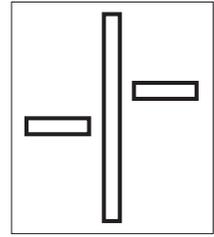
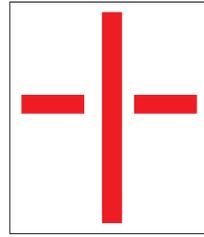
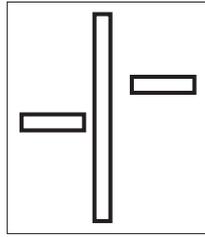
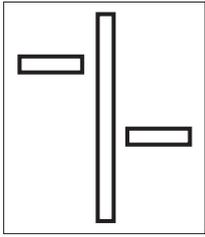


Scientia Iuridica



Los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar

José Antonio Rodríguez Santisteban

Miembro del Cuerpo Jurídico de la Defensa

Doctor en Derecho

Prólogo

Antonio Millán Garrido

Jurista y Académico



COLECCIÓN SCIENTIA IURIDICA

TÍTULOS PUBLICADOS

- El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica**, Aurelia María Romero Coloma (2007).
- Las aparcerías agrarias (su evolución hacia una relación laboral)**, Jesús Palmou Lorenzo (2007).
- Francisco Ayala (1927-1936): la ciencia política como ciencia de la realidad. La constitucionalización del Derecho social**, Gabriel Guillén Kalle y Joaquín Almoguera Carreres (2007).
- Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia**, Domingo Bello Janeiro (2008).
- El carácter distintivo de las marcas**, Clara Ruipérez de Azcárate (2008).
- La imparcialidad en la función pública**, Rafael Gil Cremades (2008).
- La intimidad privada: problemática jurídica**, Aurelia María Romero Coloma (2008).
- El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas**, Silvia Tamayo Haya (2009).
- El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión**, Aurelia María Romero Coloma (2009).
- Breve introducción a las teorías criminológicas**, Moisés Cayetano Rodríguez (2009).
- Familia y discapacidad**, Silvia Díaz Alabart (coordinadora) (2010).
- Algunos aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo**, M^a del Carmen Gómez Laplaza (coordinadora) (2010).
- Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar**, Aurelia María Romero Coloma (2010).
- La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)**, Aurelia María Romero Coloma (2011).
- Incumplimiento de deberes conyugales y derecho a indemnización**, Aurelia María Romero Coloma (2012).
- Capacidad, incapacidad e incapacitación**, Aurelia María Romero Coloma (2013).
- Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83. (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)**, Silvia Díaz Alabart (directora) y M^a Teresa Álvarez Moreno (coordinadora) (2014).
- La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos**, Eva R. Jordà Capitán y Verónica de Priego Fernández (directoras) (2014).
- Fiducia, leasing y reserva de dominio**, Gorka Galicia Aizpurua (2014).
- Parejas de hecho: situación actual de su regulación en la legislación mercantil y perspectivas de futuro**, Carlos Argudo Gutiérrez (2016).
- Los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar**, José Antonio Rodríguez Santisteban (2017).

LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

José Antonio Rodríguez Santisteban

Miembro del Cuerpo Jurídico de la Defensa

Doctor en Derecho

Prólogo

Antonio Millán Garrido

Jurista y Académico



Madrid 2017

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2017)
ISBN: 978-84-290-XXXXX
Depósito Legal: M XXXX-2017
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

PRÓLOGO

Al inicio, en 1976, de la transición política en nuestro país, la literatura jurídico militar española se reducía a las *Leyes penales militares* de R. Díaz-Llanos, los dos primeros tomos de los *Principios de Derecho Militar Español* de F. de Querol, algunas voces incluidas en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* y los trabajos, de distinta entidad y desigual valor, publicados en la *Revista Española de Derecho Militar* que, con algunas interrupciones, venía editándose semestralmente desde 1956.

Fue esta sensible carencia la que, algunos años antes, había llevado al profesor J. M.^a Rodríguez Devesa a hablar de la ignorancia del Derecho militar en España y atribuirle a dicho término el sentido del *ignoren* alemán: no sólo no saber, sino no querer saber.

Hoy, por fortuna, la realidad es bien distinta. Baste echar un vistazo a las páginas 975 a 1021 de mi obra *Justicia Militar* (9.^a edición, 2012) y ver el casi millar de referencias que integran la actual literatura judicial militar española, en la que se incluyen obras de reconocido valor y singular utilidad. Muchas de ellas son básicamente expositivas o de carácter docente o divulgativo. Otras son el resultado de una auténtica labor investigadora. Así acontece normalmente con las provenientes de las tesis doctorales realizadas tanto por profesores universitarios como por miembros del Cuerpo Jurídico Militar. Éste es el caso del libro que el lector tiene en sus manos y que es la versión actualizada y resumida de la tesis doctoral defendida el pasado 9 de julio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

Tras dicha defensa y varios meses de revisión del trabajo y una vez concertada su publicación con Editorial Reus, el autor me pidió la el-

boración de su prólogo y, aunque en un primer momento me excusé por llevar más de treinta años retirado en las fuerzas armadas y dedicado a tareas académicas y profesionales en otros ámbitos, ante su insistencia, terminé asumiendo un encargo que, por las circunstancias que concurren, realizo con profunda gratitud y auténtica satisfacción.

★ ★ ★

Como indico en mi *Libro de estilo para juristas* (2.^a edición, 1999, p. 29), el prólogo se contrae a la presentación del trabajo publicado y de su autor, «conteniendo, aparte de las posibles referencias subjetivas, un análisis de la obra, metodología seguida, contenido y valoración». No se trata, en ningún caso, de incorporar ideas propias ni debatir en profundidad opiniones o propuestas. La función del prologuista, a mi entender, debe limitarse a dar a conocer al autor —algo especialmente necesario si se trata de una primera obra— e introducir al lector en el tema, materia o cuestiones que en la misma se abordan.

Pues bien, José Antonio Rodríguez Santisteban, Licenciado en Derecho por la misma Universidad en la que acaba de doctorarse, es un joven y ya prestigioso jurista que, en 2008, ingresó por concurso-oposición en el Cuerpo Jurídico Militar, en el que actualmente ostenta el empleo de Capitán Auditor, habiendo prestado servicio, sucesivamente, en la Asesoría del Mando Aéreo y Zona Aérea de Canarias, en la Jefatura del Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército (Granada) y —actualmente— en la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército (Madrid). Tales destinos, con obligados cambios de residencia, no le han impedido, sin embargo, continuar su formación profesional —obteniendo un Máster en Seguridad y un Experto en Contratación Administrativa— e iniciar, con decidido propósito de estudio e investigación y un constante espíritu de superación, su carrera académica, de la que el doctorado ha constituido un primer paso que, a buen seguro, le permitirá el acceso a puestos docentes universitarios y a nuevas tareas investigadoras.

En estos años el doctor Rodríguez Santisteban, miembro de un proyecto de investigación del Centro Mixto Universidad de Granada-MADOC («Derecho y Defensa: las respuestas jurídicas a los cambios políticos, culturales, sociales, tecnológicos y económicos de las Fuerzas Armadas»), ha realizado otras aportaciones fruto de un estudio diverso al de su investigación doctoral. Son «Pasaporte anual reglamentario del personal militar y civil de los destinados en Canarias en el ámbito del

Ministerio de Defensa» [*Revista Española de Derecho Militar*, núm. 99 (2012), pp. 411-430], «Misiones exclusivas de las Fuerzas Armadas en la lucha contra el terrorismo» [*Criminogénesis*, núm. 10 (2013), pp. 283-302] y «Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas» (en la obra colectiva *Estudios sobre Derecho Militar y Defensa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 135-160). Asimismo, nos ofreció un adelanto de algunas conclusiones de su tesis en «Infracciones contra la hacienda en el ámbito militar», trabajo referido, no obstante, al régimen de estos delitos en el derogado Código punitivo castrense de 1985 (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3/2014, pp. 500-521). Publicaciones que ponían de manifiesto la aptitud y capacidad investigadora de su autor y presagiaban el brillante resultado de su trabajo doctoral.

★ ★ ★

Presentado el autor, nos ocupamos de su obra, que, como se desprende del título, es un estudio dogmático de los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar, esto es, un análisis técnico-jurídico de los tipos previstos en los artículos 81 a 85, integrantes del título V de su Libro Segundo.

Estos delitos, que, al igual que las infracciones disciplinarias contra los recursos materiales de las fuerzas armadas, han sido tradicionalmente objeto de previsión específica en las leyes militares, ofrecen una evidente relevancia sustancial y, en algunas de sus modalidades, una significada trascendencia criminológica, lo que sin embargo no ha conllevado hasta ahora, entre nosotros, una especial atención por parte de la doctrina. De hecho, sólo me consta la contribución de R. Blecua Fraga a los *Comentarios al Código Penal militar* (1988) y los artículos que, sobre cuestiones concretas, publicaron R. Cuesta del Castillo, A. Gimeno Amiguet y F. Mata Tejada en el volumen *La jurisdicción militar*, editado en 1992 por el Consejo General del Poder Judicial.

Pero, además y especialmente, la necesidad —y oportunidad— del trabajo del doctor Rodríguez Santisteban viene determinada por la promulgación, por Ley 14/2015, de 14 de octubre, de un nuevo Código penal militar, que, si bien mantiene en lo sustancial los criterios político-legislativos de incriminación en esta materia, comporta modificaciones concretas en los tipos y alteraciones técnicas derivadas sobre todo de una aplicación más rigurosa del principio de complementariedad de la ley penal militar.

Ello justifica que, en el capítulo I, de carácter introductorio, el autor, tras breve referencia al delito militar, examine los principios de política legislativa del nuevo Código, que dan paso, en el segundo de los capítulos, al análisis de la naturaleza jurídica de estos delitos, a partir de su antijuridicidad sustancial, considerándose la integridad de los recursos materiales que constituyen el patrimonio afecto a las fuerzas armadas como el bien jurídico directa y prioritariamente protegido en estas figuras, si bien el doctor Rodríguez Santisteban destaque la afectación de otros bienes, como la lealtad o la probidad, que son coadyuvantes en la construcción de algunos de los tipos y, por ende, elementos básicos que, en su caso, han de ser tenidos en cuenta por el intérprete.

Sigue, en el capítulo III, el estudio de la solicitud de crédito presupuestario para atención supuesta, lo que lleva a cabo el autor con minuciosidad y rigor, a través de los distintos elementos integrantes del tipo básico y, después, del tipo cualificado. El capítulo IV contempla los delitos de hurto, robo, apropiación indebida y daños en el ámbito militar, que, conforme al principio de complementariedad, se regulan en el artículo 82 del Código castrense a través de la técnica de reenvío a la normativa común y asignación de una penalidad más severa, que es lo que justifica la propia especialidad. En dicha penalidad consiste la única diferencia entre los dos tipos iniciales del precepto, que, como advierte el doctor Rodríguez Santisteban, aparecen en orden inverso, esto es, primero el tipo agravado y después el básico, lo que considera «un defecto claro de técnica legislativa». El tercer apartado, referido al armamento y material de guerra, contempla un tipo sustancialmente diverso cuyo autor, a diferencia de lo que acontece en los restantes supuestos, puede no ostentar la condición de militar.

El capítulo V se dedica al estudio del artículo 83 del Código, un tipo mixto y alternativo, en el que, como destaca el autor, hay que distinguir la comisión por el militar del delito previsto en el artículo 441 del Código penal de la figura delictual, tradicional en las leyes militares, de «procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración militar». Menos virtualidad práctica ofrece, al tratarse de una previsión para tiempos de anormalidad constitucional, el incumplimiento de contrato en conflicto armado o estado de sitio, previsto en el artículo 84 del Código penal militar y cuyos elementos son analizados por el autor en el capítulo VI de la obra.

El capítulo VII y último trata de la receptación como delito contra el patrimonio militar, innecesariamente previsto en el artículo 85 del Código mediante remisión a los artículos 298, 303 y 304 del texto penal común. Y es que, en efecto, como sostiene el autor, carece de sentido una previsión que, establecida en la ley común, no contiene particularismo alguno que justifique la especialidad.

★ ★ ★

Se trata, pues, de un trabajo denso, muy bien estructurado, en el que su autor, con una metodología sincrética que combina acertadamente la interpretación histórica o comparatista con el estricto análisis técnico jurídico, nos ofrece una visión completa de los delitos contra el patrimonio en el vigente Código penal militar y ello con el respaldo de un amplísimo y bien seleccionado aparato bibliográfico y la apoyatura de la escasa y deficitaria jurisprudencia existente.

En la minuciosa elaboración de esta obra, el doctor Rodríguez Santisteban ha tenido en cuenta, en efecto, una amplísima bibliografía tanto jurídico-militar como estrictamente penal y tanto nacional como extranjera, la que aparece suficientemente destacada en las abundantes notas a pie de página que constan en el texto y que hacen innecesaria una relación bibliográfica final que, al venir normalmente referida a los títulos utilizados, suele ser repetitiva y, por ende, innecesaria. Asimismo, el autor ha manejado, con acierto, una jurisprudencia que, aun cuando recaída en interpretación del Código de 1985, continúa, en buena medida, resultando de utilidad en el tratamiento dogmático de los tipos analizados.

No estamos, sin embargo, ante una mera recopilación de opiniones doctrinales o de pronunciamientos judiciales, sino ante una obra que, equidistante entre el academicismo y el pragmatismo, ofrece una visión valorativa de este grupo de delitos integrantes de la categoría dogmática estudiada.

Creo, en definitiva, que el libro prologado encierra un muy buen trabajo, que, por el rigor de los planteamientos, certera orientación metodológica, precisión conceptual, profundidad de ideas y claridad expositiva, resulta recomendable al estudioso e imprescindible para quienes desarrollan su labor profesional en el ámbito de la jurisdicción militar.

Prólogo

No me queda sino expresar mi satisfacción porque un joven compañero y buen amigo haya alcanzado el mayor grado académico universitario y ahora vea publicado el excelente y riguroso trabajo inserto en las páginas que siguen.

ANTONIO MILLÁN GARRIDO

Jerez, Navidad de 2016

NOTA PRELIMINAR

Esta obra tiene su origen en la tesis doctoral que el pasado 9 de julio defendí en la Universidad de Granada y que, por unanimidad, obtuvo la máxima calificación académica de sobresaliente *cum laude*. El tribunal que la juzgó estuvo integrado por los doctores José Luis Rodríguez-Villasante, Antonio Millán, Rafael Matamoros, Sofía Olarte y José Luis Pérez-Serrabona, todos ellos prestigiosos juristas, y los tres primeros miembros del Cuerpo Jurídico de la Defensa.

El objeto de la investigación desarrollada se centra en el estudio de los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar, antes denominados legalmente «contra la hacienda militar», una materia que, a diferencia de otras parcelas del Derecho castrense, ha sido insuficientemente tratada tanto en la doctrina como en la escasa jurisprudencia de los últimos treinta años, ofreciendo múltiples aspectos que requerían un estudio detenido, requerimiento que se hizo, incluso, más necesario con el nuevo Código penal militar de 14 de octubre de 2015, en cuyo libro II, título V (arts. 81 a 85) se regulan estos tipos delictivos.

El estudio partirá del propio fundamento de los delitos militares, para determinar la razón de su pervivencia y precisar si, entre ellos, se advierten particularidades que permitan clasificarlos atendiendo a las posibles consecuencias que pudieran derivarse de esas peculiaridades; asimismo, se analizará dentro de qué sistema o familia jurídica, según la técnica legislativa empleada, se ubican los delitos militares en nuestro ordenamiento, determinando los principios que justifican su incriminación, a fin una mejor comprensión de los tipos examinados. Particular atención merecerá la determinación y estudio valorativo del bien o bienes jurí-

dicos protegidos en los delitos contra el patrimonio o la hacienda en el ámbito militar; para concluir con el análisis detenido de los diferentes preceptos que conforman estos delitos, esto es de los artículos 81 a 85 del vigente Código Penal Militar.

El trabajo se centra, pues, en el contenido estricto de la legislación especial, sin más referencias a los tipos comunes que las exigidas por la propia investigación.

Por último, en esta nota previa, agradecer a los miembros del tribunal que enjuició el trabajo las observaciones que me fueron formuladas y que han enriquecido esta versión final, así como a la Directora de la tesis, profesora Margarita Robles Carrillo, por su buena acogida y atenciones dispensadas. También mi gratitud a Editorial Reus y al profesor Antonio Millán Garrido, que facilitaron la edición de la obra.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

I. FUNDAMENTO DEL DELITO MILITAR

Autores como Groizard¹ opinan que el fundamento de la norma militar se encuentra en la necesidad de la misma, ya que la misión del Gobierno es la existencia de una fuerza, cuya poderosa organización está basada en la ley del honor, obediencia y disciplina, que se conservará mediante la justicia militar. Así existen unas normas particulares para cumplir con una de las funciones vitales del Estado. De ahí la importancia, a su juicio, de concluir en la indiscutible sustantividad del Derecho Militar². Otro sector doctrinal en el que destacan Salcedo Ruiz³ o De Querol⁴, entiende que el particularismo del Derecho Militar, gozando éste de indiscutible sustantividad, nace de la misma naturaleza castrense. Para este último autor⁵, las

¹ A. Groizard y Gómez de la Serna, *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*, tomo I, Burgos, 1870, p. 145.

² C. J. Colombo, «La sustantividad del Derecho Penal Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 17 (1964), pp. 9 y ss.

