecuado control de sus miembros.”

222La más reciente de 26-10-2012, rec. 51/2012, por su parte, explica que *"el adverbio modal injustificadamente, que figura integrado en el supuesto de hecho conminado por la norma contenida en el artículo 119 del Código Penal Militar como un elemento objetivo normativo del tipo -normativo, como dice la Sentencia de esta Sala de 24 de marzo de 2006, en cuanto no expresa una realidad sensible y sí una realidad determinable jurídicamente-, no hace referencia a la no concurrencia de causas de justificación de la conducta -si bien, como se puntualiza en la Sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 2000, aunque el legislador, al integrar en el tipo el carácter injustificado de la ausencia, no haya querido referirse a las propias causas de justificación, ello no quiere decir que, si concurre una de ellas, la ausencia no sea justificada-, de manera que, como indica nuestra Sentencia de 16 de marzo de 2007, siguiendo, entre otras, la de 19 de noviembre de 2004, como resulta de esta descripción, el término "injustificadamente" forma parte de la conducta prohibida. No es suficiente cualquier ausencia del lugar de residencia. Además de su duración, superior a tres días, la ausencia ha de ser injustificada. Aunque se considerara innecesaria la inclusión del adverbio "injustificadamente" en el tipo, porque sería improcedente perseguir una ausencia amparada en razones convincentes, lo cierto es que el*



legislador penal ha dispuesto de forma expresa que la conducta prohibida, merecedora de la respuesta penal, ha de ser injustificada, lo que significa, a fin de poder concluir que actuó con dolo, que el autor de la acción habrá de tener conciencia de la significación antijurídica de su acción. En definitiva, el adverbio injustificadamente viene referido, como afirma reiteradamente esta Sala -Sentencias de 03.10.2000; 26.03 y 25.10.2004; 14.09 y 18.11.2005; 03.07.2006; 14.12.2007; 28.07 y 11.12.2008; 20.04, 18.06 y 12.11.2009; 29.01, 04 y 12.02 y 30.04.2010 y 21.01.2011, entre otras-, a que la ausencia del destino, para que revista caracteres de delito, debe estar en desacuerdo con el marco normativo -legal y reglamentario- que regula el deber de presencia de los militares en su Unidad de destino, y que dicho adverbio modal, al igual que la frase pudiendo hacerlo, incorpora un elemento negativo del tipo, lo que supone que el comportamiento no deja de ser antijurídico por encontrarse justificado, sino que deja de ser típico, doctrina que, como afirma la citada Sentencia de 03.10.2000, es absolutamente congruente con la consignación de dicho adverbio en la descripción típica, configurándolo como un elemento que afecta a la tipicidad, pues sabido es que las causas de justificación legalmente establecidas han de ser consideradas sólo como excluyentes de la antijuridicidad, de la que la tipicidad es sólo indicio, según la teoría general del delito comúnmente aceptada".

4.3.b. SECCIÓN 2ª. DESERCIÓN

223El 59 ACPM regula el delito de deserción, cuyo comportamiento puede ser tanto omisivo (no presentarse) como activo (ausentarse, exigiendo como elemento subjetivo del injusto el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones.



224 Los términos del precepto son iguales a los del actual artículo 120 CMP con las lógicas correcciones ante la actual profesionalización de todos los militares.

4.3.c .SECCIÓN 3ª. QUEBRANTAMIENTOS ESPECIALES DEL DEBER DE PRESENCIA

225 Los artículos 60 y 61 incorporan respectivamente los artículos 121 a 123 CPM, que describen los delitos de quebrantamientos especiales del deber de presencia, cuyo bien jurídico protegido, al igual que en el abandono de destino y la desertión, es la protección del servicio militar, la obligación de la presencia militar, matizado por las circunstancias en las que se produce, pudiendo tener la ausencia unas graves consecuencias. Estas circunstancias especiales son hallarse frente al enemigo, rebeldes o sediciosos –despareciendo el supuesto de en circunstancias críticas del 122 CPM-; y el quedarse en tierra, incumpliendo la normativa vigente, a la salida del buque o aeronave de cuya dotación o tripulación forme parte.

4.3. d. SECCIÓN 4ª. INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA Y SIMULACIÓN PARA EXIMIRSE DEL SERVICIO

226 Artículo 61 versa sobre el delito de inutilización voluntaria y simulación de enfermedad que se regulan en la actualidad separadamente, en los artículos 125 y 126 CPM.

227 El bien jurídico protegido no es la salud o integridad física o psíquica del militar que se auto mutila o consiente su mutilación, sino la



protección del servicio o deber que se pretende eludir con la mutilación.

228 En cuanto a las conductas típicas, en el delito de mutilación consentida son la automutilación o la mutilación consentida, no habiendo corregido el Anteproyecto el defecto de redacción que presenta el artículo 125 CPM, que no expresa si el militar ha de quedar efectivamente mutilado, pareciendo que el precepto castiga el simple hecho del consentimiento para la mutilación. Apuntan algunos autores que este defecto proviene de una incompleta transposición del tipo similar del artículo 425 CP 1973, sin tener en cuenta que en éste se exigía la declaración de exención del servicio, por lo que no eran necesarias mayores precisiones, que sí reclaman el artículo 61 ACPM.

229 El delito plantea problemas concursales respecto del resultado lesivo, caso de que se haya producido la mutilación, siendo aconsejable que el precepto diera una solución.

230 Desparecen el subtipo agravado de mediar precio o la atenuante de parentesco, que se resolverán con las circunstancias modificativas comunes.

4.3. e. SECCIÓN 5ª. DISPOSICIÓN COMÚN

231 El artículo 62 ACPM castiga la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este capítulo.

4.4 Capítulo IV. Delitos contra los deberes del mando



**.4.4.a SECCIÓN 1ª. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES
INHERENTES AL MANDO**

232 Los artículos 63 a 66 castigan diversas conductas que tienen en común la infracción de los deberes de mando en determinadas condiciones o consecuencias. En el artículo 63 se exige una dejación del mando por abandono o entrega indebida, contemplando como subtipo agravado, que la conducta se hubiera producido en situaciones críticas, lo que era reclamado por la doctrina. Mientras que en el 64 ACPM las conductas, que deberán realizarse en situación de conflicto armado, son: dejar de cumplir una misión de combate, abstenerse de combatir o perseguir al enemigo debiendo hacerlo; o no empleare, en el curso de las operaciones bélicas, todos los medios que exija el cumplimiento de sus deberes y obligaciones ó las órdenes recibidas; pérdida de plaza, establecimiento, instalación militar, buque, aeronave, puesto o fuerza a sus órdenes o ser sorprendido por el enemigo u ocasionare grave daño al servicio, por no haber tomado las medidas preventivas conforme a sus deberes y obligaciones militares o las órdenes recibidas; o no inutilizare material de guerra, documentación o recursos importantes para la defensa nacional cuando existiere peligro de que caigan en poder del enemigo. El ACPM equipara a efectos penológicos esta última conducta, que el artículo 132 vigente sanciona con pena inferior.

233 El artículo 65 ACPM es un delito de omisión (dejar de emprender la misión encomendada o no cumplir sus deberes y obligaciones ó las órdenes recibidas), castigando en el número 2 su comisión por imprudencia grave.



234 Por último, el artículo 66 viene a castigar la tolerancia del mando ante abusos de autoridad, extralimitaciones y delitos militares cometidos por sus subordinados; conducta delictiva que recoge actualmente el artículo 137 CPM.

4.4.b. SECCIÓN 2ª. EXTRALIMITACIONES EN EL EJERCICIO DEL MANDO

235 Los artículos 67 a 68 recogen los delitos previstos en los artículos 138 a 142 CPM, excluyendo con buen criterio del Código alguna conducta como la del artículo 141 CPM (*“El militar que, en una pendencia o para fines exclusivamente personales, llamare en su ayuda a centinela, unidad o fuerza armada ”*). Además salvaguarda expresamente la posibilidad de punición separada de los resultados lesivos.

4.5 Capítulo V. Quebrantamiento de servicio

4.5.a SECCIÓN 1ª. ABANDONO DE SERVICIO

236 Comprende el delito 69 ACPM –que se corresponde con el 144 CPM– y castiga el abandono de un servicio en las circunstancias especiales, presentando problemas concursales con otros tipos, como los de quebrantamiento del deber de presencia y con la falta disciplinaria.

4.5.b SECCIÓN 2ª. DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL CENTINELA

237 El artículo 70 ACPM acoge las conductas delictivas de los artículos 146 y 147 CPM, siendo el bien jurídico protegido el servicio.



238El artículo 71 es un tipo que no trae su origen en el CPM vigente, castigando el incumplimiento por el militar de los cometidos como encargado de un servicio de vigilancia de los espacios aéreos, control de tránsito, conducción de aeronave o ayudas a la navegación marítima o aérea, con la pena de uno a seis años de prisión.

4.5.c SECCIÓN 3ª. EMBRIAGUEZ EN ACTO DE SERVICIO

239El artículo 72 ACPM incorpora el artículo 148 CPM. El bien jurídico protegido es exclusivamente el servicio para que no se vea perjudicado por la incapacidad del militar para prestarlo.

240El delito exige que esa embriaguez o efectivo consumo de las drogas, excluya o disminuya la capacidad del militar para prestar el servicio; siendo esta afectación lo que parecer diferenciarle de la falta disciplinaria muy grave del artículo 8.8 Proyecto LO del Régimen Disciplinario de las FAS; si bien tal línea no es muy clara en relación con el artículo 7.23 de la LO del régimen disciplinario de la Guardia Civil, que habla de “*estado de embriaguez o bajo los efectos de estupefacientes, o sustancias tóxicas o psicotrópicos*”, lo que implica la afectación de las facultades. Parece aconsejable la depuración de la descripción de la acción constitutiva de delito para evitar problemas interpretativos que lleven a soluciones distintas.

4.6 Capítulo VI Delitos de omisión del deber de socorro

241Los artículos 73 y 74 contienen los delitos de omisión de deber de socorro, cuya descripción se acomoda al artículo 195 CP, castigándose tanto la omisión del socorro como la falta de denuncia



si se estuviere impedido de prestar socorro, que no se contempla en los artículos 149 a 145 CPM vigente.

242 En el número 2 del artículo 74 se sanciona, además, la omisión de socorro del artículo 195 CP cuando es cometida por un militar en el desempeño de una misión de colaboración con las administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas.

243 Fuera de los supuestos regulados en estos delitos ACPM (a fuerza, unidad, buque de guerra o de la Guardia Civil o aeronave militar o fuerza, unidad, buque o aeronave enemigas, o a compañero, en todos los casos en situación de peligro), la omisión de socorro cometida por un militar en el ejercicio de sus funciones, será un delito común, sin perjuicio de la correspondiente falta disciplinaria (artículos 7.21 y 8.7 Proyecto LO reguladora del Régimen Disciplinario de las FAS y 7.9 LO12/2007 en relación con los miembros de la Guardia Civil).

244 En el número 3 del artículo 74 existe un error mecanográfico, que debería ser corregido, al decirse *“El militar que no socorriere,..., a fuerza, unidad, buque o aeronave enemigo”*, en lugar de *“enemigos”*.

4.7 Capítulo VII Delitos contra la eficacia del servicio

245 Anuncia al EM que en este Capítulo es donde se contienen las mayores novedades de la parte especial, abarcando conductas dispares: desde los daños por imprudencia grave, la desobediencia por imprudencia y la dolosa de la consigna general, los homicidios y lesiones imprudentes y el tráfico de sustancias estupefacientes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

cuando es cometido por un militar en instalaciones militares, aeronaves militares, campamentos, o durante ejercicios u operaciones.

246El artículo 75 castiga tres conductas delictivas distintas: los daños por imprudencia; el ocasionar que los medios o recursos de la Defensa o Seguridad nacionales caigan en poder del enemigo; o perjudicare gravemente una operación militar. Agravando la pena cuando los daños cometieren mediante naufragio, abordaje o varada, aterrizaje indebido o colisión con otra aeronave, o se ocasionare la pérdida de un buque de guerra o aeronave militar.

247A. Los daños imprudentes, que debería ubicarse en un precepto junto con los daños cometidos por estragos (que es precisamente la conducta del artículo 266.1 CP) que se contemplan en el artículo 77.1.1º ACP. Por lo demás, resulta de aplicación lo que ya dijimos con relación al delito de atentado contra los medios o recursos de la seguridad o defensa y la necesidad de que los daños recaigan sobre bienes de las FAS y de la Guardia Civil afectos al servicio, como así se hace en el artículo 77.1.1ª ACPM, con el que surgen problemas concursales.

248Por otra parte, por exigencias del principio de taxatividad sería conveniente que se precisara qué ha de entenderse por “perjudicar gravemente”.

249B. El artículo 76 recoge el delito de desobediencia impropia o incumplimiento doloso de una consigna general por un militar en situación de conflicto armado o estado de sitio, y el incumplimiento doloso e imprudente en los demás casos. Así como la desobediencia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

por imprudencia en caso de caso de conflicto armado o estado de sitio y doloso e imprudente en los demás supuestos.

250 Como delito de desobediencia debería regularse en el artículo 44 ACPM propio de la desobediencia, pudiéndole ser aplicable la causa de atipicidad del número 3 de dicho precepto.

251 C. En el artículo 77 se describen tres conductas variadas, cuyo nexo en común es la afectación de la eficacia del servicio, bien jurídico protegido en este Capítulo:

2521/ Ejecutar o no impedir en lugar o establecimiento afecto a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil actos que puedan producir incendio o estragos u originare un grave riesgo para la seguridad de la fuerza, unidad, establecimiento, buque de guerra, buque de la Guardia Civil o aeronave militar.

2532/ Embarcar en buque de guerra o aeronave militar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

2543/ Incumplir los deberes militares fundamentales, o los deberes técnicos esenciales de su función específica, ocasionando grave riesgo o daño para el servicio, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos.