³ R. Calderón Serrano, *Sustantividad penal militar*, Comunicación al Congreso Científico del IV Aniversario de la Universidad Nacional de México, México DF, 1950; A. Salcedo Ruiz, *Sustantividad y fundamento del Derecho Militar*, Tipografía el Sagrado Corazón, Madrid, 1913.

⁴ F. de Querol y Duran, *Principios del Derecho militar español*, tomo I, Editorial Naval, Madrid, 1946, p. 19.

⁵ *Ibidem*, p. 50.

características del Derecho Penal Militar descansan en cuatro extremos⁶, que son: a) la necesidad de salvaguardar las instituciones militares; b) la permanencia y normalidad, dentro de la especialidad del fin que tiene asignado; c) el recaer sobre hechos delictivos tipificados objetivamente por su trascendencia y circunstancias, y no únicamente sobre infracciones profesionales; d) la naturaleza de la lesión que se pretende reparar o el peligro que se pretende evitar y no en la índole de las personas para quienes se dicta.

En la actualidad, las Fuerzas Armadas tienen unos exigentes y renovados fines que se consagran en la propia Constitución Española de 1978, norma suprema que les encomienda la función principal de garantizar la soberanía española y su independencia, defendiendo la integridad territorial de España y el ordenamiento constitucional⁷.

Además, es importante que se tenga en cuenta que la Constitución Española reconoce el principio de eficacia en su artículo 103⁸, como elemento fundamental organizativo en el ámbito de las Fuerzas Armadas⁹. Para garantizar precisamente el cumplimiento de la eficacia de los ejércitos e institutos armados militares, es imprescindible proteger los intereses y valores militares como elemento esencial que permita llevar a cabo las funciones previstas, para las Fuerzas Armadas, en el artículo 8.1 de la Constitución Española¹⁰.

⁶ Esos puntos también están recogidos por otros autores. *Vid.* J. L. Rodríguez-Villante y Prieto, «El principio de especialidad», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. por R. Blecua Fraga, Civitas, Madrid, 1988, p. 121.

⁷ El artículo 8.1 de la Constitución Española establece que «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, La Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

⁸ El artículo 103 Constitución Española señala que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

⁹ L. Cotino Hueso, *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública-Centro Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 554 y ss.

¹⁰ B. López Lorca, «La antijuricidad material y su protección en el Derecho Penal Militar», en *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, dir. por F. J. de León y Villalba, coord. por B. López Lorca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 108 y 110.

A lo largo de la historia del Derecho militar, se ha defendido que tienen una sustantividad y naturaleza propia¹¹. En este sentido, ya en el Derecho Romano¹² existían una serie de delitos que se entendían de naturaleza puramente militar o que tenían este carácter porque el sujeto que cometía el delito era militar¹³. Por otro lado, estaban aquellos delitos que regulaban hechos considerados como delitos comunes¹⁴ pero que llevaban aparejados sanciones peculiares si el sujeto autor del hecho es un militar o *causaren algún tipo de daño* a intereses militares. Ya desde Roma se hace referencia a dos categorías de delitos: los propiamente militares y los comunes.

En el ámbito militar, los delitos propiamente militares son la columna vertebral del Código Penal Militar. Pero éstos no son los únicos, ya que de la lectura del Código Penal Militar cabe extraer que existen otros delitos, calificados como delitos o infracciones comunes, que se incluyen en el Código Penal Militar basándose principalmente en el bien jurídico que se entiende merecedor de protección¹⁵.

¹¹ C. J. Colombo, «La sustantividad del Derecho Penal Militar», cit., pp. 9 y ss.; A. Salcedo Ruiz, *Sustantividad y fundamento del Derecho Militar*, cit. En contra, *vid.* J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit. pp. 136 y ss.; del mismo autor «El Derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código penal militar complementario», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77 (2001), pp. 95 y ss.; F. J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», en *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, cit., pp. 26 y ss.; del mismo autor, «Complementariedad del Derecho penal Militar. Hacia un modelo de reforma», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4 (2010), pp. 149 y ss.; C. Lamarca Pérez, «La competencia de la jurisdicción militar en tiempos de guerra y los delitos contra las leyes y usos de la guerra en el Código penal militar», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 1 (2004), p. 2.

Hoy esta tesis está plenamente superada ya que se sigue la teoría de la complementariedad de las normas penales militares frente al clásico código integral.

¹² *Digesto*, 49, 16, 2.2.

¹³ *Delicta propria*.

¹⁴ *Delicta impropia*.

¹⁵ La jurisprudencia constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1997) entendió que el ámbito estrictamente castrense podía ser aplicado a los delitos militares sean estos cometidos por civiles o por militares y ello tanto por su directa conexión con los objetos, tareas y fines de las Fuerzas Armadas, como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y especial represión, considerando como relevante que se vulneren bienes jurídicos de carácter militar. En este sentido la Sala Quinta del Tribunal Supremo señala que, «aun cuando los delitos tipificados como militares en el Código penal militar vigente, en su inmensa mayoría solo pueden, en tiempo de paz, ser cometidos por militares, hay un reducido número de ellos [...] que también son competencia

Respecto a la clasificación de los delitos militares, se asume la clasificación realizada por parte de Rodríguez-Villasante¹⁶, por su alto nivel científico¹⁷. En ella el autor diferencia¹⁸ entre delitos militares¹⁹, delitos militarizados²⁰ y delitos comunes²¹.

Teniendo en cuenta esta clasificación, la doctrina entiende que los «delitos contra el patrimonio o la hacienda en el ámbito militar» forman parte de los considerados como delitos militares comunes²². Esta idea se

de la jurisdicción militar si los comete persona no militar, en razón de ser conveniente una autónoma tutela especializada por los intereses inherentes a la institución castrense que se intenta proteger [...] no es cierto que el criterio de índole personal sea básico y fundamental para determinar el ámbito estrictamente castrense, lo fundamental y básico es, repetimos una vez más, la directa conexión del bien jurídico protegido con los objetos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas y así resulta de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991, repetidamente citada, que en su FJ 3.º nos dice [...] que el carácter militar o no del sujeto al que se imputa el delito sea determinante de la competencia o no competencia de la jurisdicción militar» (Sentencia TS, Sala Quinta, de 23 de enero de 1992). *Vid.* F. Herrero-Tejedor Algar y F. Fernando y Pascual Sarría, *Código penal militar*, Colex, Madrid, 2011, pp. 45 y 46.

¹⁶ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., pp. 136 y 137.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 314 y ss.

¹⁸ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 100 (2014), pp. 89 y ss.

¹⁹ Dentro de estos delitos este autor distingue entre: a) delitos «inminente y fundamentalmente» militares. En ellos se vulnera un interés jurídico militar; b) delitos «esencialmente» militares, en los que se lesionan bienes jurídicos comunes y militares, aunque es dominante o preferente el bien jurídico militar sobre el común; c) delitos militares. En ellos se describe básicamente un tipo común, pero por las circunstancias en que acaece la acción, la incidencia en la eficacia de las Fuerzas Armadas, o el servicio hacen que prevalezca su interés militar.

²⁰ Dentro de los delitos militarizados este autor diferencia entre: a) delitos militarizados por su relevancia militar, aunque están integrados por infracciones de carácter común. Ejemplo son los delitos contra la Administración de Justicia Militar; b) delitos militarizados por su mayor penalidad. Ejemplo son los delitos de traición y espionaje.

²¹ Rodríguez-Villasante concluye su clasificación sobre los delitos militares con los delitos comunes, en los que para él concurre alguna circunstancia de carácter militar.

²² R. Bleuca Fraga, «Los delitos contra la hacienda en ámbito militar», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. por R. Bleuca Fraga, Civitas, Madrid, 1988, pp. 2011 y ss.; A. Gimeno Amiguet, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», en *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 408 y ss.; F.J. Mata Tejada, «Fraudes y abusos patrimoniales. Solicitud de crédito presupuestario para atenciones supuestas», en *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 454.

confirma con una simple lectura de los preceptos del Título V del Libro II del Código Penal Militar, cuando se utiliza la técnica de la remisión al Código penal para la tipificación de determinadas conductas²³. Con ello se aprecia una de las características principales del Código Penal Militar que es la complementariedad del mismo con respecto al Código Penal, que se anuncia en el propio preámbulo del actual Código Penal Militar de 2015.

La clasificación de los delitos militares no es una cuestión menor, sobre todo en materia de extradición, si atendemos a la normativa internacional en este asunto. En concreto, el Convenio Europeo de Extradición²⁴, hecho en París el 13 de diciembre de 1957²⁵, en su artículo 4, referido a los delitos militares, dispone que «queda excluida del ámbito de aplicación del presente Convenio la extradición por causa de delitos militares que no constituyan delitos de naturaleza común», de lo que se deduce que sería posible la extradición en los delitos contra el patrimonio o la hacienda en el ámbito militar si se calificaran como delitos militares comunes.

Según Rodríguez Devesa, la razón de ser de los ejércitos es su eficacia real y la efectividad de las Fuerzas Armadas, que condicionan su comportamiento y el del Estado que sostienen²⁶. Por ello, se entiende que puede apreciarse una especial naturaleza de las instituciones militares debida a la razón de ser de los Ejércitos y que existe una especial naturaleza en las normas que rigen las instituciones militares. Esas normas protegerán valores que en otras instituciones no sería necesario proteger porque gozarían de una naturaleza distinta de la militar.

Estas ideas son claves para entender la peculiar naturaleza que se predica de las disposiciones penales militares, que están basadas en la

²³ El ejemplo más claro de la utilización de esta técnica la encontramos en el artículo 82 del Código Penal Militar cuando señala, en su apartado 1.º, que «el militar que cometiére los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con la penas establecidas en el Código Penal para tales delitos impuestas en su mitad superior».

²⁴ Fue ratificado por España mediante Instrumento de ratificación de 21 de abril de 1982, y entró en vigor en nuestro país el 5 de agosto de 1982.

²⁵ El texto completo del Convenio puede verse en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 136, de 8 de junio de 1982, pp. 15454 y ss.

²⁶ J. M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, *Derecho Penal Español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1993, p. 1297.

tutela penal del potencial bélico o militar de la Nación²⁷ y que hacen que el Derecho penal militar tenga el carácter primordial dentro de la legislación penal especial.

Si se parte de que la razón de ser de los ejércitos es la eficacia de las Fuerzas Armadas y que esto deriva de su especial naturaleza, se puede entender que el Derecho penal militar tiene sustantividad propia por la naturaleza de las conductas que regula y de los intereses y bienes jurídicos que protege²⁸.

Estas notas, en mi opinión, dan lugar a la especialidad del Derecho penal militar respecto del Derecho penal común. Esta especialidad es una de las características más importantes y relevantes de la normativa penal militar²⁹.

La característica de especialidad³⁰ se extrae tanto por su aplicación³¹, como por su relación con la normativa penal común³².

La especialidad de la normativa penal castrense se deduce además del propio artículo 1.2 del Código Penal Militar³³, que consagra la suple-

²⁷ *Ibidem*, p. 1280.

²⁸ A este respecto, estamos de acuerdo con un gran grupo de autores como son Colombo, Manzini, Manassero, Mirto, Rodríguez Devesa, entre otros. *Vid.* C. J. Colombo, «La sustantividad del Derecho Penal Militar», cit., pp. 9 y ss.; A. Manassero, *Il Codici penali militari, Parte Generale*, Milano, 1942, p. 74; J. M. Rodríguez Devesa, «Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común», en *Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de Guerra*, Universidad de Valladolid, 1961, p. 32.

²⁹ A esta conclusión llega también la doctrina italiana según J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 124.

³⁰ La especialidad de la norma Penal Militar se da básicamente porque complementa la norma común al regular prácticamente en su totalidad a conductas prohibidas de los militares con elementos especiales respecto a las normas comunes, con el objetivo último de proteger intereses jurídicos que son especiales. *Vid.* R. Venditti, *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, Settima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. 25.

³¹ La materia penal militar.

³² Su ámbito de aplicación.

³³ Sobre la especialidad y complementariedad del Código penal militar, *vid.* J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., pp. 100 y ss. En este artículo doctrinal el autor hace un amplio repaso por todo el recorrido que se ha producido en nuestro país y en otros vecinos sobre que debe entenderse por especialidad y sobre complementariedad en el Código penal militar. Además, este autor incluye un gran número de fuentes doctrinales al respecto.

toriedad del Derecho penal común respecto del Derecho penal militar y, por tanto, la especialidad de la normativa penal militar con respecto a la penal común³⁴.

Según Calderón Susín³⁵, la norma penal castrense «adopta una serie de particularismos o regulaciones distintas en diversas materias, pero siguiendo los principios e instituciones comunes que, como comunes, se prevén en el Código Penal y de los que el legislador castrense sólo se aparta cuando la protección de los bienes, que justifica su existencia lo exige». Este autor entiende que es en la propia naturaleza de los bienes jurídicos donde se encuentra la especialidad del Derecho penal militar y la naturaleza del delito militar, algo que parece compartir la unanimidad de la doctrina³⁶. Esta opinión se concreta en la definición de delito militar que propone Rodríguez-Villasante³⁷, al entender que el delito militar es «toda acción u omisión típica, imputable, culpable y punible, cuya antijuricidad se caracteriza por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico militar o tutelado por las Fuerzas Armadas en cumplimiento de su misión constitucional».

A esta definición se le debe añadir un dato, que es que esa acción típica, antijurídica y culpable, se encuentre recogida por la normativa

³⁴ La mayoría de las legislaciones extranjeras contienen en su articulado un precepto de estas características, es decir en ellas se establece la supletoriedad del Derecho penal común para todo aquello que no sea incompatible con la normativa penal militar. Ejemplos son el artículo 205 del Código de Justicia Militar de Chile, el artículo L 311-2 del Código de Justicia Militar de Francia, el artículo XV del Código penal militar y policial de Perú, el artículo 2 del texto portugués, el artículo 3 del alemán o el artículo 2 del Código penal militar de Holanda entre otros muchos.

La norma penal común española, en su artículo 9, señala que «las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente en ellas».

³⁵ E. Caderón Susín, «Arbitrio judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 40 (1982), p. 164; y «La ley penal militar alemana de 1974, comentarios y notas», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca*, núm. 8 (1984), p. 125.

³⁶ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., pp. 136 y ss.; del mismo autor «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», cit., pp. 95 y ss.; F. J. de León y Villalba, «Complementariedad del Derecho penal militar», cit., pp. 149 y ss.

³⁷ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «La reforma de la Justicia militar», en *Revista General de Marina*, tomo 210 (1986), p. 384.

penal militar. Si esto no fuese así, no se estaría por tanto ante un delito militar, sino ante otro tipo de ilícito. El que la disposición normativa aparezca en la normativa castrense es indicativa de la especialidad y condición de delito militar frente a otro tipo de ilícitos.

II. LA TÉCNICA LEGISLATIVA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2015. SUS CONSECUENCIAS

A. Consideraciones generales

Existen distintas posiciones o técnicas legislativas que en el panorama internacional se aplican para ubicar la normativa penal militar. Así se establecen tres sistemas principales que son el sistema tradicional o integral, la técnica de código penal autónomo y la incriminación conjunta o unitaria consistente en encuadrar los delitos militares en el Código penal común³⁸.

El primer sistema, el tradicional o integral, implica que se incluyan en un único texto todas las normas penales³⁹. Es decir, se incorporan en el mismo código las normas sustantivas, orgánicas y procedimentales⁴⁰. La doctrina⁴¹ opina que «resulta anacrónica la imagen de un Código que pretende recoger todo lo concerniente a la administración de justicia militar»⁴², pero que es muy útil para el manejo al no profesional en Derecho, propiciando un conocimiento general de las leyes jurídico penales militares⁴³. Tradicionalmente, a este tipo de textos se le llama Código de Justicia Militar por la agrupación jurídica de las diferentes normas (penales y procesales), congregándose todo lo referido a la justicia militar.

³⁸ Existe un último sistema que es el anglosajón o de la *Common law* propio de los países anglosajones.

³⁹ Esta técnica legislativa es seguida por países como Chile, Colombia, Méjico, Perú, Francia, Portugal, Mali o Marruecos.

⁴⁰ Este sistema es el que operó en nuestro país con el Código de Justicia Militar de 1945 y que desapareció con la aprobación del Código Penal Militar de 1985.

⁴¹ J. L. Valenciano Almoina, «En torno al nuevo Código de Justicia Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 35 (1978), p. 56.

⁴² *Ibidem*, p. 56.

⁴³ A. Millán Garrido, *Justicia Militar*, 9.^a edición, Ariel, Barcelona, 2012, p. 40.

El sistema de código penal autónomo⁴⁴ implica que será en otros textos normativos, distintos al dedicado a las normas sustantivas, donde se regulen las orgánicas y procedimentales.

La tercera de las técnicas legislativas consiste en incorporar todos los delitos en un sólo código o ley penal, que será la ley común para todos ellos, independientemente de que sean delitos comunes o militares. Con ello, se incluyen tanto los delitos militares como las particularidades del Derecho punitivo castrense en el Código penal⁴⁵.

La normativa penal militar española ha evolucionado desde el sistema integral o tradicional al sistema de código penal autónomo con el paso del Código de Justicia Militar de 1945 al Código Penal Militar de 1985, convirtiéndose así en «ley especial respecto del texto punitivo común»⁴⁶. La consecuencia de esa especialidad es que el sistema de referencia es la norma penal común y, por tanto, el código penal, al ser esta ley el sustrato último del Código Penal Militar⁴⁷ y recogiendo en el texto penal militar sólo los delitos militares⁴⁸.