255 Se castiga la comisión de estos comportamientos delictivos por imprudencia grave.

256 Se trata de tipos excesivamente abiertos, dada la vaguedad con la que son redactados, con numerosas expresiones de valoración subjetiva, como: “grave riesgo”, “derechos militares fundamentales”,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

“deberes técnicos esenciales”, que consideramos deberían concretarse por exigencias del principio de taxatividad.

257 En relación con la conducta primera, nos remitimos a lo ya expuesto en el comentario del artículo 75 ACPM.

258D. El artículo 78 introduce como delito militar los delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 371 cometidos por militares en instalaciones afectas a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, buques de guerra, buques de la Guardia Civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones, que será castigado con las penas allí establecidas incrementadas en un quinto de su límite máximo, salvo que el lugar de comisión o la condición de autoridad o funcional del sujeto activo del delito hayan sido tenidas en cuenta por el referido Código al describir o sancionar el delito.

259 Parece adecuada la sanción en el ACPM de estas conductas, que indudablemente afectan a la eficacia del servicio, afectando a intereses militares al ser conductas cometidas por profesionales de esta condición en lugares militares, entrando, por ello, en el ámbito estrictamente castrense del artículo 115 CE conforme ha sido interpretado por el TC (Sentencia Pleno 60/1999). El informe de 22 de noviembre de 1995, aprobado por la Comisión Mixta Congreso-Senado para el estudio del problema de la droga, que erróneamente decía que el CPM penalizaba el tráfico de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes en buques de guerra y aeronaves militares, recomendaba la inclusión en el CPM de la penalización de estas conductas en las unidades, dependencias y centros militares.



260E. El artículo 79 ACPM recoge la causación de la muerte o de lesiones constitutivas de delito por imprudencia por un militar en acto de servicio de armas, o fuera de él por imprudencia profesional. Delito que se contiene en el artículo 159 CPM actual.

261F. El último de los artículos de este Capítulo, el 80 ACPM, transpone el artículo 161 CPM.

4.8 Capítulo VIII. Delito contra otros deberes del servicio.

262El artículo 81 ACPM, que se corresponde con el artículo 164 CPM, castiga el uso público e indebido de uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones.

5.- TÍTULO V. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

263El ACPM se remite a las descripciones de las conductas y a las penas del CP de los delitos contra la Administración de justicia de los capítulos I a VIII del Título XX del Libro II CP, que serán delitos militares si se cometen en relación con delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares; lo que supone una simplificación respecto de la regulación actual, evitando los problemas interpretativos de una doble tipificación. De igual modo, el número 3 del artículo 82 CPM se remite a los correspondiente artículos del CP en los delitos de quebrantamiento de condena previstos en los artículos 468 y 469 CP, que será delito militar si es cometido por el interno de un establecimiento militar.



264 En el número 3 se describe el delito de falta de denuncia o de promoción de los delitos, que se recoge en la actualidad en el artículo 181 CPM.

6.- TÍTULO VI. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO MILITAR

265 La rúbrica de este título sustituye a la actual de *“delitos contra la hacienda en el ámbito militar”*, adecuándose mejor a su contenido.

266 Con estos delitos se protege la integridad de los recursos materiales que constituyen el patrimonio afecto a las Fuerzas Armadas

267 II. El artículo 83 ACPM incorpora el actual artículo 189 CPM, que según jurisprudencia que se contiene, sobre todo, en nuestras Sentencias 26.05.1993; 15.10.1997; 08.06.1998; 10.04.2000 (del Pleno de la Sala); 05.02.2002, 14.12.2004 y 11.4.2012; a) En cuanto a la naturaleza de la infracción, es delito de mera actividad y de consumación anticipada. La perfección del delito coincide con la realización de la conducta típica; b) Es delito de peligro en que se castiga el riesgo que para la eficacia de las Fuerzas Armadas (FAS) representa la desviación de sus recursos para finalidades distintas de las previstas. La antijuridicidad radica en el desvalor de la acción y no del resultado que es contingente, a salvo la agravación prevista en el pfo. segundo; c) El objeto material de la conducta es la Hacienda en el ámbito Militar, esto es, los recursos económicos que el Estado pone a disposición de las FAS, como aporte necesario para la realización de los fines previstos en el diseño de determinada política de la Defensa Nacional; d) El bien jurídico que la norma protege es la integridad de aquellos recursos necesarios, puestos al servicio de las FAS para el cumplimiento de sus fines; manteniendo así su nivel de eficacia. Desde la primera Sentencia referida a la gestión



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

presupuestaria desleal, hemos sostenido que también se protege la lealtad en la gestión de los recursos económicos, que con posterioridad, tras la Sentencia 10.04.2000 (del Pleno), se ha extendido al comportamiento de cualquier sujeto activo con referencia a lo dispuesto genéricamente en las Reales Ordenanzas; e) Sujeto activo del delito puede ser cualquier militar aunque no esté funcionalmente encargado de la gestión presupuestaria o económica; f) La conducta típica consiste en solicitar la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, mediando simulación de necesidades para el servicio o bien de derechos económicos a favor del personal; g) Finalmente, no se requiere ánimo de lucro porque no es delito patrimonial de enriquecimiento, y si las cantidades que llegaran a obtenerse se destinaran a beneficio propio, sería de aplicación la agravación prevista en el párrafo segundo del precepto.

268III. En el artículo 84 ACPM, que encuentra su antecedente en los artículos 195 y 196 CPM, además de la conducta del artículo 196 (daños), sanciona los delitos de hurto, robo, apropiación indebida del equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino; o que estuvieren afectados al servicios de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil aunque no los tenga a su cargo.

269Si se tratare de material de guerra o armamento, las anteriores conductas serán un delito militar, sea cual sea su autor y su valor

270En su número 4 se castiga, ex novo, la comisión por un militar de un delito de hurto, robo, apropiación indebida, estafa o daños, en instalaciones afectas a las FAS o a la Guardia Civil, buques de guerra y de la Guardia Civil, aeronave militares, campamentos o durante



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

ejercicios u operaciones. La razón de incriminarse estas nuevas figuras, cuyo objeto puede ser enseres o efectos privados, siempre que el autor sea militar y se cometan en lugar militar, es la afección de la eficacia de las Fuerzas Armadas y la incidencia en el servicio que la realización de esas conductas conlleva cuando se cometen por un militar en un lugar militar.

271IV. En el artículo 85 ACPM se mantiene las conductas del artículo 191 CPM (interesarse en operaciones que afecten a la Administración militar), añadiendo, por la técnica de la remisión complementaria, la conducta del artículo 441 CP.

272V. El artículo 86.1 ACPM recoge el incumplimiento de contratos en tiempo de conflicto armado o estado de sitio del artículo 193 CPM y se añade una nueva figura que afecta innegablemente a los recursos de las Fuerzas Armadas, castigando al militar encargado de la logística de las Fuerzas Armadas, que autorizase la recepción y uso de víveres, efectos o elementos de importancia para el servicio de armas pese a no reunir las condiciones esenciales.