No faltan autores que entienden que en nuestro país deberíamos ir hacia un sistema de integración de los delitos militares⁴⁹ dentro del Código Penal Militar⁵⁰, apartándose de la tradición histórica espa-

⁴⁴ Este sistema es el seguido por Brasil, Paraguay, Alemania, Bélgica, Holanda, Italia, Luxemburgo, Suiza o el Congo.

⁴⁵ Este es el sistema propio de los países del este de Europa o de influencia soviética. Sus máximos exponentes en la actualidad son el sistema ruso y el argentino.

⁴⁶ Así lo señala el Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código penal militar (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015, Sec. I., p. 95715).

⁴⁷ R. Venditti, *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, cit., pp. 27 y ss.; J. M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, *Derecho Penal español, Parte Especial*, cit., p. 1237.

⁴⁸ J. Bello Gil, «El papel de la fiscalía togada en la jurisdicción militar», en *El Derecho militar español, militar español*, UGR-MADOC, Granada, 2013, p. 90.

⁴⁹ López Lorca propone «una armonización entre el Código penal y el Código penal militar materializada en la reforma de la parte general del Código penal militar y en la integración de los delitos del Código penal militar en la parte especial del Código penal a través de la fórmula de creación de subtipos agravados con respecto a los tipos básicos cuando la conducta típica es realizada por un sujeto con carácter de militar o en tiempos de guerra». *Vid.* B. López Lorca, «La relación entre el Derecho penal y el Derecho penal militar. Hacia un verdadero concepto de especialidad», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 15 (2011), p. 36.

⁵⁰ F. J. de León y Villalba, «Complementariedad del Derecho penal Militar», cit., pp. 149 y ss.; B. López Lorca, «La antijuricidad material y su protección en el Derecho Penal Militar», cit., pp. 71 y ss.

ñola⁵¹, según ya acontece en países como Rusia⁵² o Argentina⁵³. A pesar de que, como señala Millán Garrido, sólo dos países del ámbito europeo se han inclinado por este sistema técnico legislativo⁵⁴ (Austria que lo abandono en 1970 y Suecia⁵⁵) y que con ello, la legislación penal militar sustantiva quedaría reducida hasta el punto de perder incluso su especialidad o complementariedad, ya que pasa a formar parte del Derecho penal común y pierde así su tratamiento autónomo. Aunque con esto se ganaría el atractivo de la simplificación y se depuraría hasta el máximo la legislación penal militar sustantiva.

En cualquier caso, el sistema de incriminación es muy minoritario y no es seguido ni por los países vecinos, ni por los países con los que se suele operar en los conflictos o misiones internacionales en los que España participa. Por el contrario, en la mayoría de los países de nuestro entorno europeo o de las organizaciones internacionales de las que España forma parte, con un sistema legal similar al de nuestra nación, se sigue el sistema autónomo. Esta es la razón principal para entender, desde mi punto de vista, que el sistema autónomo escogido por el legislador español es el mejor de los existentes para los tiempos actuales y además sigue fiel a la tradición histórica de nuestro país asentada en la especialidad del Derecho penal militar respecto a la normativa común. A la hora de la elaboración y durante el periodo de enmiendas al proyecto del Código Penal Militar que desembocó en el actual Código Penal Militar se llegó incluso, por parte de miembros de grupos parlamentarios, a proponer la supresión del proyecto en base a que deberían de

⁵¹ A. Millán Garrido, *Justicia Militar*, cit., p. 41.

⁵² La Federación Rusa en materia penal militar tiene su normativa incorporada al Código Penal Común, algo que ya pasaba con la extinta URSS. En concreto es en la Sección XI que lleva por rúbrica «crímenes sobre el servicio militar», es donde se contienen los delitos de naturaleza militar.

⁵³ En Argentina se produce, sobre todo a partir del año 2006, un profundo cambio en la normativa penal militar que desemboca en la aprobación de la Ley 26.394, persiguiendo la adaptación de las normas al Derecho Internacional Humanitario y a los modernos estándares internacionales. La Ley 11.179, por la que se aprobó el Código Penal de la Nación Argentina, que es el Código penal común de ese país, contiene los preceptos de Derecho penal militar incluidos en su articulado.

⁵⁴ A. Millán Garrido, *Justicia Militar*, cit., p. 41.

⁵⁵ A. Millán Garrido, «La legislación penal militar sueca», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca*, núm. 15 (1986), pp. 151 y ss.

incluirse los preceptos penales militares en el Código penal común o en la normativa disciplinaria militar⁵⁶.

La consecuencia más notable de la técnica legislativa usada en España para ubicar la normativa penal militar es la complementariedad del Código Penal Militar.

B. La especialidad y la complementariedad

Si acudimos a un diccionario de sinónimos, la palabra «complementario» es sinónimo de adicional o suplementario. Aplicada la palabra a un código penal especial, como lo es el Código Penal Militar, quiere decir que se trata de una norma penal complementaria del Código penal. En el primero, sólo se recogen preceptos que no tienen cabida en el código o texto común o, aun teniéndola, requieren alguna previsión singular que justifica su incorporación a la ley penal militar⁵⁷.

Todas las leyes penales especiales son complementarias del Código penal⁵⁸, pero sin que difiera de sus principios, ya que están sujetas a la misma técnica y criterios⁵⁹. Por ello, se abandona la idea en España, una

⁵⁶ El Grupo parlamentario de Unión, Progreso y Democracia propuso la supresión del Proyecto por el motivo señalado (*BOCG*, Congreso de los Diputados, 26 de febrero de 2015, Serie A, núm. 110-2, p. 7, enmienda núm. 2).

⁵⁷ La Constitución Española en su artículo 117.5 señala que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

⁵⁸ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 116; R. Venditti, *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, cit. 7, p. 23.

⁵⁹ J. M. Rodríguez Devesa, «Derecho penal militar y Derecho penal común», cit., pp. 25 y ss.; J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 123.

Hoy la complementariedad del Derecho penal militar con respecto al común es aceptada por la unanimidad de la doctrina sin dejar de entenderse una especial naturaleza de las infracciones militares que incluso se ha dejado ver en algún proyecto de reforma como por ejemplo la Exposición de motivos del Proyecto de reforma del Código de Justicia Militar de 1978 donde se reconoce la especial naturaleza de las infracciones militares que «comprenden generalmente un tipo de antijuricidad y culpabilidad compleja, en las que el hecho no es susceptible de juicio ajeno a los profesionales de las armas» (Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma del Código de Justicia Militar, publicado el día 15 de noviembre de 1978 en el *BOCG*). *Vid.* J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 124.

vez aprobada la Constitución Española ya ante la necesidad de la reforma de la Justicia Militar, de continuar con un código integral para pasar a un código penal militar complementario del común⁶⁰, que sólo se aparta de la normativa general cuando la protección de los bienes lo exija o es conveniente por algún motivo⁶¹, produciéndose una armonización entre la normativa penal común y la penal militar⁶². Si bien ésta no se obtuvo completamente como consecuencia de que el Código Penal Militar de 1985⁶³ es anterior al Código penal de 1995. Es uno de los objetivos que se persigue con el nuevo Código Penal Militar⁶⁴ de 2015 y se manifiesta por la totalidad de la doctrina⁶⁵.

⁶⁰ La Exposición de Motivos del Proyecto del Código penal militar que desembocó en el Código Penal Militar de 1985 señalaba que «la doctrina y las legislaciones posteriores a la II Guerra Mundial abandonan la técnica del Código integral, y aun cabe decir que el Código de Justicia Militar de 1945 solo la siguió parcialmente, sin duda por pensar todos que, siendo los mismos principios fundamentales los que rigen en ambas esferas penales, una deseable simplificación y economía de artículos no supondrían para la jurisdicción castrense una reducción del arsenal de preceptos que necesitan pues el ordenamiento jurídico-penal del país los pone a su disposición y su uso es sencillo para el jurista, que es quien, lógicamente, ha de manejarlos» (BOCG, Congreso de los Diputados, de 12 de noviembre de 1984).

Desde 1959, en el Congreso de Verona que se centra en la temática del «Código penal militar Integral», en palabras del General Rodríguez-Villasante, «se renuncia a la incorporación a la codificación militar de las normas de la parte general del Derecho penal común, triunfando en la mayoría de los países la tesis de la complementariedad frente a la integridad». Vid. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 139.

⁶¹ E. Caderón Susín, «La ley penal militar alemana de 1974, comentarios y notas», cit., p. 125; J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 126.

⁶² La ideal o el carácter de complementariedad es estudiado y pretendido fundamentalmente por la doctrina italiana destacando entre ellos Venditti. Vid. R. Venditti, *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, cit., pp. 35 y ss.

⁶³ Si supone un paso decisivo para conseguir el pretendido equilibrio y la unidad del ordenamiento jurídico. Vid. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 139.

⁶⁴ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 100 (2014), pp. 87 y ss.

⁶⁵ En este sentido se manifestó en el año 2015 el entonces presidente del Tribunal Militar Territorial 2.º con sede en Sevilla (Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar, José Antonio Jaldo Ruiz-Cabello), en la Semana cultural «Derecho y Defensa», celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, organizado por el Proyecto de investigación del Centro Mixto UGR-MADOC, *Derecho y Defensa: las respuestas jurídicas a los cambios políticos, culturales, sociales, tecnológicos y económicos de las Fuerzas Armadas*, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada del 20 al 24 de abril del 2015.

Partiendo de la clasificación dada por Rodríguez-Villasante, indiscutiblemente seguida por la doctrina⁶⁶, un texto penal militar está sometido a relaciones de complementariedad con la norma común y, puede ser rigurosamente complementario, mixto o responder al tipo general⁶⁷.

El anterior texto punitivo militar de 1985 no consiguió el objetivo de ser rigurosamente complementario⁶⁸ por, entre otros motivos, incluir en su parte general preceptos repetitivos de la parte general del Código penal y, por tanto, no se centraba o recogía lo exclusivamente militar. Una de las consecuencias es que con el vigente Código Penal Militar de 2015 se corrigen estos defectos legislativos para aproximarse, lo más posible, a la finalidad de ser un código totalmente complementario. En mi opinión, el objetivo no se ha conseguido plenamente como se demuestra con preceptos como, por ejemplo, el artículo 85 del Código Penal Militar referente a la receptación, que no aportan especialidad alguna con respecto a lo dispuesto en la normativa común.

Además, en determinados casos el sujeto activo del delito militar puede ser un civil⁶⁹ o se incluyen delitos que pueden considerarse comunes, sin que por ello deje de estar justificada la inclusión de los mismos como delitos militares si se razona que afecta a los intereses o bienes jurídico-penales militares y, por tanto, abarca el requisito fundamental y primario para formar parte del texto penal militar. No se debe olvidar que lo castrense no es un mundo aparte, ni el Derecho militar es un ordenamiento separado tal y como señala el Tribunal Constitucional⁷⁰.

Además, así lo manifiesta también Rodríguez-Villasante. *Vid.* J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», cit., pp. 89 y ss.

⁶⁶ E. J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., p. 28.

⁶⁷ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», cit., pp. 87 y ss.

⁶⁸ Critica Rodríguez-Villasante la considerable extensión del Código penal militar de 1985 por lo desmesurado de esa normativa como hecho aislado y singular en las modernas codificaciones castrenses. *Vid.* J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., p. 92.

⁶⁹ Como ocurre con el delito de receptación del artículo 85 del actual Código penal militar y que también acontecía en el Código penal militar de 1985 en su artículo 197.

⁷⁰ La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 60/1991, de 14 de marzo, señala que «no es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y el Derecho Militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configure una sociedad distinta, perfecta y completa».

La complementariedad del Código Penal Militar implica a su vez que puedan producirse consecuencias. Una de ellas es la técnica del reenvío a la que me referiré más adelante.

C. Separación entre lo penal y lo disciplinario

Al igual que su predecesor⁷¹, el actual Código Penal Militar de 2015 es un código netamente penal en el que no se incluyen las faltas disciplinarias que encuentran su regulación en otra norma⁷². Desde este punto de vista, es preciso destacar que el Derecho penal militar ha ido por delante de la técnica legislativa empleada por las normas comunes, ya que no es hasta la reforma del Código penal realizada en el año 2015⁷³ cuando se suprimen las faltas de la normativa común para incluir sólo en el texto punitivo general los delitos, con lo que las faltas, finalmente, aunque con varios lustros por detrás de las normas penales militares, también desaparecen del mismo.

Para Jiménez ésta es una de las características fundamentales del actual Derecho penal militar⁷⁴. Una de las consecuencias inmediatas es el logro, al menos desde el punto de vista de técnica legislativa, de la aplicación del principio de intervención mínima predicable como uno de los principios básicos del Derecho penal. No obstante, al igual que pasó con el Código Penal Militar de 1985, la distinción de la infracción penal de la disciplinaria se debe realizar atendiendo preferentemente al referido principio en aquellos casos en que el tipo sea idéntico y entre en juego el desvalor ético o los perjuicios o consecuencias acontecidas con la acción que se haya realizado.

⁷¹ Código Penal Militar de 1985.

⁷² J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», cit., p. 92.

⁷³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061 a 27176).

⁷⁴ F. Jiménez y Jiménez, «Sentido y alcance de la actual Ley Penal Militar española», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 65 (1988), p. 68.

D. Breve extensión del Código penal militar

La breve extensión del Código Penal Militar es una de las características más evidentes del texto punitivo militar de 2015, sobre todo, si se compara con sus predecesores, debido a la notable reducción de su articulado. Esta breve extensión del Código Penal Militar es consecuencia de la especialidad y complementariedad que se predica del mismo⁷⁵.

El anterior texto penal castrense contaba con un total de 197 preceptos, mientras que el actual sólo incluye 85 artículos. La conclusión es que el texto penal vigente evita la reiteración de conceptos o disposiciones que ya se expresan en la normativa común y, por ello, son innecesarias las repeticiones de las mismas⁷⁶, máxime con conceptos tan arraigados que incluso proclama la propia Constitución Española como por ejemplo el principio de legalidad⁷⁷ que, en el anterior Código Penal Militar, sí se recogía.

En cualquier caso, el Código Penal Militar, fiel al principio de complementariedad y especialidad que lo preside, sí establece la cláusula de remisión en su artículo 1 a la normativa común en todo lo no previsto expresamente en el texto penal militar⁷⁸, pretendiendo de este modo, en mi opinión, estar cerca de ser un auténtico Código Penal Militar totalmente complementario como objetivo que perseguía el legislador⁷⁹.

⁷⁵ Esta idea es puesta de manifiesto por Millán Garrido cuando comenta el Anteproyecto italiano de Código Penal Militar que sirve según el propio Preámbulo del proyecto «tanto de instrumento técnico [...] como base sustancial, al considerarse que la derogación de los principios penales sólo puede establecerse por motivos específicos que la fundamenten y no por una simple y acrítica consideración tradicional de la especificidad militar». Vid. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», cit., p. 93.

⁷⁶ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, *El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar*, cit., pp. 92 y ss.

⁷⁷ Artículo 9.3 Constitución Española. Vid. A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 77 y ss.

⁷⁸ El artículo 1.2 del Código Penal Militar señala que «las disposiciones del Código Penal serán de aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

⁷⁹ Así se manifiesta por parte del legislador en el Preámbulo de la norma. Vid. *Boletín Oficial del Estado* núm. 247, de 15 de octubre de 2015, p. 95716.

Con este Código Penal Militar se ha pretendido suprimir lo redundante y vano en la norma penal castrense, por entrañar repeticiones innecesarias de la norma general o sin justificación en base a la especialidad⁸⁰ de la norma militar. Así la norma penal militar española está más acorde con otros cuerpos legales militares penales de su entorno como por ejemplo Alemania⁸¹ o Bélgica⁸².

E. Código penal militar único

El Código Penal Militar de 2015 es un código único en el sentido que se encuentran en él todos los delitos militares, ya se cometan en tiempos de paz o en tiempos de guerra⁸³. De hecho, una de las grandes novedades de éste código es que no se hace mención al estado de guerra, en contraposición al anterior código y teniendo en cuenta que la mayoría de los países de nuestro entorno si lo preceptúan en su normativa penal militar. El concepto de guerra se ha visto sustituido por el de conflicto armado⁸⁴, de tal manera que la extensión y aplicación de los tipos militares puede ser mucho mayor como consecuencia de que no es necesario la declaración formal de guerra que hasta la entrada en vigor del Código Penal Militar 2015 era necesaria⁸⁵ para que se pudieran aplicar determinados preceptos de la normativa penal militar.

⁸⁰ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», cit., p. 92.

⁸¹ La Ley Penal Militar de Alemania tan solo tiene cuarenta y ocho párrafos.

⁸² El Código penal militar belga consta de sesenta y dos artículos.

⁸³ Por esta razón no es un Código penal militar de estado, en contraposición con lo que ocurre en otros países, como por ejemplo Italia, que tiene dos códigos penales militares, uno para tiempo de paz y otro para tiempo de guerra.

⁸⁴ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», cit., pp. 89 y ss.; A. Martínez Alcañiz, *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Colección investigación IUGM-UNED, Madrid, 2005, p. 286.

El *Institut de Droit Internatioan* considera el término guerra incluido dentro de la noción de conflicto armado.

⁸⁵ J. L. Fernández-Flores y Funes, *El Derecho de los conflictos armados. De Iuri Belli. El Derecho de la Guerra. El Derecho internacional humanitario. El Derecho humanitario bélico*. Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, pp. 450 y ss.; J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados», en *Derecho Internacional Humanitario*, coord. por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 157 y ss.