273VI. El artículo 87 traslada al ACPM el delito de incumplimiento de las normas sobre material inútil del artículo 194 CPM

274VII. El artículo 88 CP castiga, por remisión a los artículos 298, 303 y 304 CP, la receptación y blanqueo. Coherentemente, de la parte general se elimina la regulación y punición del encubrimiento como forma de participación del delito, que aparece en el artículo 23 CPM vigente.



OTRAS DISPOSICIONES

1 Disposiciones Transitorias

275La Disposición Transitoria Primera trata de la aplicación de la ley penal más favorable, declarando que los hechos punibles cometidos hasta la entrada en vigor del ACPM, serán castigados por el CPM que se deroga, salvo que las disposiciones de la Ley proyectada sean más favorable, en cuyo caso se aplicarán éstas, previa audiencia del reo.

276La Disposición Transitoria Segunda versa sobre la rectificación de oficio de sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente, dictadas antes de la vigencia del Código proyectado, en la que conforme a él, le hubiere correspondido la absolución o una condena más beneficiosa por aplicación taxativa de sus preceptos.

277La Disposición Transitoria Tercera aborda la aplicación de las normas más favorables en las sentencias que no sean firmes por hallarse pendientes de recurso, disponiendo que se aplique de oficio o a instancia de parte, el Código proyectado, si resultare más favorable al reo, previa audiencia de éste.

Disposición derogatoria única

278Deroga la LO 13/1985, de 9 de diciembre, del CPM y cuantas disposiciones se opongan a la LO proyectada.



Disposiciones finales

279La Disposición final primera modifica el párrafo a) del apartado 1 del artículo 112 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, añadiendo la mención a la pena de suspensión militar de empleo.

280La Disposición final segunda modifica el párrafo a) del apartado 1 de la ley 42/1999, de 25 de noviembre, del régimen personal del Cuerpo de la Guardia Civil, para introducir la referencia a la pena de suspensión militar de empleo.

281La Disposición final tercera versa sobre el título competencial para dictar la ley proyectada, invocándose el artículo 149.1.4º y 6º CE

282 La Disposición final cuarta aborda la entrada en vigor, que será a los tres meses desde su completa publicación en el BOE.

VI

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El nuevo CPM viene justificado no solo para dar cumplimiento a la Disposición final 8.3 de la LO 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino, fundamentalmente, para su coordinación con el CP actual, por exigencias del modelo de CPM como ley complementaria del CP común, circunscribiéndolo a las especialidades o peculiaridades militares difícilmente encuadrables en el CP, evitando tanto duplicidades



innecesarias como diferencias en la regulación que originen problemas en la interpretación o en la aplicación.

Además, es necesario un nuevo CPM a la vista del cambio de las circunstancias que se ha producido desde 1985 y de las funciones y configuración actual de las FAS y la necesidad de recoger las obligaciones convencionalmente asumidas por España desde 1989 en el ámbito de la prevención de las violaciones de Derechos Internacional Humanitario; las aportaciones doctrinales y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo en la interpretación de los delitos e infracciones militares y la necesidad de introducir figuras de nuevo cuño, como el acoso sexual en el ámbito militar o el delito contra la salud pública por militar y en lugar militar.

[Párrafos 23- 30]

SEGUNDA.- La singularidad constitucional de la jurisdicción castrense, reconocida en el artículo 117.5 CE, debería explicitarse en la normativa propia de aquélla mediante el enunciado de los principios rectores que deben servir de orientación a los operadores a la hora de valorar los bienes jurídicos que se vean afectados en los tipos penales militares.

Sólo deberán tipificarse como militares aquellos comportamientos que atenten contra intereses de las FAS, a su servicio, eficacia y organización, pudiendo completarse este criterio, con otros, como el del autor (miembro de las FAS o Guardia Civil cuando no realiza funciones policiales) o lugar de comisión (militar).

La concurrencia de estos criterios nos lleva a considerar correcta la inclusión en el ACPM de delitos que hasta ahora son delitos comunes,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

como, a título de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos, los atentados contra la libertad o indemnidad sexual o el acoso sexual y profesional de un superior con relación a su subordinado, ambos militares, o el trato degradante, maltrato de obra o atentado contra la libertad sexual entre militares de igual rango perpetrados en lugares afectos a las FAS o a la Guardia Civil; los atentados contra la libertad sexual de un militar a su superior; o el tráfico de drogas cometido por un militar en lugar militar. De igual modo, por entender que no resulta comprometido de modo prevalente el interés militar, se rechazan algunas de las inclusiones de conductas comunes por el ACPM, como por ejemplo, el delito de daños de los artículos 75 y 77 o la falsedad documental del artículo 56, todos del ACPM.

[Párrafos 35-37]

TERCERA.- La supresión de los artículos 1 a 4 del vigente CPM, que recogen, respectivamente, los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad e irretroactividad de la ley penal –sin perjuicio de la retroactividad de la ley penal más favorable–, es adecuada, por tratarse de preceptos innecesarios, al proclamar, desarrollar y regular estas garantías y principios penales el Título Preliminar del CP, cuyo artículo 9 declara la aplicación de *“las disposiciones de este Título a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales”*, entre las que se encuentra el CPM.

[Párrafos 39-40]

CUARTA.- Es adecuada la eliminación de la cláusula de salvaguardia del artículo 5 CPM vigente (*“en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se oponga a los preceptos del presente Código”*), que constituye una



precaución singular dentro del principio de especialidad. Con la supresión de esta cláusula se viene a reforzar el carácter complementario del Código castrense, tributario de su naturaleza de ley especial.

[Párrafos 45-46]

QUINTA.- Debería reconsiderarse el mantenimiento de la circunstancia de obediencia debida del párrafo segundo del artículo 8 ACPM: *“Será punible toda acción u omisión constitutiva de una infracción penal ejecutada por un militar en cumplimiento de una orden, salvo que: a) el subordinado no conozca su ilicitud penal; y b) la orden no fuera manifiestamente ilícita”*.

Por una parte, es imposible la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro Derecho y por otra, las lesiones a un bien jurídico protegido por el cumplimiento de una orden podrían quedar amparadas por la eximente de obrar en cumplimiento de un deber del artículo 20.7^a CP si la orden es legal, o en el error (artículo 14 CP) en los supuestos de órdenes ilegales, sin perjuicio de aquilatar la vencibilidad o invencibilidad del error a las circunstancias personales del agente (grado de jerarquía) y objetivas (carácter de la orden) y a la limitación de las posibilidades de su deber de examen de la orden consecuente a la intensa jerarquización de la disciplina militar.

[Párrafos 62-71]

SEXTA.- EL ACPM debe definir lo que ha de entenderse, a los efectos de ese Código, por *“conflicto armado”*. Locución que viene a sustituir a la actual de *“en tiempo de guerra”*, que si aparece definida en el artículo 14 CPM.



Se recomienda se efectúen la modificaciones correspondientes en el artículo 13 de la LO 4/1987, de la Competencia y Organización de la jurisdicción militar, que regula la competencia de la jurisdicción militar “*en tiempo de guerra*”, remitiéndose al artículo 14 CPM para la definición de este precepto.