En el segundo libro los diferentes delitos se agrupan por títulos, de manera que cada uno esos títulos lleva por rúbrica el bien jurídico principal que se pretende proteger, siendo este un bien jurídico penal militar, sin perder de vista que la mayoría de los delitos militares son delitos pluriofensivos⁸⁶.

Por lo demás se trata de un código estructurado en dos libros. El primero para las definiciones y conceptos generales, mientras que el segundo se encarga de recoger los delitos en particular.

Los delitos que son objeto principal de este estudio se regulan en el Título V del Libro II bajo la rúbrica de delitos contra el patrimonio frente a la rúbrica precedente de delitos contra la hacienda en ámbito militar.

F. Las penas

En materia penológica el sistema de penas del Código Penal Militar se asemeja mucho más que sus antecesores al previsto en las normas comunes, además de producirse una notable simplificación con respecto a su antecesor⁸⁷. En todo caso, no deja de ser un sistema de penas militares, con lo que el cumplimiento de la prisión se seguirá realizando en centro penitenciario militar si la prisión se impusiera a un militar. En la mayoría de los delitos, como ha ocurrido a lo largo de la historia militar española, la pena sigue encontrando su fundamento más en la prevención general que en la especial⁸⁸, aunque mucho más adaptada a los tiempos actuales de penología común⁸⁹.

⁸⁶ F. J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., pp. 41 y ss.

⁸⁷ Artículos 24 y ss. del Código penal militar de 1985. J. F. Higuera Guimerá, «Clases y duración de las penas, y penas accesorias en el Código Penal Militar», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. por R. Blecua Fraga, Civitas, Madrid, 1988, pp. 461 y ss.

⁸⁸ De León y Villalba entiende que en las normas penales militares existe un predominio de la prevención general respecto la especial en un contexto de mayor rigor punitivo en que los «valores de la institución marcan la pauta de su contenido más allá del uso convencional en materia penal» y se pone de manifiesto una especialidad que somete al militar a un régimen más restrictivo. Cfr. F. J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., pp. 51 y ss.; J. F. Higuera Guimerá, «Clases y duración de las penas, y penas accesorias en el Código Penal Militar», cit., p. 466.

⁸⁹ A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 426 y ss.

Las penas se clasifican en graves y menos graves⁹⁰, en la que destaca la inclusión de la pena de multa⁹¹ por primera vez en la normativa penal militar. Para la aplicación de las penas se seguirán los criterios que se establecen en el Código penal⁹², con lo que se reduce el arbitrio judicial considerablemente, que hasta la entrada en vigor del actual Código Penal Militar era una de las características más destacadas del Derecho penal castrense⁹³. En los casos en que la pena prevista en la normativa común sea la de trabajos en beneficio de la comunidad para un delito militar que se prevea en el Código penal militar, será de aplicación al militar la pena de localización permanente⁹⁴.

Por último, una de las novedades más llamativas es la posibilidad de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la posibilidad de sustituir la ejecución de las penas⁹⁵ y la introducción de la libertad condicional⁹⁶ conforme dispone el Código penal⁹⁷, que hasta esta norma penal militar era impensable ya que como principio general del Derecho penal militar se establecía el cumplimiento íntegro de la pena⁹⁸.

⁹⁰ Artículo 11 del Código Penal Militar.

⁹¹ La pena de multa es de dos a seis meses y se aplicará y determinará por el sistema del Código penal. Artículo 11 y 13 del Código Penal Militar.

⁹² Artículo 19 del Código Penal Militar.

⁹³ A. Beltran Nuñez, «Cuestiones penológicas. Determinación e individualización de la pena en el Derecho Penal Militar», en *La Jurisdicción Penal Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992-1993, pp. 581 y ss.; E. Caderón Susín, «Aplicación de las penas», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. por R. Blecua Fraga, Civitas, Madrid, 1988, pp. 513 y ss.; J. F. Higuera Guimerá, «El cumplimiento de las penas», en *Comentarios al Código penal militar*, cit., pp. 561 y ss.

⁹⁴ Artículo 21 del Código penal militar.

⁹⁵ J. F. Higuera Guimerá, «El cumplimiento de las penas», cit., pp. 561 y ss.; A. Millán Garrido, «La suspensión de condena en la legislación penal militar», en *Revista General de Derecho*, núm. 493-494 (1985), pp. 3256 y ss.

⁹⁶ J. A. Jaldo Ruiz-Cabello, «Cuestiones sobre suspensión de condena. Libertad condicional», en *Derecho Penal y Procesal Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993-1994, pp. 793 y ss.

⁹⁷ Artículo 22 del Código Penal Militar. *Vid.* J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», cit., pp. 89 y ss.

⁹⁸ J. F. Higuera Guimerá, «El cumplimiento de las penas», cit., pp. 561 y ss.; J. Jiménez Villarejo, «Reglas generales y especiales para la aplicación de las penas en el Código penal y en el Código penal militar», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 171 y ss.

CAPÍTULO II

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO EN EL ÁMBITO MILITAR

Una de las conclusiones que se extrae hasta este punto es que los delitos militares gozan de una especial naturaleza que proviene de la naturaleza de los bienes jurídicos¹ que se pretenden proteger al ser bienes jurídicos militares.

En general, cuando en el Derecho penal común se habla o escribe sobre la naturaleza jurídica de un delito, lo que se busca principalmente es determinar el bien jurídico², es decir, la antijuricidad

¹ J. Cuello Contreras y B. Mapelli Caffarena, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 39 y ss.

A este respecto, estamos de acuerdo con un gran grupo de autores como son Colombo, Manzini, Manassero, Mirto, Rodríguez Devesa, entre otros. *Vid.* C. J. Colombo, «La sustantividad del Derecho Penal Militar», cit., pp. 9 y ss.; A. Manassero, *Il Codici penali militari. Parte Generale*, Milano, 1942, p. 74; J. M. Rodríguez Devesa, «Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común», cit., p. 32; E. Caderón Susín, «La ley penal militar alemana de 1974», cit., 125 y ss.

² F. J. Álvarez García, «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43 (1991), pp. 5 y ss.; R. Carneveli Rodríguez, «Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales», en *Revista chilena de Derecho*, vol. 27, núm. 1 (2000), pp. 135 a 153.; J. Cuello Contreras, «La definición de “criminalidad”. Competencia del Derecho Penal y de las ciencias», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15 (1981), pp. 427 y ss.; R. Díaz Roca, *Derecho penal general*, Tecnos, Madrid, 1996; J. L. Díez Ripollés, «el bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista»,

material³ que se concretará atendiendo al contenido sustancial del injusto, como ha destacado la doctrina penalista⁴. Es decir, se trata de la antijuricidad material directamente determinada por el contenido sustancial del injusto y que es la esencia del delito.

Es aconsejable tener en cuenta, como señala Rodríguez Devesa, que «el bien jurídico protegido adquiere importancia como criterio rector en cuanto constituye la esencia de la antijuricidad, pero no es un módulo exclusivo»⁵.

Si se parte de la propia sistemática dada por el Código Penal Militar español de 2015, los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar se encuentran encuadrados en el Título V del Libro II, bajo la rúbrica de «delitos contra el patrimonio en ámbito militar».

El bien jurídico protegido tiene distintas funciones. Entre ellas se encuentra una primordial aunque no única⁶: la sistemática⁷. Ésta es

en *Jueces para la democracia*, núm. 30 (1997); G. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, B de f, Buenos Aires, 2004; W. Hassemer, «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», en *Doctrina Penal*, núm. 45 a 48 (1989), pp. 280 y ss.; G. Jakobs, *Derecho penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997; C. Roxin, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, Civitas, 1997; D. Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000; J. M. Silva Sanchez, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª edición, Civitas, 2001.

³ La antijuricidad material se refleja en la ofensa al bien jurídico penal que la norma penal pretende proteger. *Vid.* F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 343.

⁴ M. Polaino Navarrete, «El bien jurídico en el Derecho Penal», en *Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho*, núm. 19 (1974), pp. 265 y ss.; J. L. Díez Ripollés, «El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista», en *Jueces para la Democracia*, núm. 30 (1997), p. 17.

⁵ J. M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., p. 7.

⁶ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 9.ª edición, Reppetor, Barcelona, 2011, p. 162.

⁷ C. Roxin, «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 15-1 (2013), p. 3.

Además de la función sistemática existen otras funciones. Estas son la función de guía de la interpretación y la función de criterio de medición de la pena. Además, Mir Puig señala que existe otra función del bien jurídico, aunque es más discutida, consistente en la ser límite del legislador.

Polaino define el bien jurídico como «todo bien o valor normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección jurídica». La función sistemática que cumple el bien jurídico también es tenida en cuenta en autores en el ámbito del Derecho Penal Militar. *Vid.* J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 306 y ss.

la razón por la que se parte de la propia estructura que el legislador da al Código Penal Militar. Dentro del Título V del Libro II del Código Penal Militar se plasman un grupo de delitos que, según explicaba el propio Preámbulo del Código Penal Militar anterior de 1985, «quedan tipificados bajo diversas especies». Por ello, se recogen en este título unos preceptos de heterogéneo tenor, pero que tienen algún punto en común entre todos y por eso se agrupan conjuntamente. En principio, teniendo en cuenta la función sistemática que se le atribuye al bien jurídico, se presume que los diferentes delitos del Título V del Código Penal Militar tienen como bien jurídico común «la hacienda o patrimonio en el ámbito militar».

Los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, como todos los delitos militares, lesionan o ponen en peligro los fines de las Fuerzas Armadas. Es la protección del potencial bélico del Estado y el garantizar la eficacia de las Fuerzas Armadas la esencia fundamental de cualquier delito penal militar, algo de lo que no escapan los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar.

El Proyecto de Ley de Código Penal Militar anterior⁸, que desembocó en el Código Penal Militar de 1985, contaba con una Exposición de motivos⁹ que finalmente no se integró en el derogado Código Penal Militar al entender el legislador que más que una exposición de motivos, se trataba de un auténtico tratado de Derecho penal militar y, por ello, se redujo a un breve preámbulo¹⁰.

En la mencionada Exposición de motivos del Proyecto¹¹ se hacía referencia a que, dentro del título dedicado a los «delitos contra la

⁸ El Proyecto de Código Penal Militar fue publicado el 12 de noviembre de 1984. *Vid. BOCG*, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-I, de 12 de noviembre de 1984, pp. 8201 y ss.

⁹ La mencionada Exposición de Motivos fue redactada por el General Consejero Togado D. Francisco Jiménez y Jiménez, basándose principalmente para ello en los materiales que aportaron los miembros de la Comisión que elaboraron el Anteproyecto, siendo en palabras de Millán Garrido «un instrumento valioso en la interpretación del Código», importantísimo a mi juicio porque en esa exposición descansa el por qué y la finalidad del articulado del propio Código. *Vid. A. Millán Garrido, Justicia Militar*, cit., p. 38.

¹⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-IV, de 5 de noviembre de 1985, pp. 1866/135 y ss.

¹¹ La mencionada Exposición de Motivos del Proyecto ha sido publicada posteriormente por su autor. *Vid. F. Jiménez y Jiménez, Introducción al Derecho Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 200 y ss.

Hacienda en el ámbito militar», se incluían figuras muy heterogéneas y de una difícil conexión entre sí, pero con un nexo común consistente en ser conductas claramente lesivas al patrimonio castrense. En ella se agrupaban las distintas figuras delictivas contra la hacienda en el ámbito militar.

Dentro de esa clasificación¹², se establecían los siguientes grupos: el primer grupo en que la característica principal consistía en la gestión desleal del militar; un segundo en que la conducta delictiva se caracterizaba por ser contraria a la probidad o imparcialidad del funcionario; el último grupo incluía las conductas fraudulentas o de pérdida de material distinguiendo si se tenía en custodia o era material de la unidad.

De esta clasificación se desprenden cuáles son los bienes jurídicos principales que se pretenden proteger, por lo que no sólo se protege un bien jurídico unitario. Dependiendo del delito al que se haga referencia, el bien o bienes jurídicos que se intentan proteger podrían cambiar. Esta es la razón por la que el Preámbulo del Código Penal Militar de 1985 hacía referencia a que los delitos contra la hacienda en ámbito militar «quedan tipificados bajo diversas especies».

A continuación, se intentará determinar cuál es el bien jurídico militar común¹³ a todas las figuras delictivas recogidas en el Título V del Libro II del Código Penal Militar¹⁴, para después pasar a analizar cada uno de los preceptos que componen los delitos contra la hacienda o el patrimonio en el ámbito militar del Código Penal Militar.

En opinión de Blecua Fraga el bien jurídico protegido en los delitos contra la hacienda en el ámbito militar es «la integridad de los recursos materiales que constituyen el patrimonio afecto a las Fuerzas Armadas para cumplir su misión en el marco de la Defensa Nacional y en los términos señalados en la Constitución»¹⁵.

¹² La de la Exposición de motivos del proyecto del Código Penal Militar de 1985.

¹³ La determinación del bien jurídico común a todos estos delitos en mi opinión es vital atendiendo a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que según el alto tribunal la interpretación de las leyes penales debe tener en cuenta en primera línea la función protectora de los bienes jurídicos (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1988).

¹⁴ Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (BOE núm. 247, de 15 de octubre).

¹⁵ R. Blecua Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2017.

Coincide Quintano Ripollés con Blecua Fraga en que el bien jurídico protegido es la integridad de los recursos materiales que constituyen el patrimonio afecto a las Fuerzas Armadas para cumplir su misión. Según este último autor, al respecto de los delitos de fraude que se incluían en el Código de Justicia Militar de 1945 (antecedentes de los delitos contra el patrimonio o hacienda en ámbito militar), se trata de infracciones patrimoniales de heterogéneo tenor con el común denominador de la protección de la integridad de los recursos materiales¹⁶.

Para Gimeno Amiguet, el bien jurídico protegido en estos delitos viene constituido por los intereses materiales de los Ejércitos¹⁷. Una opinión similar a la de De Querol y Duran que entiende que lo se pretende proteger es que no se cause perjuicio o lesión material a los bienes militares por parte de los funcionarios, militares, dependientes, suministradores y contratistas de las Fuerzas Armadas¹⁸.

De los distintos pronunciamientos llevados a cabo por la doctrina¹⁹ se deduce como conclusión que existe un elemento común a todas estas infracciones penales, que no es otro que la naturaleza patrimonial. Este bien jurídico se presenta como valor determinante para la unanimidad de los autores y que se comparte como el bien jurídico común de estos delitos. El patrimonio o la hacienda en el ámbito militar es un elemento que debería tenerse en cuenta a la hora de plantear una propuesta de mejora y modificación del Código Penal Militar a pesar de su reciente entrada en vigor²⁰.

La jurisprudencia es coincidente con la doctrina en entender que el bien jurídico protegido es «la integridad de los recursos de la Hacienda

¹⁶ A. Gimeno Amiguet, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», en *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 423 y 424.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 423 y 424.

¹⁸ F. de Querol y Duran, *Principios del Derecho militar español*, tomo II, cit., pp. 610 y 611.

¹⁹ R. Blecua Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2017; A. Gimeno Amiguet, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», cit., pp. 423 y 424; F. de Querol y Duran, *Principios del Derecho militar español*, tomo II, cit., pp. 610 y 611.

²⁰ El Código Penal Militar entró en vigor en virtud de lo dispuesto en su disposición final 8.^a en la que se establecía que entraría en vigor a los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Al publicarse el 15 de octubre del 2015, entró en vigor el 15 de enero, aplicándose a todos los hechos punibles que se han cometido desde su vigencia.

Pública en el ámbito militar necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas»²¹, para el correcto desarrollo de la función esencial que se ejerce mediante la denominada organización bélica del Estado²².

Hay que asumir que el bien jurídico principal y unitario que se pretende preservar es el patrimonio o hacienda en el ámbito militar, siendo un bien jurídico comunitario²³. Se entiende hacienda o patrimonio militar como el conjunto de los bienes materiales y recursos económicos necesarios para el desenvolvimiento de la actividad encomendada a las Fuerzas Armadas y al resto del Ministerio de Defensa²⁴.

Señaladas las opiniones doctrinales existentes y, vista la sistemática prevista en el Código Penal Militar actual, el bien jurídico principal y común a todos los delitos tipificados en el texto penal marcial español como delitos contra el patrimonio en el ámbito militar es de naturaleza patrimonial. Es necesario proteger este bien jurídico para que se dé cumplimiento a las diferentes funciones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Armadas españolas y a las demás misiones que se les encomienden. Por ello la rúbrica que ha sido elegida por el legislador para estos delitos es la de «delitos contra el patrimonio en el ámbito militar».

Ese bien jurídico²⁵ se podría usar como elemento base para agrupar los diferentes tipos delictivos recogidos en el Título V de Libro II del Código Penal Militar e, incluso, añadir otros, ya que un bien jurídico patrimonial es la clave para una futura propuesta de ley o cambio normativo debido a que es, en sí mismo, un concepto suficientemente amplio para incluir un gran número de conductas ya sean estas defraudadoras o dirigidas al apoderamiento o enriquecimiento ilícito.

Las misiones que han de ser realizadas por las Fuerzas Armadas no se podrían llevar a cabo sin los necesarios recursos materiales y econó-

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 14 de noviembre de 1994.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991 (BOE, núm. 91, de 16 de abril de 1991, pp. 30 y ss.).

²³ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 297.

²⁴ En este sentido debemos de tener en cuenta que la Guardia Civil también en determinados casos forma parte del ámbito del Ministerio de Defensa dependiendo de las funciones que realice o de las misiones encomendadas.