Por razones sistemática, se considera más conveniente la inclusión en este Capítulo de las definiciones de “*potencia aliada*” y “*fuerza armada*”, que se acogen en los artículos 32.2 y 35.3 ACPM, respectivamente.

[Párrafos 72-74]

SÉPTIMA.- No merece objeción el artículo 9.2 ACPM, que considera delitos militares, ciertos delitos comunes que enumera, cuando son cometidos por militares y con las circunstancias que indica.

En los delitos de traición, delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes (artículo 9.2.a)) y en los delitos de prevaricación de los funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, incluidos en el Título XIX como delitos contra la Administración Pública, siempre que se cause perjuicio o riesgo a los intereses del servicio o de la administración militar (9.2.c). Estas conductas infringen bienes estricta o esencialmente militares (defensa y seguridad nacionales y Administración militar) y son cometidas por militares con abuso de sus facultades o la infracción de sus deberes profesionales. Lo que supone una especial afección a los intereses, servicio y eficacia de la organización militar.



El delito de rebelión en caso de conflicto armado cuando es cometido por un militar (artículo 9.2.b), está regulado como delito militar en el Título III del Libro II del CPM vigente (artículo 79 a 84). Lo que hace el ACPM es evitar la innecesaria doble tipificación de las conductas, conforme al criterio de complementariedad propio del ACPM.

[Párrafos 77-84]

OCTAVA.- Es aconsejable la supresión de la referencia al CP en la definición de la circunstancia de reincidencia del artículo 10.2 ACPM.

En el supuesto de que se tratase de un delito común que se convierte en delito militar -bien por disposición del artículo 9.2 ACPM, bien porque el precepto de la parte especial del ACPM se remite al correspondiente delito común-, entonces, ya se trataría de un delito militar y, a los efectos de reincidencia, solo podrán tenerse en cuenta las condenas por delitos comprendidos en el mismo Título del CPM. Si se trata de un delito del CP común, que se juzga por los Tribunales militares en virtud del principio de alternatividad de los artículos 3 ACPM y 12 de la LO 4/87, o de conexidad de este último precepto, habría de estarse al concepto de reincidencia del CP, atendiéndose para la reincidencia a las condenas por delitos comprendidos en el mismo Título del CP común. Tan solo el hecho de contemplarse varios delitos comunes como militares en el artículo 9.2 ACPM podría justificar la mención al CP común en la definición de la reincidencia a efectos del CPM, pero debería indicarse así de modo expreso, para no correr el riesgo de interpretaciones desfavorables, que lleven a fundar la circunstancia de reincidencia en condenas previas tanto del CPM como del CP.



[Párrafo 89]

NOVENA.- El Anteproyecto reduce notablemente las penas principales y accesorias que pueden imponerse por los delitos regulados en el ACPM (*“comprendidos en el Libro II de este Código”*, dice literalmente el artículo 11). Clasifica las principales en penas graves y menos graves. Conforme al artículo 11 ACPM, son penas principales graves: la prisión superior a tres años; la pérdida de empleo y la Inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar. Y penas principales menos graves: la prisión de tres meses y un día a tres años y la suspensión militar de empleo, de tres meses y un día a tres años

Al establecerse en el artículo 21 CP la facultad de imponer pena de multa para un delito militar cuando el delito penal común al que se remite esté castigado con pena de multa, deberían plantearse incluirse la pena de multa en el artículo 11 ACPM.

Asimismo debería preverse, en este artículo, la pena de prisión de 2 meses y un día a tres meses, que se aplicará cuando la pena establecida en el CP para los delitos comunes previstos en el ACPM sea la de trabajos en beneficio de la comunidad, o, con carácter facultativo, si fuera multa (artículo 21 ACPM), o por la aplicación de las correspondientes reglas de determinación de la pena (artículo 20 ACPM).

[Párrafos 90-93 y 98]

DÉCIMA.- Fuera de los supuestos del artículo 21 ACPM, sería conveniente ponderar la posibilidad de prever la pena de multa como pena militar principal menos grave en el ACPM, en particular para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

castigar delitos culposos; siempre que no resulte lesiva al principio de disciplina.

Sin desconocer la especialidad del derecho penal militar, derivada de los bienes jurídicos que tutela y de la organización profundamente jerarquizada del ejército, la pena de multa parece adecuada para satisfacer los fines de prevención general, a la vez que permite una mayor resocialización y facilidad de la individualización de la sanción en atención a las circunstancias personales del autor.

Además, el artículo 21 ACPM permite la imposición de la pena de multa en los delitos militares que se describen por remisión al correspondiente tipo penal del CP. Por otra parte, se ha reconocido la idoneidad de la sanción económica en el ámbito disciplinario, incorporándose como sanción de las infracciones disciplinarias, en la LO 12/2007, de 22.10, del régimen disciplinario de la Guardia Civil y en el Proyecto de la LO de Régimen disciplinario de las FAS la sanción económica de pérdida de retribuciones, indicando su EM que *“existe como sanción prácticamente en todos los ejércitos de nuestro ámbito occidental y más asidua relación, que en la actualidad se estima muy adecuada para sancionar determinadas infracciones cometida por los militares profesionales”*.

Igualmente sería conveniente valorar la coyuntura de recoger como pena principal a imponer por los delitos militares, la de trabajos en beneficio de la comunidad, sin perjuicio de las particularidades de las FAS y de la Guardia Civil. De manera que, por un lado, los trabajos estuvieran dentro del ámbito militar, como por ejemplo, formar parte de contingentes internacionales, funciones de prevención de incendios o auxilio en eventuales catástrofes o ayuda humanitaria. Por otro, las funciones y competencia que el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, otorga a los



servicios de gestión de penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, podrían atribuirse al correspondiente servicio penitenciario militar, en sintonía con la pena de prisión y los establecimientos penitenciarios militares. Ello sin perjuicio de que razones de riesgo para bienes específicamente castrenses excluyan la posibilidad de su aplicación en el caso concreto.

Finalmente, de acogerse la posibilidad de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de multa, deberían ser incluidas en el catálogo de penas del artículo 11 ACPM.

[Párrafos 94-97 y 113-116]

DÉCIMOPRIMERA.- Con relación al cumplimiento de las penas de prisión en situación de conflicto armado regulado en el artículo 12.3 ACPM, aunque han de tenerse en cuenta las especialidades de la Jurisdicción militar y el hecho de que la norma regula el supuesto de ejecución de penas en caso de conflicto armado, atendida la inconcreción del precepto debería plantearse una mayor precisión en su redacción en orden a evitar una posible vulneración del principio de legalidad.

[Párrafo 99]

DÉCILOSEGUNDA.- Es necesaria la corrección del olvido de la pena accesoria militar de la pena de prisión de tres años, pues de conformidad con el artículo 15.2 la accesoria de pérdida de empleo se impondrá a las penas de prisión que excedan de tres años, mientras que la accesoria de suspensión, la llevan las penas de prisión hasta tres años.

[Párrafo 104-106]



DÉCIMOTERCERA.- Para la determinación de la pena, el ACPM remite a las reglas para la aplicación de las penas establecidas en el CP, abandonando el sistema del amplio arbitrio judicial de la regulación actual.