²⁵ J. Cuello Contreras y B. Mapelli Caffarena, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 39 y ss.

micos, constituyéndose por tanto, en elementos esenciales para alcanzar esas altas funciones encomendadas²⁶ y para permitir la eficacia de los ejércitos en cada una de sus actuaciones, teniéndose en cuenta que los ejércitos deben estar preparados en todo momento para actuar con la mayor urgencia y celeridad.

En los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar nos encontramos con un bien jurídico principal o común a todos los tipos tipificados en el Título V, del Libro II del Código Penal Militar de 2015 (y que no es otro que la hacienda en ámbito militar o el patrimonio en el ámbito militar), pero no es el único bien jurídico protegido. Cada uno de los delitos que integran el referido Título V protege a su vez otro u otros valores, por lo que estamos ante delitos pluriofensivos²⁷. Esta circunstancia será puesta de manifiesto en el análisis de cada uno de los preceptos. Llegado a este punto, entiendo conveniente confrontar desde la perspectiva del Derecho penal la Hacienda pública y la hacienda militar.

La Hacienda Pública es considerada en nuestro Derecho penal común como un bien jurídico digno de tutela en el Código penal de 1995.

Cuando el texto penal general de 1995 hace referencia a los delitos contra la Hacienda Pública lo hace conjuntamente con los delitos contra la Seguridad Social dentro del Título XIV del Libro II.

La lectura del Código penal permite interpretar que el objetivo, dentro del Título XIV con los delitos contra la Hacienda Pública, es impedir que se produzca una disminución del patrimonio del Erario público²⁸, con lo que se podría llegar a comprender que se trataría de una serie de delitos de concepción patrimonialista²⁹.

Sin embargo, parece que no se queda sólo en eso, ya que también se puede intuir la idea de intentar que no se menoscaben las posibili-

²⁶ Artículo 8 de la Constitución Española.

²⁷ F.J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., pp. 41 y ss.

²⁸ G. Rodríguez Mourullo, *Presente y futuro del delito fiscal*, Revista de Occidente S. A. Madrid, 1974, p. 53; M. Bajo Fernández y C. Suarez González, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial (Delitos patrimonialistas y económicos)*, Ceura, Madrid, 1987, p. 606.

²⁹ I. Blanco Cordero, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 14 (2000), p. 7.

dades del Estado en llevar a cabo una política financiera justa³⁰. En ese sentido, el bien jurídico que se pretendería proteger sería el proceso recaudatorio y la distribución de lo recaudado, es decir, las funciones del tributo³¹. Desde este punto de vista los intereses protegidos serían los financieros ya sean estos los del Estado, los de otras Administraciones o los de la Unión Europea³².

Para Muñoz Conde, la protección de la Hacienda Pública se da tanto desde su vertiente de ingreso público, como en la de gasto público³³. Ambas, la de ingreso público y la de gasto público, se encuentran recogidas en la Constitución Española, en el artículo 31.1³⁴ y 2³⁵, respectivamente.

Siguiendo esta concepción, tanto el proceso recaudatorio, como el de distribución de lo recaudado, tienen su regulación principalmente en el ámbito del Derecho financiero como en el del Derecho administrativo. En determinados casos, considerando el criterio de *ultima ratio* del Derecho penal así como el principio de intervención mínima³⁶ del mismo, tiene su protección en la normativa penal, pero referido básicamente a la protección de los ingresos intentando evitar las defraudaciones en el Título XIV del Código Penal.

³⁰ M. Bajo Fernández y C. Suarez González, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 607; I. Blanco Cordero, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», cit., p. 7.

³¹ En este sentido estamos hablando de una actividad de las Administraciones Públicas consistente tanto en la actividad de recogida de ingresos como en la de donde van a parar esos ingresos y por tanto referentes al gasto y la gestión del mismo.

³² No se protege el patrimonio de la Hacienda Pública, sino el proceso recaudatorio en cada tributo y la correlativa redistribución de lo recaudado. Queda relegado a un segundo plano el aspecto patrimonial, aunque no se prescinde totalmente del mismo. *Vid.* I. Blanco Cordero, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», cit., p. 7.

³³ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 990.

³⁴ El artículo 31.1 de la Constitución Española dispone que «todos los ciudadanos contribuirán al sometimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio»

³⁵ El artículo 31.2 de la Constitución Española dispone que «el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

³⁶ R. Vicente Martínez, *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 18 y ss.; A. Zárate Conde y E. González Campos, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 122 y ss.

Independientemente de los preceptos que recoge el Código Penal referidos a los delitos contra la Hacienda Pública³⁷, puede tener un contenido más amplio que el que se desprende de la rúbrica del Código penal dedicado a los delitos contra la Hacienda Pública. En mi opinión, además de protegerse dentro del referido título el Erario público en su versión de ingresos, podría incluirse, si el legislador lo deseara, la defensa de otros bienes y riquezas del Estado.

Derivado de ello, con base en criterios de una política-criminal concreta podría establecerse en el Código Penal un título específico dedicado a proteger la Hacienda Pública de una manera amplia, máxime si se tiene en cuenta los tiempos actuales con la situación de crisis económica y de déficit público, así como en la idea de intentar salvaguardar una buena gestión pública aplicada a la gestión de gastos e ingresos.

Desde este punto de vista, no se debe de olvidar que el Código Penal de 1985, antecesor del de 2015, era casi dos lustros anteriores al Código Penal actual. Por este motivo se podría dar la situación de que el epígrafe referido a la Hacienda en ámbito militar del Código Penal Militar de 1985 pudiera tener como función proteger un bien jurídico diferente que el previsto en la normativa común cuando esta última se refiere a los delitos contra la Hacienda Pública. Por ello, es importante saber si los bienes jurídicos de ambos textos fueron o no coincidentes.

A este respecto, la respuesta que se desprende parece evidente ya que, la Administración militar y, en concreto, sus Fuerzas Armadas no se encargan de la función recaudatoria.

La función en el ámbito de la Administración militar³⁸ será por consiguiente, una función de gasto y no tanto de ingresos. La consecuencia inmediata que se deduce es entender que la protección pretendida es distinta, sin que ello dé lugar a dejar de ser en ambos casos bienes jurídicos de naturaleza patrimonialista.

³⁷ Los delitos contra la Hacienda Pública introducidos en nuestro Derecho penal a través de la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril se limitaban exclusivamente a su aspecto tributario tal y como quedaba claro en el propio preámbulo de la norma al señalar que «es principio irrenunciable de un Estado que propugna como valores superiores la justicia y la igualdad, que no se verá realizado si el fraude fiscal no encuentra para sus más graves manifestaciones una respuesta penal».

³⁸ J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1988, pp. 256 y ss.

En la Real Academia de la Lengua Española se dan diferentes significados del término hacienda³⁹. Uno de ellos señala que es el «conjunto de bienes y riquezas que alguien tiene». También la Real Academia de la Lengua Española define hacienda⁴⁰ como «el conjunto de rentas, impuestos y demás bienes de cualquier índole regidos por el Estado o por otros entes públicos». En base a estos dos significados, se podría comprender que la Hacienda Pública puede definirse como el conjunto de bienes pertenecientes a las Administraciones Públicas, cualquiera que sea esta. Atendiendo a tal concepto de Hacienda Pública se diría que cada Administración tiene su Hacienda y todas ellas son integrantes de la Hacienda Pública. De tal manera que la Hacienda Pública es única⁴¹. Si se concluye que la Hacienda Pública es única, la misma podrá tener tantas ramas como sean necesarias.

Asimismo, a modo de ejemplo, se puede decir que los bienes del Ministerio de Fomento forman parte de la Hacienda Pública en el ámbito del Ministerio de Fomento y los del de Agricultura lo formarían de la Hacienda Pública en el ámbito del Ministerio de Agricultura. Por todo ello, llego a la idea de que si la Hacienda Pública es solamente una y que aquella parte de la misma destinada a los fines encomendados en la órbita o esfera del Ministerio de Defensa no es más que la Hacienda Pública en ámbito militar o Hacienda en ámbito militar. En este sentido, opino que efectivamente el Código Penal Militar de 1985 se refiere a la protección de la misma bajo la rúbrica de «delitos contra la Hacienda en ámbito militar» y creo aconsejable que el título dedicado a los delitos

³⁹ <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae>. La Real Academia de la Lengua Española da diferentes significados del término hacienda. En concreto nos da tres significados distintos. El primero de ellos se refiere a una finca agrícola. El tercero de ellos señala que hacienda es el Departamento de la Administración Pública que elabora los presupuestos generales, recauda ingresos establecidos y coordina y controla los gastos de los diversos departamentos.

⁴⁰ En este caso la Real Academia de la Lengua se refiere al término Hacienda, pero con H mayúscula.

⁴¹ La Hacienda Pública es única, ya que así se quiso dejar constancia de ello, tal y como nos dice Blecua Fraga. Según este autor, esto se realizó al corregir el título del Anteproyecto del Código Penal Militar de 1985 de Delitos contra la Hacienda Militar a Delitos contra la Hacienda en ámbito militar. Algo que según Blecua era a todas luces innecesario ya que el Código (el anterior de 1985) se refiere a la Administración Militar en multitud de casos y no por ello se cambia la nomenclatura a la Administración en ámbito militar. *Vid.* R. Blecua Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2015.

contra el patrimonio en el ámbito militar cambie de denominación y vuelva a adquirir la nomenclatura anterior por diferentes razones:

1.^a El concepto de hacienda militar tiene una larga trayectoria y arraigo en los ejércitos que, al ser depositarios de tradiciones sería una lástima que se perdiera.

2.^a La diferencia de significado que tiene con la normativa penal común, lo que le otorga una especialidad propia como concepto jurídico anterior al del Código penal y que además, pudo haber sido el elemento inspirador para que el texto general utilizara esa nomenclatura⁴².

3.^a El término «hacienda» es mucho más amplio y cercano al concepto de patrimonio que al usado en el ámbito del texto penal general, con connotaciones más económicas y financieras referidas al erario público, ya sea en la vertiente de ingresos o en la de gastos.

⁴² *Ibidem*, pp. 2017 y ss.

CAPÍTULO III

LA SOLICITUD DE CRÉDITO PRESUPUESTARIO PARA ATENCIÓN SUPUESTA

El primero de los preceptos contra la hacienda o el patrimonio en el ámbito militar es el artículo 81 del Código Penal Militar. Esta disposición está constituida por dos apartados. El primero de ellos es el tipo básico y el segundo el tipo agravado.

I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

El artículo 81 del Código Penal Militar está incluido bajo la rúbrica «delitos contra el patrimonio en el ámbito militar». Por tanto, el bien jurídico común que tiene junto con el resto de las infracciones contra la hacienda o el patrimonio en el ámbito militar se contrae a los recursos materiales y económicos de las Fuerzas Armadas¹

¹ Las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2002, señalan que «el bien jurídico protegido en este delito “no es otro que la integridad de los recursos de la Hacienda Pública en el ámbito militar necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas”». Para la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/1994 (Sala de lo Militar), de 14 de noviembre «se pretende proteger ante todo la Hacienda Militar que tanto resulta afectado cuando se la empobrece correlativamente al injusto enriquecimiento de quien la defrauda cuando se pone en peligro su integridad a consecuencia de una gestión arbitraria

teniéndose en cuenta la función sistemática² que cumple el bien jurídico³.

En el artículo 81 del Código Penal Militar, además de ese bien jurídico⁴ común a preservar para todas las infracciones contra la hacienda o el patrimonio militar⁵, también existen otros bienes jurídicos que se protegen, configurándose como un delito por tanto pluriofensivo⁶.

Los militares, como servidores públicos que son y como consecuencia de las funciones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Arma-

e incontrolada de sus caudales». Igualmente, dispone la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 26/1998 (Sala de lo Militar), de 8 de junio, que «es bien jurídico protegido el de no poner en peligro la asignación de los recursos destinados al cumplimiento de los elevados fines que corresponden a los Ejércitos» (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2004 y de 14 de noviembre de 1994).

² C. Roxin, «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa», cit., p. 3; J. Cuello Contreras y B. Mapelli Caffarena, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 52; S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 162; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 136 y ss.

³ J. Cuello Contreras y B. Mapelli Caffarena, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 39 y ss.

⁴ A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 127.

⁵ Los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, como todos los delitos militares, lesionan o ponen en peligro los fines de las Fuerzas Armadas. Es la protección del potencial bélico del Estado y el garantizar la eficacia de las Fuerzas Armadas la esencia fundamental de cualquier delito penal militar, algo de lo que no escapan los delitos contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar.

Dentro del Título V del Libro II del Código Penal Militar se recogen un grupo de delitos que, según explicaba el propio Preámbulo del Código Penal Militar anterior de 1985, «quedan tipificados bajo diversas especies». Por ello se recogen en este título un grupo de delitos de heterogéneo tenor, pero que tienen algún punto en común entre todos y por eso se agrupan conjuntamente. En principio, teniendo en cuenta la función sistemática que se le atribuye al bien jurídico, se presume que los diferentes delitos del Título V del Código Penal Militar tienen como bien jurídico común «la hacienda o patrimonio en el ámbito militar». El bien jurídico protegido es «la integridad de los recursos de la Hacienda Pública en el ámbito militar necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas» (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/1994 Sala de lo militar, de 14 de noviembre). *Vid.* R. Blecua Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2017; A. Gimeno Amiguet, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», cit., pp. 423 y 424; F. de Querol y Duran, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pp. 610 y 611.

⁶ La mayoría de los delitos militares son delitos pluriofensivos. *Vid.* F. J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., pp. 41 y ss.

das⁷, deben tener por su posición un comportamiento intachable en el ejercicio de sus actuaciones. Todo ello es exigible dentro de la esfera del servicio que desarrollan y de la misión encomendada. Esta es la razón de que se intente evitar y se persigue la gestión desleal del militar y que la probidad sea principio de conducta en su actuación.

Es la probidad uno de los valores que se pretende preservar en el artículo 81 del Código Penal Militar, protegiéndose así la limpia gestión del militar y tipificando aquellas conductas referidas a la simulación de necesidades para asignar fondos públicos destinados a atenciones inexistentes o Derechos económicos a favor del personal.

Por este motivo, es importante que se haga referencia al comportamiento que debe tener todo militar y a las obligaciones que por la propia condición innata al desempeño de las funciones castrenses⁸ deben de regir y ser principio de vida de los mismos. En concreto, virtudes tales

⁷ El artículo 8. 1 de la Constitución Española establece que «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, La Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

Las diferentes misiones y funciones que se les encomiendan a los ejércitos en la actualidad es donde se asienta y justifica la peculiar naturaleza del Derecho Militar y la necesidad de que exista por tanto el Derecho penal militar por la idiosincrasia de los cometidos que se les asignan a los ejércitos.

⁸ El comportamiento de todo militar se rige por una serie de reglas, alguna de las cuales están reguladas y establecidas expresamente en la legislación española.

En concreto debemos de mencionar, sin ánimo de exhaustividad, aquellas conductas que se recogían en el artículo 4 de la Ley de la Carrera Militar 39/2007, de 19 de noviembre, en sus puntos decimotercero, decimocuarto y decimoquinto, que se referían a que se deben comportar con lealtad y compañerismo, prepararse para alcanzar el más alto nivel de competencia profesional, especialmente en los ámbitos operativo, técnico y de gestión de recursos, y para desarrollar la capacidad de adaptarse a diferentes misiones y escenarios, cumplir con exactitud sus deberes y obligaciones impulsado por el sentimiento del honor. Actualmente las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las definidas en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que modifica el artículo 4 de la Ley de la Carrera militar a través de la disposición final 5.^a. Esas reglas se encuentran contenidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, en la que se reproduce prácticamente en su integridad lo que se disponía en la anterior redacción del artículo 4 de la Ley de la Carrera militar de 2007.

El Artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011 referido a las reglas de comportamiento del militar señala que:

«1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:

como la probidad, imparcialidad y lealtad deben guiar la actuación de todo militar⁹ y son protegidas por parte del Código Penal Militar en buena parte de los preceptos referidos a la protección de los delitos contra el patrimonio o la hacienda en el ámbito militar¹⁰, entre los que se encuentra el artículo 81 del Código Penal Militar¹¹.

[...] Séptima. Adecuará su comportamiento profesional, en cumplimiento de sus obligaciones militares, a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción.

Octava. La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas.

[...] Decimocuarta. Se comportará en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad de asumir solidariamente con los demás miembros de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus misiones, contribuyendo de esta forma a la unidad de las mismas.

Decimoquinta. Se preparará para alcanzar el más alto nivel de competencia profesional, especialmente en los ámbitos operativo, técnico y de gestión de recursos, y para desarrollar la capacidad de adaptarse a diferentes misiones y escenarios.

Decimosexta. En el ejercicio de sus funciones, impulsado por el sentimiento del honor inspirado en las reglas definidas en este artículo, cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones».

⁹ Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas se refieren en su artículo 5 a la actuación del militar como servidor público debiendo de actuar «con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental».

¹⁰ En concreto hacemos referencia a la protección principal para evitar la gestión desleal del militar y las conductas contrarias a la imparcialidad y probidad de los mismos.

¹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/1994 (Sala de lo Militar), de 14 de noviembre dispone que «se pretende proteger, ante todo, a la Hacienda Militar [...]. Pero no es este el único bien jurídico tutelado por la norma penal: con ello se aspira también a preservar la probidad y seriedad del militar». Por su parte la Sentencia del mismo Tribunal núm. 26/1998 (Sala de lo Militar), de 8 de junio señala que «el bien jurídico protegido por el precepto es el deber de lealtad en la gestión de los recursos públicos que incumba al militar encargado de administrarlos». También se recoge esta idea en la más reciente Sentencia núm. 197/2002, de 5 de febrero.