[Párrafo 110]

DÉCIMOCUARTA.- La equivalencia de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y multa con la pena de prisión contenida en el artículo 21 ACPM no es adecuada y debe ser corregida, al llevar a resultados desiguales en relación como los reos no militares.

[Párrafos 112 y 117]

DÉCIMOQUINTA.- El artículo 22 ACPM permite la aplicación de formas sustitutivas de ejecución (suspensión y sustitución) a los penados que, en el momento de dictar la correspondiente resolución, no tengan condición de militares. Debería ponderarse la posibilidad de la suspensión y de la sustitución para el militar cuando no exista un riesgo de poner en peligro la disciplina u otro bien específicamente castrense; más cuando en el ámbito disciplinario sí pueden obtener la suspensión o inejecución de las sanciones disciplinarias militares.

Tendría que regularse de modo expreso el tratamiento de las penas privativas de libertad inferiores a tres meses, impuestas a militares, que de conformidad con el artículo 71.2 CP han de ser sustituidas conforme a las reglas del artículo 88 CP, lo que ha sido rechazado por la Sala 5ª del Tribunal Supremo.



[Párrafos 118-121]

DÉCIMOSEXTA.- En relación con los delitos de atentado contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, el artículo 27 ACPM, en la descripción de las conductas delictivas, se remite a los artículos 64 a 266 CP. El artículo 265 CP regula la misma conducta que el actual artículo 58 CPM, por lo que la técnica de la remisión es adecuada.

En cuanto a los tipos de los artículos 264 y 266 CP, son incorporados *ex novo* por el ACPM como delitos militares, si se ejecutaren por militares o por cualquiera en situación de conflicto armado o estado de sitio, “*con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacional*”. Este elemento subjetivo del injusto justifica, de conformidad con la doctrina del TC (Sentencia Pleno 60/1991, de 14 de marzo), la militarización de las conductas, cuyo bien jurídico protegido es la seguridad nacional y la defensa nacional mediante el atentado a sus medios o recursos.

[Párrafos 130-132]

DÉCIMOSÉPTIMA.- En el delito de omisión que se tipifica en el artículo 31 ACPM se castiga con la misma pena los distintos comportamientos que tipifica (no emplear los medios a su alcance para evitar un delito de traición o espionaje, o no denunciarlo a sus superiores). Sin embargo, la distinta naturaleza de los dos comportamientos tipificados en el artículo 31 CP y condición del sujeto activo justifica una punición diferenciada, de mayor gravedad para el delito de infracción del deber de contención de la traición o del espionaje, como así hace el artículo 476.1 CP en relación al delito de rebelión.



[Párrafos 138-140]

DÉCIMOCTAVA.- Se aconseja la revisión de los artículos 32.2 y 41 CP que, en relación con los delitos militares de traición y espionaje y sedición militar, respectivamente, introduce una cláusula de exención de pena igual a la que el artículo 480.1 CP establece para el delito de rebelión.

Como ha señalado la doctrina con relación al artículo 480.1 CP, la redacción de la norma plantea serias dudas de si nos encontramos ante un supuesto de rebelión –entiéndase traición o espionaje, en el supuesto del 31 ACPM- consumada, dada la imprecisión de la expresión “*implicado*”, el carácter genérico de la referencia “*a un delito de rebelión*” y la ambigüedad de la alusión final a “*sus consecuencias*”. Objeciones que son perfectamente trasladables al artículo 31 ACPM al ser una transposición exacta de ese 480.1 CP.

Por otra parte, si bien en el delito de rebelión se persigue la consecución de uno de los fines enumerados en el artículo 472 CP, en algunos tipos del delito de traición no concurre esa finalidad, de manera que por “*consecuencias*” ha de entenderse “*consumación*” del delito, por lo que se trataría de un desistimiento voluntario privilegiado, al prescindir de los requisitos del artículo 16.3 CP, sin distinguir según sea el grado de involucración en los hechos. A diferencia de éste, la norma no exige que el sujeto impida las consecuencias ni que las intente impedir de modo serio, firme y decidido, sino que basta la revelación a tiempo para poder evitarlas. Por consiguiente, no obsta para la exención de responsabilidad que no se hayan podido evitar las consecuencias por causas no imputables al disidente si en el momento de la revelación pudiera establecerse la posibilidad de evitarlas. Al no indicarse las personas ante



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

las que debe efectuarse la revelación, tampoco sería óbice para la exención que la noticia no haya llegado a quienes pudieran impedir las consecuencias. Además, no se aclara el contenido de la denuncia.

[Párrafos 141-145]

DÉCIMONOVENA.- El ACPM adecuadamente pone fin a la existencia de delitos cualificados por el resultado, que existen en la regulación actual, como los delitos contra centinela y los delitos contra autoridad militar, fuerza armada o policía militar o insulto a un superior, entre otros. En el Anteproyecto sanciona el tipo básico, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por el resultado lesivo producido conforme al CP.

[Párrafos 152-153, 157, 178, 200]

VIGÉSIMA.- El artículo 40 ACPM se hace eco del artículo 93.1 CPM, regulando el desistimiento de la sedición, a la primera intimación o antes de ella, planteándose el problema de su compatibilidad con el artículo 16.2 CP, al castigar el ACPM a sus autores con la pena inferior en grado.

[Párrafos 176-177]

VIGÉSIMOPRIMERA.- En el delito de insulto a un superior, junto al maltrato de obra se incluye el atentado contra la libertad e indemnidad sexual del superior, viniendo a colmar la laguna legal que existe en la actualidad.

Debería revisarse la redacción del artículo 42.1 ACPM, en relación con la expresión “*abusos sexuales*” que utiliza al final del precepto, en referencia al resultado de la conducta de insulto a un superior, para



incluir las agresiones sexuales y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales,

[Párrafos 178-180]

VIGÉSIMOSEGUNDA.- El ACPM introduce una causa de exclusión de la tipicidad similar a la del artículo 410.2 para el delito de desobediencia común, si bien las redacciones de ambos preceptos son distintas.

Mientras que en éste, el mandato ha de constituir “una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier disposición general”, en el artículo 44.3 ACPM el acento se pone en los actos de ejecución del mandato, respecto del que se tiene un derecho de examen más limitado, en los términos del artículo 6 regla 12ª de la LO 9/2001, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

El artículo 44.3 CP amplía los supuestos de desobediencia atípica, que las leyes militares circunscriben a las órdenes que entrañen actos de ejecución constitutivos de delito, añadiendo las órdenes que entrañen actos que supongan una infracción manifiesta, clara y terminante de normas esenciales del ordenamiento jurídico. La expresión utilizada es excesivamente vaga e indeterminada, desconociéndose qué ha de entenderse por normas esenciales. Sería preferible el empleo de una fórmula como la del artículo 410.2 in fine CP.

[Párrafos 186-188]

VIGÉSIMOTERCERA.- El ACPM mantiene los tres tipos de abuso previstos en el CPM vigente, maltrato de obra y trato degradante,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

añadiendo un nuevo tipo en el que castiga los acosos sexuales y profesionales, amenazas, coacciones, injurias y calumnias, atentados a la intimidad, dignidad personal y en el trabajo y actos discriminatorios.

El artículo 47 ACMP configura el delito de trato degradante del superior, actualmente comprendido en el artículo 106 CPM, añadiendo como conducta típica, junto al trato degradante, inhumano o humillante, el atentado contra la libertad o indemnidad sexuales, que había sido incluido por la jurisprudencia de la Sala 5ª en el artículo 106 CPM por constituir una modalidad del maltrato, al constituir, en palabras de la STS Sala 5ª de 17 de diciembre de 2012 *“una situación intrínsecamente humillante, envilecedora, vejatoria y desagradable, que la avergonzaba, rebajaba y degradaba como ser humano y que tuvo que soportar con evidente menoscabo de su dignidad y estima, alcanzando en definitiva, la gravedad objetiva y subjetiva que está en la base del tipo penal apreciado.”* No obstante, la aplicación habitual en los últimos tiempos del tipo del artículo 106 CPM en relación a agresiones, abusos y acosos sexuales, junto con su gravedad, hace conveniente la expresa contemplación de estos dentro del tipo penal.

En el artículo 48 ACMP se introduce un nuevo tipo de abuso de superioridad, cuya acción típica es la realización de actos de acoso tanto actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Son todos comportamientos que se venían incluyendo por la jurisprudencia dentro de trato degradante o inhumano. Con el nuevo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

delito, la realización de cualquiera de esos comportamientos será constitutiva de un delito de abuso de autoridad, con independencia de que, en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas, carezcan de entidad para humillar a la víctima.

Es importante advertir que la misma conducta que castiga este nuevo tipo como delito, se considera falta muy grave en el Proyecto de la LO del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (artículo 8.12), siendo, en consecuencia, necesario la revisión de ambos texto para su correcta coordinación (también respecto del artículo 50 ACPM); entendiéndose por la gravedad de la conducta, que tanto el acoso sexual como el profesional no pueden ser considerados como simples infracciones disciplinarias. .

Por otra parte, parece que la aplicación de este nuevo delito provocará problemas concursales con el artículo 47, que establece una pena mayor, además de las penas que pudieran corresponder a los resultados lesivos, por lo que sería conveniente delimitar con mayor precisión el ámbito de estos delitos.

[Párrafos 189-208]

VIGÉSIMOCUARTA.- La incorporación del Título III del Libro II (*Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y de las libertades públicas*) constituye una de las novedades más relevantes del ACPM y viene a cubrir toda una serie de posibles cometimiento o atentados a la libertad e indemnidad sexual, a la libertad, al honor y a la dignidad entre militares de igual rango que no están tipificadas en el CPM vigente, que únicamente castiga las agresiones entre militares de igual rango cuando sean oficiales generales, oficiales o suboficiales y la agresión tuviera



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

lugar públicamente, en el delito del artículo 162 del Capítulo VIII, del Título VI del Libro I, bajo la rúbrica de “*decoro militar*”.

El delito del artículo 49, consistente en el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante o el atentado contra su libertad e indemnidad sexual, entre militares, exigiendo que la conducta sea pública y en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil; notas estas dos últimas que distinguen el delito de la infracción disciplinaria (artículo 7.25 y 27 Proyecto LO del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y 7.6 LO del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil), debería ser delimitado negativamente para diferenciarlo del delito de abuso de autoridad y el de insulto a un superior -en los que el bien jurídico castrense protegido es la disciplina- proponiéndose la siguiente redacción: “*el militar que sin incurrir en el delito de abuso de autoridad ni en el de insulto a superior...*”

En el artículo 50 se incluye la conducta consistente en impedir o limitar arbitrariamente el ejercicio de los derechos fundamentales o realizar cualquiera de los actos enumerado en el artículo 48. También aquí resulta necesaria la delimitación del delito frente a los de abuso de autoridad e insulto a superior. Además de revisar la redacción para delimitar el delito y la sanción disciplinaria, al tipificarse la misma conducta como falta en el artículo 7.4 LO Régimen Disciplinario de la Guardia Civil y 8.2 del Proyecto de la LO Régimen Disciplinario FAS.

[Párrafos 209-212]

VIGÉSIMOQUINTA.- En el delito de cobardía, el ACPM presenta redacción más sencilla y acorde con el lenguaje actual, sustituyendo respecto del elemento subjetivo del tipo, la vetusta, indeterminada y



subjetiva expresión “*cobardía*” por la más objetiva de “*temor a un riesgo personal*”. Sería aconsejable que se concretara la entidad del riesgo personal, por exigencias del principio de taxatividad penal, que entendemos ha de ser grave, real e inminente.

[Párrafos 213-214]

VIGÉSIMOSEXTA.- En el nuevo artículo 56 del Anteproyecto se militariza el delito común de falsedad en documento oficial por la simple condición de militar de su autor y su deber de lealtad, lo que entendemos no satisface el canon de la especialidad, siendo necesario que la vinculación de tal conducta a un bien específicamente castrense. En este sentido, el actual artículo 116 CPM –que no pasa al ACPM- vincula la acción de simulación a la excusa del deber militar debido. Por ello, consideramos que este delito, de mantenerse, debe ser precisado, estableciendo con claridad en el tipo la razón de su especialidad, siendo insuficiente la de la condición subjetiva del autor.

[Párrafos 217-218]

VIGÉSIMOSEPTIMA.- El 61 ACPM regula el delito de inutilización voluntaria y simulación de enfermedad que se regulan en la actualidad separadamente, en los artículos 125 y 126 CPM.

El Anteproyecto recoge los defectos de redacción del actual 125 CPM, no indicando si el militar ha de quedar efectivamente mutilado, pareciendo que el precepto castiga el simple hecho del consentimiento para la mutilación. Este defecto proviene de una incompleta transposición del tipo similar del artículo 425 CP 1973, sin tener en cuenta que en éste se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

exigía la declaración de exención del servicio, por lo que no eran necesarias mayores precisiones, que sí reclama el artículo 61 ACPM.

Es aconsejable además que el artículo abordara la solución a los problemas concursales que pueden plantearse respecto del resultado lesivo, caso de que se haya producido la mutilación.

[Párrafos 226-230]

VIGÉSIMOCTAVA.- Se recomienda depurar la descripción de la conducta típica del delito de embriaguez en acto de servicio para su diferenciación de la infracción disciplinaria. El delito exige que esa embriaguez o efectivo consumo de las drogas, excluya o disminuya la capacidad del militar para prestar el servicio; siendo esta afectación lo que parecer diferenciarle de la falta disciplinaria muy grave del artículo 8.8 Proyecto LO del Régimen Disciplinario de las FAS; si bien tal línea no es muy clara en relación con el artículo 7.23 de la LO del régimen disciplinario de la Guardia Civil, que habla de “*estado de embriaguez o bajo los efectos de estupefacientes, o sustancias tóxicas o psicotrópicos*”, lo que implica la afectación de las facultades.