Las Sentencias del alto Tribunal de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2002 señalan que «el bien jurídico protegido en este delito “no es otro que la integridad de los recursos de la Hacienda Pública en el ámbito militar necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas”». Para el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 69/1994 de 14 de noviembre), «se pretende proteger ante todo la Hacienda Militar que tanto resulta afectado cuando se la empobrece correlativamente al injusto enriquecimiento de quien la defrauda cuando se pone en peligro

En efecto, la probidad¹² es una virtud de gran importancia en el día a día de la actividad militar, ya que, como dice Mancini¹³, muchos bienes y efectos en virtud del propio servicio que se les encomiendan se dejan sin garantía y se dejan en manos de la rectitud de aquellos que forman parte de los ejércitos¹⁴. De tal manera que un quebranto por abuso de la confianza depositada a un militar daría lugar a la disminución de la confianza recíproca que debe existir entre compañeros de los ejércitos, ocasionándose un daño a la moral incompatible con el espíritu militar y contrario a la rectitud y lealtad¹⁵ que tiene que existir en las instituciones militares y guardarse celosamente. Además del posible daño que se puede causar con esas conductas a los intereses, bienes y recursos militares.

Con el artículo 81 del Código Penal Militar se pretende que no se quebranten determinados deberes profesionales o que no se produzcan abusos en la confianza que la sociedad ha puesto en el correcto funcionamiento de la Administración Militar. Es desde este punto de vista, donde determinados valores castrenses cobran un sentido aún mayor de exigencia para aquellos que forman parte de los componentes de los ejércitos.

su integridad a consecuencia de una gestión arbitraria e incontrolada de sus caudales». Igualmente, dispone la Sentencia núm. 26/1998 (Sala de lo Militar), de 8 de junio, que «es bien jurídico protegido el de no poner en peligro la asignación de los recursos destinados al cumplimiento de los elevados fines que corresponden a los Ejércitos».

¹² La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/1994 (Sala de lo Militar), de 14 de noviembre dispone que «se pretende proteger, ante todo, a la Hacienda Militar [...]. Pero no es este el único bien jurídico tutelado por la norma penal: con ello se aspira también a preservar la probidad y seriedad del militar».

¹³ Cit. F. de Querol y Duran, *Principios del Derecho militar español*, tomo II, cit., pp. 610 y ss.

¹⁴ El código de conducta de los militares viene establecido principalmente a través de las Reales Ordenanzas para la Fuerzas Armadas, tal y como señala el artículo 1, de esta disposición normativa cuando hace referencia a que este es el objeto de la norma y que en ella es donde «se definen los principios éticos y las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirados en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor».

¹⁵ Las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 26/1998, de 8 de junio y núm. 197/2002, de 5 de febrero, señalan que «el bien jurídico protegido por el precepto es el deber de lealtad en la gestión de los recursos públicos que incumba al militar encargado de administrarlos».

La lesión de estos deberes o virtudes que han de ser esenciales en el militar hace retroceder a un segundo lugar la puesta en peligro del bien jurídico patrimonio o hacienda en ámbito militar, sin que en ningún caso se pueda prescindir del mismo ya, que como con acierto opina Rodríguez Devesa, habrá siempre un trasfondo patrimonial¹⁶, que se debe a la finalidad de salvaguardar el patrimonio público militar, apartándose al militar de sus intereses particulares para que obre con plena objetividad e imparcialidad¹⁷.

Por ello, en este precepto existen distintos bienes jurídicos que se pretenden proteger¹⁸, pero sin olvidar que existe un bien jurídico común a todos los delitos contra la hacienda-patrimonio en el ámbito militar. Es un bien jurídico con la lealtad comunitario¹⁹ junto²⁰ a la probidad²¹,

¹⁶ Cit. A. Gimeno Amiguet, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», cit., p. 406.

¹⁷ A. Cantos Guerrero, «El delito de fraude», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 39 (1980), pp. 43 y ss.

¹⁸ En lo referente al bien jurídico que se pretende proteger, el mismo ha sido objeto de un análisis general para las infracciones contra la Hacienda en ámbito militar anteriormente.

No obstante, entiendo conveniente manifestar aquí lo dispuesto por la jurisprudencia en torno al bien jurídico común en los delitos contra la Hacienda en ámbito militar en el caso del artículo 189 del Código Penal Militar de 1985, antecedente del actual artículo 81 del Código penal militar.

Las Sentencias de Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2002, señalan que «el bien jurídico protegido en este delito “no es otro que la integridad de los recursos de la Hacienda Pública en el ámbito militar necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que tienen constitucionalmente asignadas”». Para la Sentencia núm. 69/1994, de 14 de noviembre, «se pretende proteger ante todo la Hacienda Militar que tanto resulta afectado cuando se la empobrece correlativamente al injusto enriquecimiento de quien la defrauda cuando se pone en peligro su integridad a consecuencia de una gestión arbitraria e incontrolada de sus caudales». Igualmente, dispone la Sentencia núm. 26/1998, de 8 de junio que «es bien jurídico protegido el de no poner en peligro la asignación de los recursos destinados al cumplimiento de los elevados fines que corresponden a los Ejércitos».

¹⁹ S. Mir Puig, *Derecho Penal (Parte General)*, cit., p. 297.

²⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 8 de junio de 1998 y de 11 de abril de 2012 señalan que «el bien jurídico por el precepto es el deber de lealtad en la gestión de los recursos públicos que incumbe al militar encargado de administrarlos».

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 14 de noviembre de 1994 dispone que «se pretende proteger, ante todo, a la hacienda militar [...]. Pero no es este el único bien jurídico tutelado por la norma penal: con ella se aspira también a preservar la probidad y seriedad del militar en la gestión de los interés económicos

configurándose en el presente caso una protección de bienes frente a ilícitos pluriofensivos²².

II. EL ARTÍCULO 81.1 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

A. La conducta típica. La solicitud²³

El apartado 1.º del artículo 81 del Código Penal Militar castiga con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años «al militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta»²⁴.

La conducta típica²⁵ contenida en este primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar consiste en solicitar la asignación de un crédito presupuestario para atención supuesta mediante la técnica de la simulación, ya sea ésta en la vertiente de simular necesidades para el servicio o bien en la de simular derechos económicos a favor del

y administrativos que le pueden estar encomendados, valores que se ven vulnerados o desconocidos cuando en dicha gestión no se respetan los cauces procedimentales establecidos».

²² A. Zárate Conde y E. González Campos, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 127 y ss.

²³ La acción u omisión, es decir la conducta ha de estar encuadrado en la tipicidad del delito descrito como consecuencia del principio de legalidad que rige en nuestro sistema, y es elemento esencial del delito. En el caso de que nos encontremos ante un delito doloso (que como se verá en el caso del apartado primero del artículo 81 del Código Penal Militar) en principio no existe ninguna especialidad con respecto a la normativa general penal, es decir con respecto al Código Penal, *vid.* J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General*, cit., p. 321.

²⁴ A diferencia de lo que sucedía con el artículo 189 del Código Penal Militar de 1985, en el que de acuerdo a su estructura contenía dos párrafos en el que el primero contenía el tipo básico y en el segundo se señalaba el tipo agravado, en la nueva regulación que se da por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código penal militar, se estructura el precepto en dos apartados claramente diferenciados, constituyendo el apartado primero el tipo básico y el segundo el tipo agravado. Con ello se mejora la sistemática que existía con anterioridad, siendo esta la única diferencia con respecto a la tipificación de las conductas que hoy se encuentran en el artículo 81 del Código Penal Militar, con respecto al anterior artículo 189 del Código Penal Militar de 1985 referidos a la solicitud de crédito presupuestario para atención supuesta.

²⁵ A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 181.

personal. Es un tipo mixto²⁶, alternativo²⁷, por lo que es suficiente la realización de cualquiera de las conductas en él descritas para que se entienda cometida la infracción penal. Parece evidente que las conductas previstas en el primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar requieren una acción positiva por lo que no es posible cometerlas por omisión. Por ello se trata de un tipo de delito de acción²⁸.

La acción descrita en el tipo consiste en *solicitar crédito presupuestario* mediante una simulación, para atención supuesta. Esto quiere decir que el tipo se perfecciona simplemente con una petición de recursos económicos que han sido asignados al Ministerio de Defensa para cumplir con una finalidad concreta previamente determinada, para garantizar las funciones encomendadas, siempre que esa petición sea para atenciones supuestas, es decir, imaginarias²⁹.

Esa acción de pedir (el solicitar) solamente se podrá realizar a través de los medios reglados para ello, ya que en materia presupuestaria todo el cauce se haya expresamente regulado por la normativa administrativa³⁰. Es decir, para solicitar el pago de una comisión de servicio, por ejemplo, existe un cauce reglado como es que el escrito de solicitud que incluya el visado de la autoridad que ordena la solicitud, el visto bueno del superior jerárquico o persona delegada, justificante de facturas y presentarlo al órgano competente para su tramitación, entre otros. Con lo que se deben seguir los procedimientos o protocolos elaborados para ello.

Con este tipo de acciones 1.º se ve afectada la imagen de las Fuerzas Armadas; 2.º son generadoras de un desapego hacia los militares como colectivo; y 3.º además, pueden fomentar la realización de nuevas con-

²⁶ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 296; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 119; M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 145.

²⁷ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 236; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 119.

²⁸ Los delitos de acción son aquellos que requieren que la conducta consista en un hacer activo, tratándose por tanto de la infracción de normas prohibitivas. M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 113; M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 144.

²⁹ Los casos más sonados en los últimos años consistían en falsificar facturas de hotel con un precio superior al que costó para así cobrar la totalidad de la dieta, o la falsificación y engaño en las facturas de mudanzas con el objetivo de tener también beneficio personal.

³⁰ Ley 47/2003, 26 de noviembre, General Presupuestaria.

ductas similares. La ética exigible a un militar es muy alta por la propia idiosincrasia de su profesión

B. Sujetos

1. Sujeto activo

El apartado primero del artículo 81 del Código Penal Militar se refiere a «el militar»³¹, con lo que el sujeto activo³² tiene que ser nece-

³¹ La normativa donde se regula el estatus de militar es bastante más dispersa que la prevista para los empleados públicos civiles, debido a la idiosincrasia de la profesión militar.

Almirante, en su diccionario, señala que «militar es un verbo neutro, que significa servir en la guerra, ejercitarse en la milicia. Dice que así debía ser, y así en efecto lo da Dicc.Acad.». Vid. el término *militar* en J. Almirante, *Diccionario Militar*, Imprenta y litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869, pp. 755 y 756.

La propia Ley del Estatuto básico del empleado público es la que entiende que no es aplicable a los militares de las Fuerzas Armadas, ya que ellos tienen un estatuto jurídico diferente al del resto de los servidores públicos, debido a que el artículo 4 de esta norma establece que «las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicaran directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: d) Personal militar de las Fuerzas Armadas». El militar no es funcionario público, y esto es causa de las funciones que desarrolla en el ejercicio de su actividad como miembro de las Fuerzas Armadas (la Defensa militar y el uso de la fuerza), funciones, que son diferenciadas respecto a las comunes de la Administración, y la relevancia constitucional que se le da a las Fuerzas Armadas, al incluirse dentro del Título preliminar de la Constitución Española, son las que nos llevan a la conclusión de que los militares no son funcionarios públicos, pero si empleados públicos.

En rigor, sólo son funcionarios públicos aquellos empleados o servidores públicos sometidos plenamente al Estatuto Básico del Empleado Público. Los militares (como miembros de las Fuerzas Armadas) son, servidores públicos, personal estatutario de la Administración General del Estado, pero como señala Parada Vázquez, constituyen, al igual que otras clases de servidores públicos, un grupo de «empleados públicos estatales con legislación específica». Para este autor, las singularidades del régimen funcional se justifican, en casos (por ejemplo, los militares, jueces, magistrados miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) en la especificidad de las funciones que ejercen, mientras que en otros supuestos responde a «presiones corporativas de los propios cuerpos de funcionarios que así logran un *status* diferenciado y, de ordinario, privilegiado». Vid. R. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II —Organización y empleo público—*, 19.^a edición, Madrid, 2007, pp. 436 y ss.

En este sentido se manifiesta la Ley Orgánica 9/2011, de 17 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en la que se indica «...en esta ley se actualiza la regulación del ejercicio por los miembros de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta su condición de servidores públicos sometidos a la disciplina militar, para adecuarla

sariamente un militar³³. A los efectos de aplicación del Código Penal Militar, son militares aquellos a los que se refiere el Código Penal Militar en su artículo 2³⁴. Este precepto³⁵ se remite principalmente a la normativa relativa a la adquisición y pérdida de la condición de militar para determinar quién es militar, aunque existen algunas excepciones, con lo que la regulación para la adquisición y pérdida de la condición militar es una cuestión que compete al ámbito del Derecho administrativo³⁶.

Si se preguntase a cualquier persona por la posición del militar respecto al resto de ciudadanos, prácticamente la totalidad de los encuestados nos diría que el militar tiene una posición distinta o diferenciada desde un punto de vista sociológico, que se traslada también al ámbito jurídico³⁷ y que se debe a una peculiar naturaleza del militar.

Este factor se recoge en diferentes textos e incluso en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁸. Además, se expresa de modo

a la realidad social y a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional».

³² El sujeto activo es aquel que realiza la acción típica. M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 193.

³³ El artículo 2 del Código Penal Militar cumple una función auxiliar para la comprensión de las normas jurídicas integrantes del Código Penal Militar siendo un artículo que contiene un concepto finalista de quienes son los militares con la intención de integrar los tipos descritos en el Código Penal Militar, algo que ya pasaba con el anterior Código Penal Militar de 1985, como se pone de manifiesto por la doctrina del generada con la aprobación de aquel Código. J. L. Martínez-Cardós Ruiz, «Definición de militares», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. por R. Blecua Fraga, Civitas, Madrid, 1988, p. 219.

³⁴ En el anterior Código se definía quien era militar en el artículo 8 del Código Penal Militar de 1985.

³⁵ El artículo 2 del Código Penal Militar. El Código Penal Militar del artículo 2 al 8 ambos incluidos Código Penal Militar se dedica a dar definiciones, señalando qué deba entenderse a efectos de este Código por: «militar, autoridad militar, superior, acto de servicio, enemigo, y orden».

³⁶ Por este motivo nos encontramos con un tipo abierto de remisión a ley extrapenal. *Vid.* M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 119.

³⁷ J. C. Alli Turillas, *La profesión militar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

³⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1986, de 24 de julio, en la que fue ponente de la misma el señor Jiménez Villarejo, se señala «por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos, basado en la permanencia o no de 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

exquisito en la Ley de la Carrera Militar cuando señala que «el objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente»³⁹. Por ello, el militar tiene que dar primacía a los principios éticos, ya que éstos responden a una exigencia de la que hace norma de vida⁴⁰.

La normativa principal donde se determina como se adquiere y pierde la condición de militar se encuentra en la Ley de la Carrera Militar y en la Ley de Tropa y Marinería. En cualquier caso, como requisito previo e indispensable para adquirir la condición de militar en nuestros ejércitos es que se preste ante la Bandera juramento o promesa de defender España⁴¹. El juramento, que se efectuara durante la enseñanza de formación, será público y además solemne⁴².

categorías de órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal efectividad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de esa naturaleza y funciones, y dentro de los límites de la responsabilidad ya señalados [...] Estas consideraciones resultan eminentemente aplicables a los miembros de la Institución militar, a la que la Constitución Española, en su artículo 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 que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar en los terminos señalados, como ya declaro este Tribunal en su Sentencia 180/1995, de 19 de diciembre».

³⁹ Preámbulo de la Ley de la Carrera Militar.

⁴⁰ El artículo 15 de las Reales Ordenanzas de la Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero (BOE núm. 33, de 7 de febrero) dispone referido al militar que «dará primacía a los principios éticos que responden a una exigencia de la que hará norma de vida. De esta forma contribuirá a la fortaleza de las Fuerzas Armadas, garantizará la paz y seguridad».

⁴¹ Este requisito se establece en la propia Ley de la Carrera Militar, en concreto en su artículo 7. 1 que señala que «todo militar tiene el deber de prestar ante la Bandera juramento o promesa de defender a España. Este juramento o promesa se efectuará durante la enseñanza de formación de acuerdo con lo que se establece en este artículo y será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar de carrera, de militar de complemento y de militar de tropa y marinería».

⁴² Artículo 7. 2 Ley de la Carrera Militar señala que «el acto de juramento o promesa ante la Bandera de España será público, estará revestido de la mayor solemnidad y se ajustará a la siguiente secuencia:

El jefe de la unidad militar que tome el juramento o promesa ante la Bandera pronunciará la siguiente fórmula: “¡Soldados! ¡Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente vuestras obligaciones militares, guardar y hacer guardar la Constitución

Actualmente existen tres formas distintas de vincularse profesionalmente como militares a las Fuerzas Armadas. Estas son: 1.º como militar de carrera; 2.º como militar de complemento; 3.º como militar de tropa o marinería.

Respecto al primero «son militares de carrera quienes mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente. Les corresponde asegurar la continuidad y estabilidad de la estructura, el funcionamiento y los valores esenciales de las Fuerzas armadas en el marco constitucional»⁴³.