[Párrafos 239-240]

VIGÉSIMONOVENA.- El delito de daños imprudentes debería ubicarse en un precepto junto con los daños cometidos por estragos (que es precisamente la conducta del artículo 266.1 CP), que se contemplan en el artículo 77.1.1º ACP.

Además es necesario añadir de que los daños recaigan sobre bienes de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil afectos al servicio, como así



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

se hace en el artículo 77.1.1ª ACPM, con el que surgen problemas concursales. Y por exigencias del principio de taxatividad sería conveniente que se precisara qué ha de entenderse por “*perjudicar gravemente*”.

[Párrafos 246-248]

TRIGÉSIMA.- Los delitos de desobediencia impropia y desobediencia culposa deberían regularse en el artículo 44 ACPM, que tipifica el delito de desobediencia, pudiéndoles ser aplicable la causa de atipicidad del número 3 de dicho precepto.

[Párrafos 249-250]

TRIGÉSIMO PRIMERA.- Los tipos del artículo 77 ACPM son excesivamente abiertos, dada la vaguedad con la que son redactados, con numerosas expresiones de valoración subjetiva, como: “*grave riesgo*”, “*derechos militares fundamentales*”, “*deberes técnicos esenciales*”, que consideramos deberían concretarse por exigencias del principio de taxatividad.

[Párrafos 251-257]

TRIGÉSIMO SEGUNDA.- La tipificación como delitos militares de los delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 371 cometidos en regla el delito de tráfico de drogas, cometidos por militares en instalaciones afectas a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, buques de guerra, buques de la Guardia Civil, aeronaves militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones, que ya se aconsejó en el informe de 22 de noviembre de 1995, aprobado por la Comisión Mixta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

Congreso-Senado para el estudio del problema de la droga, parece adecuada, pues estas conductas indudablemente afectan a la eficacia del servicio y a intereses militares al ser conductas cometidas por profesionales de esta condición en lugares militares, entrando, por ello, en el ámbito estrictamente castrense del artículo 117.5 CE conforme ha sido interpretado por el TC (Sentencia Pleno 60/1999).

[Párrafos 258-259]

TRIGÉSIMO TERCERA.- En el número 4 del artículo 84 ACPM, se castiga, *ex novo*, como delito militar, la comisión por militar de un delito hurto, robo, apropiación indebida, estafa o daños, en instalaciones afectas a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil buques de guerra y de la Guardia Civil, aeronave militares, campamentos o durante ejercicios u operaciones. La razón de incriminarse estas nuevas figuras, cuyo objeto puede ser enseres o efectos privados, siempre que el autor sea militar y se cometan en lugar militar, es la afección de la eficacia de las Fuerzas Armadas y la incidencia en el servicio que la realización de esas conductas conlleva cuando se cometen por un militar en un lugar militar.

[Párrafos 265-266 y 268-270]

Es todo cuanto tiene que informar la Comisión de Estudios e Informes al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.



INDICE

I ANTECEDENTES	1
II CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL	1
III ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO	3
IV CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO.....	7
V EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO	13
LIBRO PRIMERO “DISPOSICIONES GENERALES”	13
TÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL MILITAR Y DEFINICIONES.....	14
1.1.- Artículo 1	14
1.- Número 1 del artículo 1.....	14
2.-Número 2 del artículo 1.....	15
3. Número 3, artículo 1.....	16
4. Número 4 artículo 1	18
5. Número 5 artículo 1	23
1.2.- Artículos 2 a 8	23
2. TÍTULO II. DEL DELITO MILITAR	32
2.1 Delito militar	32
2.2 Circunstancias modificativas	35
3. TÍTULO III V.- DE LAS PENAS.....	38
3.1 Capítulo I. De las penas y sus clases	38
3.2 Capítulo II. Penas que llevan consigo otras accesorias.	45
3.3 Capítulo III. Efectos de las penas.....	46
3.4 Capítulo IV Aplicación de las penas.....	47
3.5 Capítulo V De las formas sustitutivas de ejecución de las penas y de la libertad condicional.....	51
3.6 Capítulo VI. De las medidas de seguridad y consecuencia accesorias	55
3.7 Responsabilidad civil y extinción de la responsabilidad civil y sus efectos.	56
LIBRO SEGUNDO DELITOS Y SUS PENAS.....	56
TÍTULO I “DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONALES”	57



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

a.	Capítulo I. Traición militar	57
b.	Capítulo II. Espionaje militar.....	57
c.	Capítulo III. Revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensas nacionales	58
d.	Capítulo IV. Atentado contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales.	58
e.	Capítulo V. Incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio	60
f.	Capítulo VI: Disposiciones comunes a los capítulos anteriores.....	61
g.	Capítulo VII. Delitos contra centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar.....	65
	I Delito contra centinela.....	65
	II Delito contra autoridad militar, fuerza armada o policía militar.....	66
a.	Capítulo VIII. Ultrajes a España e injurias a la organización militar ..	67
2.-	TÍTULO II. DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA.....	68
2.1	. Capítulo I. Sedición militar	68
2.2	. Capítulo II. Insubordinación	71
	2.2.a. Sección 1ª. Insulto a un superior	72
	2.2.b. Sección 2ª. Desobediencia	74
2.3	Capítulo III. Abuso de autoridad.	76
3.-	TÍTULO III. DELITOS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS.....	84
4.-	TÍTULO IV. DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO	86
4.1	Capítulo I. Cobardía.....	86
4.2	Capítulo II. Deslealtad	86
4.3	Capítulo III. Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio	88
	4.3. a. SECCIÓN 1ª. ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA	88
	4.3.b. SECCIÓN 2ª. DESERCIÓN	90
	4.3.c. SECCIÓN 3ª. QUEBRANTAMIENTOS ESPECIALES DEL DEBER DE PRESENCIA	91
	4.3. d. SECCIÓN 4ª. INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA Y SIMULACIÓN PARA EXIMIRSE DEL SERVICIO.....	91
	4.3. e. SECCIÓN 5ª. DISPOSICIÓN COMÚN.....	92
4.4	Capítulo IV. Delitos contra los deberes del mando	92
	4.4.a SECCIÓN 1ª. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES INHERENTES AL MANDO	93
	4.4.b. SECCIÓN 2ª. EXTRALIMITACIONES EN EL EJERCICIO DEL MANDO	94
4.5	Capítulo V. Quebrantamiento de servicio.....	94
	4.5.a SECCIÓN 1ª. ABANDONO DE SERVICIO	94
	4.5.b SECCIÓN 2ª. DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL CENTINELA	94
	4.5.c SECCIÓN 3ª. EMBRIAGUEZ EN ACTO DE SERVICIO	95



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Comisión de Estudios e Informes

4.6 Capítulo VI Delitos de omisión del deber de socorro	95
4.7 Capítulo VII Delitos contra la eficacia del servicio.....	96
4.8 Capítulo VIII. Delito contra otros deberes del servicio.	100
5.- TÍTULO V. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	100
6.- TÍTULO VI. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO MILITAR	101
OTRAS DISPOSICIONES.....	104
1 Disposiciones Transitorias.....	104
Disposición derogatoria única.....	104
Disposiciones finales	105
VI CONCLUSIONES	105