Los militares de complemento «son oficiales que establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal para atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas»⁴⁴.

Por su parte los militares de tropa y marinería «constituyen la base de las Fuerzas Armadas, establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal y podrán acceder a la condición de militar de carrera»⁴⁵.

Además, también se puede adquirir la condición militar, sin que se produzca una vinculación con las Fuerzas Armadas servicios profesionales, cuando se ingrese como alumnos en centros docentes militares y como reservistas⁴⁶ cuando estos se incorporen a las Fuerzas Armadas⁴⁷.

como norma fundamental del Estado, obedecer y respetar al Rey y a vuestros jefes, no abandonarlos nunca y, si preciso fuera, entregar vuestra vida en defensa de España?».

A lo que los soldados contestarán: “¡Sí, lo hacemos!”.

El jefe de la unidad militar replicará:

“Si cumplís vuestro juramento o promesa, España os lo agradecerá y premiará y si no, os lo demandará”, y añadirá: “Soldados, ¡Viva España!” y “¡Viva el Rey!”; que serán contestados con los correspondientes “¡Viva!”.

A continuación, los soldados besarán uno a uno la Bandera y, posteriormente, como señal de que España acepta su juramento o promesa, desfilarán bajo ella».

⁴³ Artículo 3. 2 Ley de la Carrera Militar.

⁴⁴ Artículo 3. 3 Ley de la Carrera Militar.

⁴⁵ Artículo 3. 4 Ley de la Carrera Militar.

⁴⁶ Los reservistas son los españoles que, en aplicación del Derecho y deber constitucionales de defender a España, pueden ser llamados a incorporarse a las Fuerzas Armadas para cumplir misiones específicas que se les encomienden. Se regulan en el artículo 122 de la Ley de la Carrera Militar, pudiendo ser estos: 1.º voluntarios (de entre 18 a 58 años); 2.º obligatorios: situaciones de crisis (de entre 19 a 25 años); 3.º de especial disponibilidad (una vez finalizado compromiso de larga duración).

⁴⁷ Artículo 5. 7 Ley de la Carrera Militar.

Además «los extranjeros en situación de residencia legal podrán vincularse a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales mediante compromisos de

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier militar aunque no esté funcionalmente encargado de la gestión presupuestaria o económica⁴⁸, ya que en el tipo no se establecen más requisitos para ser sujeto activo que ser militar.

El que el sujeto activo del delito sea «el militar» otorga a este delito la cualidad de ser un delito especial⁴⁹, ya que se trata de alguien designado por sus características concretas como sujeto activo del tipo y no alguien cualquiera. Además, al ser este un delito que no tiene correspondencia con un delito común se trata de un delito especial propio⁵⁰.

carácter temporal como militares de tropa y marinería en los casos y por los procedimientos regulados en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería».

⁴⁸ Sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 11 de abril de 201, de 26 de mayo de 1993, de 15 de octubre de 1997, de 10 de abril del 2000, de 5 de febrero de 2002 y de 14 de diciembre de 2004.

La Sentencia de 5 de febrero de 2002 señala que «el artículo 189 del Código Penal Militar describe en su párrafo primero la conducta típica del militar que solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, y exige el tipo, en forma alternativa, que esa solicitud se lleve a cabo simulando necesidades para el servicio o Derecho económico a favor del personal. No expresa la descripción del tipo del injusto otras exigencias y esta Sala del Tribunal Supremo, en la interpretación del precepto a que está llamada legalmente, ha sentado que todo militar puede cometer la infracción, porque no se requiere en el autor la condición de gestor de los fondos públicos en el ámbito militar a que se refería la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1993, que invoca el recurrido al contestar al escrito de formalización del recurso del Ministerio Fiscal. La línea representada por esta resolución en la que se circunscribe la actividad delictiva a quien, siendo militar, se encargue o cuide del gestionar los asignaciones de dichos créditos, es decir, a los gestores económico-administrativos de los Ejércitos, en virtud de una exigencia no expresada en el tipo pero que se entendió que se desprendería tácitamente de él, según señalaba aquella resolución judicial, pronto fue abandonada por la Sala [...] en la que se declara que la actividad contenida en el tipo puede ser realizada “tanto por un militar que desarrolle funciones de gestión o administración de bienes de la Hacienda Militar, como por cualquier militar que mediante aquella simulación solicite la asignación de un crédito presupuestario para atención supuesta, fingiendo en definitiva, una actividad que realmente no ha realizado”».

⁴⁹ M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 117. Según este autor en los delitos especiales «el sujeto activo no puede ser cualquiera, sino alguien especialmente designado por una cualidad o característica específica».

⁵⁰ Los delitos especiales propios son aquellos que no tienen correspondencia con un delito común, ya que solo pueden ser realizados por aquel que reúna la condición exigida (en este caso el militar), frente a aquellos que sí tienen correspondencia con un delito común en que la conducta descrita por determinadas personas lo convierten en un delito autónomo, en cuyo caso la cualidad del sujeto determina un valor especial que cualifica el comportamiento realizado. Ejemplo de este último caso se encuentra en el

En la actualidad, cada vez se trabaja más con programas informáticos para realizar cualquier tipo de gestión y los ejércitos no escapan tampoco a estos avances tecnológicos, por lo que podría existir dificultad para identificar al sujeto activo de la conducta descrita en el artículo 81 del Código Penal Militar si la actuación se realizara por medios telemáticos. Sin embargo, a pesar de la complejidad de identificar al sujeto, toda actividad que se realiza por medios telemáticos deja tras de sí una huella digital, que será rastreable para perseguir el delito. Además, este tipo de conductas se realizaran con medios militares (puesto informático militar), que normalmente necesitan una clave para su uso, acceso a las instalaciones y con un registro de acceso que suele realizarse por el cuerpo de guardia de la unidad o dependencia donde se acometen las actuaciones, que sin duda ayudaran a la perseguibilidad del sujeto⁵¹.

2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo⁵² sólo puede ser el Estado, cuyo potencial defensivo se pone en peligro con conductas que ponen en riesgo la eficacia de las Fuerzas Armadas, con la posible «desviación de sus recursos para finalidades distintas a las previstas⁵³» y además, se daña la imagen de las Fuerzas Armadas con actitudes desleales y tan opuestas a lo que debe ser el comportamiento de los miembros que integran las Fuerzas Armadas.

artículo 390 con respecto al 392 del Código Penal (Falsificación de documentos). M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 144.

⁵¹ Consecuencia de casos como este es el desarrollo del ciberespacio y por ello, el desafío de la ciberdefensa.

⁵² El sujeto pasivo del delito según Polaino es el titular del bien jurídico protegido en casa tipo legal de delito, sin que deba confundirse con el sujeto sobre el que recae la acción, que es la persona que se constituye como objeto material del delito al sufrir directamente la incidencia de la acción realizada por el sujeto activo, aunque en ocasiones puede coincidir. *Vid.* M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 196.

⁵³ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2012, de 10 de abril del 2000, de 5 de febrero de 2002, entre otras.

C. El objeto material

El objeto material⁵⁴ del tipo es el *crédito presupuestario*, es decir, la hacienda pública en el ámbito militar, ya que la solicitud que se realiza mediante simulación recaería sobre los recursos económicos que el Estado pone a disposición de las Fuerzas Armadas, como aporte necesario para la realización de los fines previstos en el diseño de determinada política⁵⁵ de la Defensa Nacional⁵⁶.

A los créditos presupuestarios se refiere la Ley General Presupuestaria de una manera genérica como «cada una de las asignaciones individualizadas del gasto que figuran en los presupuestos» del sector público administrativo, para cubrir las necesidades para las que son aprobados⁵⁷.

D. La intencionalidad de la solicitud para atención supuesta por simulación

La conducta tipificada tiene dos componentes, la necesidad de que la conducta sea dolosa y realizar la solicitud para atenciones supuestas mediante simulación.

⁵⁴ Por objeto material se entiende aquel sobre el que recae físicamente la conducta delictiva, es decir, el comportamiento típico. M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 197; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 47 y ss.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2012.

⁵⁶ La normativa donde se regula la Defensa Nacional es la Ley Orgánica de Defensa Nacional 5/2005, de 17 de noviembre. Pero en ella no se nos define que se entiende por Defensa Nacional. La anterior ley (Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulaban los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar), sí que nos decía que se entendía por Defensa Nacional. Según la cual «la Defensa Nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución».

⁵⁷ Artículo 35. 1 de la Ley General Presupuestaria 47/2003.

1. Necesidad de que la conducta sea dolosa

Quien realice la conducta tipificada en primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar, debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo del injusto⁵⁸.

Según los planteamientos que aquí se están siguiendo, el dolo⁵⁹ requiere el conocimiento de la situación típica (aunque no el de su prohibición) y el de los elementos objetivos que la configuran, ya sean descriptivos o normativos⁶⁰. El desconocimiento o error sobre la concurrencia de estos elementos excluye el dolo y, por tanto, la tipicidad de este delito.

Puede atestigüarse que el dolo existe desde el momento en que se solicita el crédito presupuestario para atención supuesta. Ello es así porque con la conducta se presupone la conciencia y la voluntad del sujeto activo⁶¹ de aprovechar los cauces legales y reglamentarios establecidos para la consecución de recursos financieros en la actividad de la Administración Militar, con el deliberado propósito de desviarlos de su adecuado destino para atender supuestas necesidades, ya sean estas de personal o de los servicios.

El tipo penal previsto en el artículo 81.1 del Código Penal Militar no prevé más que la forma dolosa, por lo que está absolutamente descartado la posibilidad de admitir la comisión imprudente (art. 12 Código Penal⁶²), que no es más que una manifestación del principio

⁵⁸ C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 199; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 100.

⁵⁹ W. Hassemer, «Los elementos característicos del dolo», en *Anuario de Derecho Público*, 1990, pp. 909 y ss.

⁶⁰ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 267 y ss.; S. Mir Puig, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1994, pp. 9 y ss.; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 104.

⁶¹ El militar.

⁶² Este precepto señala que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

Señala la jurisprudencia que del «sistema de régimen *apertus* de los anteriores códigos penales se ha pasado al de *numerus clausus* o de *clausula especifica* en la punición de los delitos y faltas imprudentes o culposos, lo que supone una limitación del castigo de las conductas meramente imprudentes, aun cuando sean punibles los mismos comportamien-

de legalidad proclamado en la Constitución Española⁶³, en el Código Penal⁶⁴ y en el Código Penal Militar.

En el Código Penal Militar de 2015 se opta por sancionar exclusivamente la comisión dolosa, algo en lo que se debe señalar la irreprochabilidad del Código desde el punto de vista de la política-criminal y su coherencia con el principio de intervención mínima⁶⁵, como ya hiciera su antecesor⁶⁶.

En los delitos de mera actividad⁶⁷, la infracción del deber de cuidado ha de tener como resultado la puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Dicho resultado consistirá en la parte objetiva de la conducta descrita en el tipo de mera actividad. Es necesario que el hecho se cause por la infracción del deber de cuidado y puede imputarse objetivamente a la misma⁶⁸.

2. La actuación de solicitud para atenciones supuestas mediante simulación

La conducta tipificada en el primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar se consuma con la realización de la acción presidida por el elemento subjetivo, sin necesidad de que se produzca un resultado separado espacio-temporalmente de la acción. Se trata, por ello, de un delito de mera actividad⁶⁹. En esta línea se manifiesta Blecua Fraga

tos en su versión dolosa» (Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1997, de 14 de septiembre de 2005 y de 27 de enero de 2009).

⁶³ El artículo 9.3 de la Constitución Española proclama el principio de legalidad.

⁶⁴ Manifestaciones del principio de legalidad se encuentran en los primeros artículos del Código Penal.

⁶⁵ El ámbito penal sólo debe intervenir «en caso de ataques muy graves contra los bienes jurídicos más importantes». *Vid.* R. Vicente Martínez, *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, cit., p. 18; A. Zárate Conde y E. González Campos, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 122 y ss.

⁶⁶ El Código Penal Militar de 1985 ya sancionaba exclusivamente la comisión dolosa, con lo que el texto de 2015 reproduce con buen criterio lo que ya preveía en anterior texto penal militar.

⁶⁷ Los delitos de mera actividad son aquellos en que solo se requiere ejecutar la acción tipificada por el legislador como delito, sin que sea necesario resultado alguno, siendo suficiente la realización de la conducta. *Vid.* M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, cit., p. 115.

⁶⁸ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 265.

⁶⁹ M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 115.

al entender que la consumación del delito se produce en el momento de la solicitud del crédito, sin que se requiera quebranto efectivo de la Hacienda Pública Militar⁷⁰.

La puesta en marcha del dispositivo legal dirigido a la obtención de recursos económicos se convertirá en tal delito si el sujeto activo⁷¹ emplea una simulación, es decir, si realizase un acto con «apariencia de realidad con el que se pretende encubrir una situación ficticia»⁷², con lo que tiene que darse el elemento engañoso o fraude como condición *sine qua non*, sirviéndose el sujeto activo del mismo para intentar provocar el error en la Administración presupuestaria militar. En el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar, esa simulación se dará bien buscando la apariencia de simular necesidades del servicio o bien aparentando que existen derechos económicos a favor del personal.

E. Causas de exclusión de la tipicidad

La tipicidad queda excluida cuando no concurre cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos descritos en el tipo.

La conducta del primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar ha de ser necesariamente dolosa, ya que el que realice la acción debe conocer los elementos objetivos integrantes en el tipo⁷³. Si se cometiera de manera imprudente, ésta acción devendría atípica. Esto se debe a que no se prevé en el Código Penal Militar el castigo de la conducta del primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar mediante imprudencia⁷⁴. Aunque difícilmente se pueda realizar una

⁷⁰ R. Bleuca Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2023.

⁷¹ El militar.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1998. En el mismo sentido se manifiesta R. Bleuca Fraga en «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2023

⁷³ C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 199; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 100

⁷⁴ El artículo 1. 2 del Código Penal Militar establece que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

El artículo 10 del Código Penal señala que «son delitos las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». Por ello, para que exista el delito se requiere que se cumplan los elementos objetivos del tipo penal y las exigencias del dolo o

solicitud de crédito presupuestario mediante simulación para atenciones supuestas consecuencia de la imprudencia. La solicitud deberá realizarse formalmente, bien sea por escrito o mediante un programa informático establecido para ello, en virtud de los cauces reglados que la Administración militar⁷⁵ que previamente tiene determinados.

El delito del artículo 81. 1 del Código Penal Militar, además de ser un delito de mera actividad⁷⁶ debido a que no es necesario para su consumación que se produzca ningún resultado, es un delito de peligro abstracto⁷⁷. Esto se motiva en que es la simple puesta en riesgo de alguno de los bienes jurídicos que se protege en la razón del legislador para desvalorar una presunta situación de amenaza difusa y no concreta. Es el supuesto peligro el motivo de que se prohíba la conducta descrita⁷⁸ y no el posible resultado que originase la acción.

1. *La conducta socialmente adecuada*

En este ámbito, como en casi todos, se puede hablar de un buen número de conductas consideradas como adecuadas, que no generan ni merecen reproche penal alguno⁷⁹ y tampoco, reproche social al respecto.

La doctrina discute el papel que desempeña la adecuación social y si esta debe entenderse como causa que excluye la tipicidad, o más bien, se trata de una causa de justificación⁸⁰.

imprudencia, en los términos del artículo 5 del Código Penal, según el cual no hay pena sin dolo o culpa.

El artículo 13 Código Penal señala que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley. La conducta prevista en el artículo 81.1 del Código Penal Militar no dispone que se castigue si es cometida por imprudencia.

⁷⁵ J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 256 y ss.

⁷⁶ M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 78.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 115.

⁷⁸ El legislador cada vez más tiende a tipificar los delitos de peligro debido a la complejidad de la vida moderna. Ejemplo de ello es el artículo 379 del Código Penal que contiene dos conductas constitutivas de delitos de peligro como son la de conducir a velocidad excesiva o bajo la influencia de sustancias.

⁷⁹ Ello es así por la insignificancia lesiva de la conducta teniendo en cuenta el principio de insignificancia penal de la acción.

⁸⁰ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 227 y ss.

A modo de ejemplo, Polaino Navarrete o Quintero Olivares entienden que la conducta socialmente adecuada es una causa de exclusión de la tipicidad⁸¹. En contra de ello se manifiestan Muñoz Conde y García Arán, que la rechazan como causa de exclusión de la tipicidad⁸².

Entre las conductas que socialmente no merecerían reproche penal alguno se podría citar el caso del jefe de dependencia o sección que tiene en su sección un material útil, como puede ser una impresora, pero solicita una nueva porque se usa demasiado o la existente es lenta, mejorándose el trabajo con una más rápida. Otro posible caso es el de la entrada en una dependencia a sanear, que debido al tránsito de personal o público, se solicita nueva iluminación o mobiliario sin que exista realmente esa necesidad, pero sí supondría una mejora o modernización.

2. *El consentimiento como causa de exclusión para el tipo del artículo 81.1 del Código penal militar*

El consentimiento⁸³ tiene su base en la libertad que el Estado da a los ciudadanos, pudiéndose mediante el mismo eliminar los presupuestos para una imputación objetiva⁸⁴, siempre que el ciudadano titular de su conformidad. El fundamento del consentimiento de la víctima descansa, por tanto, en la ausencia de un interés en la conservación del bien jurídico atacado reconociendo al portador del bien jurídico-penal poder de disposición sobre el mismo.

La consecuencia inmediata es que el consentimiento sólo puede darse respecto de aquellos bienes jurídicos penalmente relevantes, objeto de protección penal de los que el titular de los mismos pueda disponer libremente, limitando la eficacia del consentimiento a bienes jurídicos individuales y no a bienes jurídicos colectivos o comunitarios. En el Derecho penal militar español todos los bienes jurídico-penales tienen

⁸¹ M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 130.

⁸² F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 227 y ss.

⁸³ El consentimiento existe cuando el sujeto pasivo del delito acepta, bajo determinadas condiciones o en determinadas circunstancias, que el autor atente contra el bien jurídico del que es titular. *Vid.* C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 272.

⁸⁴ M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 131.

carácter público y además son totalmente indisponibles⁸⁵, por lo que el consentimiento carece de eficacia alguna⁸⁶.

Al ser objeto de nuestro estudio una serie de preceptos penales en los que el bien jurídico-penalmente relevante es la Hacienda Pública o patrimonio en el ámbito militar, y no ser éste un bien jurídico penal individual, sino que es comunitario, sería imposible que el consentimiento pudiera dar lugar a la exclusión del tipo previsto en el primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar.

3. *El error de tipo*⁸⁷

Es posible que dentro de ese primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar quepa el error de tipo⁸⁸, que sólo sería viable en mi opinión cuando el autor realice la conducta entendiendo que la atención no es supuesta, sino real.

El error sobre los elementos descriptivos del tipo será tratado como error (art. 14 CP). El error sobre los elementos normativos del tipo es cuestión más complicada, por no ser aprehensibles por los sentidos debido a sus características y tratarse de elementos que «aluden a una

⁸⁵ J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General*, cit., p. 364; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 133.

⁸⁶ En este punto existe unanimidad por parte de la doctrina. M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 133.

Recuérdese que el sujeto pasivo del delito sólo puede ser el Estado, cuyo potencial defensivo se pone en peligro con conductas que ponen en riesgo la eficacia de las Fuerzas Armadas con la posible «desviación de sus recursos para finalidades distintas a las previstas» y, además, se daña la imagen de las Fuerzas Armadas con actitudes desleales y tan opuestas a lo que debe ser el comportamiento de los miembros que integran las Fuerzas Armadas.

⁸⁷ En cuanto al error sobre el tipo en el caso del Código Penal Militar español no se tiene ninguna manifestación al respecto, produciéndose como señala Higuera un «absoluto silencio». F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte general*, cit., p. 335.

Al producirse ese silencio al que hacíamos referencia debemos de acudir a la normativa general del Derecho Penal español, es decir al Código Penal Militar, en virtud de la cláusula de salvaguarda que se preveía en el anterior artículo 5 del Código Penal Militar de 1985, hay en el actual artículo 1. 2 del vigente Código Penal Militar.

⁸⁸ C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 206.

realidad determinable por una norma jurídica o social»⁸⁹. Por ello, algún autor señala que «se comprenden en su significación»⁹⁰.

En todo caso, dentro del error de tipo, debe de distinguirse el error sobre los elementos esenciales⁹¹ y aquel otro sobre los elementos accidentales del tipo⁹².

En el caso de que sea un error sobre los elementos esenciales, éste puede ser vencible o invencible. El primero excluye el dolo pero no la imprudencia. En nuestro caso concreto, si el error fuere vencible la conducta realizada sólo podría castigarse en la modalidad de imprudencia. Al no ser esto posible debido a que el Código Penal Militar no recoge el castigo del primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar en la modalidad de imprudencia⁹³, la conducta sería atípica, y se determinaría por tanto la impunidad⁹⁴.

En el caso de ser vencible excluye tanto el dolo como la imprudencia y, a efectos prácticos, en el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar, la consecuencia sería la misma si el error que recae sobre los elementos esenciales fuera vencible o invencible al no castigarse la conducta imprudente.

Difícilmente, como se desprende de la lectura del tipo que se está analizando, se podrá dar el caso en que el autor crea erróneamente que concurren todos los elementos del tipo. En esta hipótesis la conducta sería también atípica y se estaría ante un supuesto de tentativa inidó-

⁸⁹ S. Mir Puig, «La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Derecho penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 20 (1993), p. 202; F. Muñoz Conde, «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. X (1985-1986), p. 317.

⁹⁰ E. Bacigalupo Zapater, *Principios de Derecho Penal*, Parte General, 5.ª edición, Akal, Madrid, 1997, p. 229; y del mismo autor «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Edersa, tomo V, vol. I (1985), pp. 53 y ss.

⁹¹ Es el error sobre los elementos objetivos del tipo básico. M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 207.

⁹² El error sobre los elementos accidentales podría ser sobre los elementos que elevan la penal o sobre los que la disminuyen (básicamente error en las circunstancias agravantes o atenuantes). S. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., pp. 281 y ss.

⁹³ Al respecto, el Código Penal Militar en su artículo 9 define cuales son los delitos militares. Así en su apartado 1.º señala que «son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código».

⁹⁴ S. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 279.

nea⁹⁵, es decir, no se produciría la puesta en peligro del bien jurídico porque la conducta realizada no es adecuada. Los medios empleados son insuficientes para llegar a plasmarse en la amenaza o riesgo que se pretende proteger.

F. Causas de exclusión de la antijuricidad

Comprobado la concurrencia plena del tipo del injusto, es necesario continuar con la teoría del delito y por tanto se avanzará analizando si procede o no alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 20 del Código Penal⁹⁶.

Una conducta típica es antijurídica si se opone al Ordenamiento Jurídico sin la concurrencia de ninguna causa de justificación. Si se apreciase causa de justificación, la conducta realizada en nuestro caso por el militar, ya que este es el único que puede ser sujeto activo de la conducta tipificada en el primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar, sería lícita al no ser antijurídica.

En el Código Penal Militar no se hace referencia alguna a las causas eximentes de responsabilidad criminal a diferencia de lo que ocurría con su antecesor⁹⁷. Esto da lugar a que se apliquen todas las causas de justificación previstas en el Código Penal en virtud de lo que se dispone en el artículo 1.2 del Código Penal Militar⁹⁸, al haber optado el legislador por un sistema de remisión a la parte común⁹⁹,

⁹⁵ Ya que sería un supuesto de «error al revés». S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 280; Se trata del caso en que la conducta realizada no es adecuada para poner en riesgo o peligro el bien jurídico. *Vid.* M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 339.

⁹⁶ El artículo 1.2 del Código Penal Militar señala que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código».

⁹⁷ El artículo 21 del Código Penal Militar de 1985 señalaba que «serán de aplicación las causas eximentes de responsabilidad criminal previstas en el Código Penal».

⁹⁸ El artículo 1.2 del Código Penal Militar señala que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente código. En todo caso será de aplicación el Título preliminar del Código Penal».

⁹⁹ Ya en la antigua Exposición de motivos que contenía el proyecto del Gobierno del Código Penal Militar (suprimida por el Senado) que desembocó en el Código Penal Militar de 1985 se señalaba que las causas de justificación del Derecho penal común son lo «suficientemente elásticas» para que sean aplicadas al Derecho penal militar.

como una de las características principales del Código Penal Militar, al ser ley especial¹⁰⁰.

1. Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad¹⁰¹ puede darse cuando se intentan proteger bienes jurídicos supraindividuales siempre que se den los requisitos del artículo 20.5 del Código Penal. Entre esos requisitos se encuentra la gran desproporción que debe producirse entre los bienes jurídicos en conflicto¹⁰². Al tener los militares un deber de sacrificio impuesto por la propia profesión, no parece viable que se llegue a la situación de desproporción necesaria para la aplicación de esta causa de justificación.

¹⁰⁰ Esta idea viene señalada en el preámbulo del vigente Código Penal Militar de 2015 (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2015), y no es más que la manifestación de la antigua cláusula de salvaguarda del derogado artículo 5 del Código Penal Militar de 1985 según el cual «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su peculiar naturaleza y no se opongan a los delitos del presente Código».

¹⁰¹ Se regula en el artículo 20.5 del Código Penal como causa de exención de la responsabilidad criminal para los casos en los que el sujeto, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber siempre que concurren dos requisitos:

Situación de peligro objetivo, real y actual para un bien jurídico propio o ajeno, ante el cual, el Ordenamiento Jurídico permite la lesión típica de otros intereses jurídicamente tutelados,

Siempre que sea la única opción para salvar los primeros.

El conflicto se tiene que dar entre bienes desiguales, sacrificándose el que tiene menor valor.

Vid. M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., pp. 152 y ss.; M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 256 y ss.

¹⁰² Incluso en la tipificación de determinadas conductas donde los supuestos de estado de necesidad son verosímiles la jurisprudencia es reacia a la aplicación de esta eximente para delitos militares, a pesar de responder con frecuencia a circunstancias de necesidad personal o familiar en que debe de estar excluida la antijuricidad. A. Millán Garrido, *El delito de desertión militar*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 132 y ss.; J. M. García Labajo, «el delito de desertión», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. por R. Bleuca Fraga, Civitas, Madrid, 1988, p. 1524.

2. *Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*

El único caso para que se de ésta causa de justificación, sería a través del órgano tramitador, es decir, cuando se presenta una solicitud de crédito presupuestario debe introducirse en el sistema mediante su registro y posterior inclusión en el SIMENDEF¹⁰³, para enviarlo al órgano competente para su gestión. En este caso, el tramitador sólo cumple su trabajo y tramita el documento que se le presenta. Al no presentar solicitud alguna y realizar exclusivamente la función encomendada, tampoco se encontraría dentro de la acción prevista en el tipo del primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar. Por ello, ésta causa de justificación en cualquiera de sus vertientes jamás se podrá dar en el caso previsto en el primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar.

3. *Legítima defensa*¹⁰⁴

Quien se defiende de una agresión actual y antijurídica, actúa conforme a Derecho. En este caso no se debe olvidar que se trata de una conducta tipificada que pretende proteger un bien jurídico común a todas las infracciones contra la hacienda o patrimonio en el ámbito militar¹⁰⁵ y otros propios de este precepto¹⁰⁶ y que se está ante bienes jurídicos de una naturaleza supraindividual. La consecuencia es que, como acertadamente manifiesta Cerezo Mir, los bienes jurídicos supra-

¹⁰³ Sistema de mensajería informático del Ministerio de Defensa.

¹⁰⁴ El artículo 20.4 Código Penal se refiere a esta circunstancia eximente al señalar que «están exentos de responsabilidad criminal: [...] 4.º el que obre en defensa de la persona o Derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

¹⁰⁵ Que no es otro que la hacienda pública o el patrimonio en el ámbito militar, es decir los recursos materiales y económicos puestos a disposición de las Fuerzas Armadas para que puedan cumplir las altas funciones que las mismas tienen encomendadas.

¹⁰⁶ La lealtad e imparcialidad del militar, la probidad del funcionario público militar.

individuales no son susceptibles de la legítima defensa¹⁰⁷, si el peligro que se trata de prevenir es remoto o no resulta daño alguno para el particular, como es el caso del supuesto del artículo 81.1 del Código Penal Militar.

G. La culpabilidad

Analizados los dos primeros elementos de la teoría del delito (la tipicidad y la antijuricidad), se examinará en esta sede el siguiente de los elementos de la teoría del delito, la culpabilidad. Para que se dé este elemento es necesario que exista, por parte de quien comete la conducta típica y antijurídica, la conciencia potencial de la antijuricidad y la exigibilidad de la conducta conforme a la norma.

1. Conciencia potencial de la antijuricidad y error de prohibición

Toda conducta dolosa presupone, en el caso del párrafo primero del artículo 81.1 del Código Penal Militar, la conciencia y la voluntad del sujeto activo de aprovechar los cauces legales y reglamentarios establecidos para la consecución de recursos financieros en la actividad de la Administración, con el deliberado propósito de que esto ocurra.

Para que exista la culpabilidad es necesario que por parte del sujeto activo del delito se tenga la conciencia de la antijuricidad, esto es, que se tenga conocimiento o la posibilidad de conocimiento de que la conducta que se realiza está prohibida por la norma penal¹⁰⁸.

El desconocimiento de un elemento fundamentador del injusto constituye un error sobre el tipo¹⁰⁹, pero si, siendo correcta la repre-

¹⁰⁷ J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General*, cit., p. 338 y ss.; en el mismo sentido se manifiesta Polaino Navarrete en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 149.

¹⁰⁸ J. Córdoba Roda, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Boch, Barcelona, 1962; F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 385 y ss.; S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 543.

¹⁰⁹ Es posible que dentro de ese primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar quepa el error de tipo, que sólo será posible en mi opinión cuando el autor realice la conducta entendiendo que la atención no es supuesta, sino real.

El error sobre los elementos descriptivos del tipo será tratado como error (art. 14 CP). El error sobre los elementos normativos del tipo es cuestión más complicada, ya

sentación sobre los elementos del tipo, se realiza una valoración jurídica equivocada de ellos, se estaría ante un error de prohibición¹¹⁰. Si el autor realiza el acto con error de antijuricidad¹¹¹, es decir sin conciencia de la antijuricidad, se estaría ante un error de prohibición y se aplicaría el artículo 14.3 del Código Penal. El error sobre la existencia, presupuestos o extensión de las causas de justificación da lugar al error de prohibición¹¹². El artículo 14.3 Código Penal señala que «el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados». Difícilmente se podrá estar ante un error de prohibición en el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar. Se presupone que el militar debe conocer cuáles son las facultades de que dispone, los derechos que se le otor-

que no son aprehensibles por los sentidos debido a sus características, ya que se trata de elementos que «aluden a una realidad determinable por una norma jurídica o social», por ello algún autor señala que «se comprenden en su significación».

En todo caso dentro del error de tipo debe distinguirse el error sobre los elementos esenciales y aquel otro sobre los elementos accidentales del tipo.

En el caso de que se esté ante un error sobre los elementos esenciales, este puede ser vencible o invencible. El primero excluye el dolo, pero no la imprudencia. En el presente caso concreto, si el error fuere vencible la conducta realizada sólo podría castigarse en la modalidad de imprudencia. Al no ser esto posible debido a que el Código Penal Militar no recoge el castigo del primer apartado del artículo 81 del Código Penal Militar en la modalidad de imprudencia la conducta sería atípica, y se determinaría por tanto la impunidad. En el caso de ser vencible excluye tanto el dolo como la imprudencia, y a efectos prácticos en el caso del artículo 81. 1 del Código Penal Militar la consecuencia sería la misma si el error que recae sobre los elementos esenciales fuera vencible o invencible al no castigarse la conducta imprudente.

Difícilmente, como se desprende de la lectura del tipo que estamos analizando, se podrá dar el caso de que el autor crea erróneamente que concurren todos los elementos del tipo, en que la conducta sería también atípica y estaríamos ante un supuesto de tentativa inidónea.

Vid. M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 206; S. Mir Puig, «La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Derecho penal», cit., p. 202; F. Muñoz Conde, «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», cit., p. 317; J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General*, cit., p. 335.

¹¹⁰ C. Roxin, *Derecho penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 462 y ss. Roxin señala que los elementos normativos podrían situarse tanto en el tipo como en la antijuricidad, de tal manera que dependiendo del caso si se produjera un error podríamos estar ante un error de tipo o ante un error de prohibición.

¹¹¹ Error de prohibición.

¹¹² El error de prohibición debe probarse, no es suficiente su mera invocación.

gan y los cauces reglados para reclamarlos o solicitarlos¹¹³, algo que se deriva de la posición que el militar tiene porque no es un empleado público cualquiera¹¹⁴.

2. Exigibilidad de que la conducta sea adecuada a la norma

Existen casos en que el Derecho entiende que no es exigible una conducta, y excluye por ello la culpabilidad¹¹⁵.

El artículo 1.2 del Código Penal Militar remite al Código Penal, consecuencia de la complementariedad que preside el texto penal militar. Por ello, se aplicarán las circunstancias previstas en el artículo 20 de la norma común.

La Exposición de Motivos¹¹⁶ del proyecto originario del Código Penal Militar de 1985, que fue suprimida por el Senado, decía que

¹¹³ Máxime si se tienen en cuenta que hoy en día en todos los planes de estudio de la enseñanza de formación e incluso la de perfeccionamiento se imparten conferencias referentes a los Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas para que sepan cómo actuar en todo momento y como solicitar o llevar a cabo las distintas peticiones. En todas las unidades, además, existen continuamente diferentes conferencias informativas, así como negociados para informar cómo realizar las gestiones para el ejercicio de los distintos Derechos. Un ejemplo de ello es la Oficina de Información al Soldado o el Observatorio de la vida militar para la igualdad.

¹¹⁴ El plasmar, por parte del constituyente, a las Fuerzas Armadas en el Título preliminar de la Constitución Española y en otorgarle a las mismas funciones de tal envergadura, obliga a que los componentes de las mismas estén sujetos sin lugar a dudas, a una situación de sujeción especial que pueda ser incluso más acentuada que la prevista para otros servidores públicos.

Los valores militares o la ética militar, dan lugar a entender que existe una peculiaridad o particular naturaleza en el militar, a la que se ha referido incluso el Tribunal Constitucional cuando señala que «...la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que se destaca la condición o estatus del militar, como particular manera de ser o de formar muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, cual, sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar que no acepta los móviles que estima deshonorosos ya que inciden en el sistema de disciplina y respecto por el que se rige, y que es preciso reservar...» (Auto del Tribunal Constitucional 446/1984).

¹¹⁵ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 569 y ss.; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., pp. 157 y ss.

¹¹⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-IV, de 5 de noviembre de 1985, pp. 1866/135 y ss.

«las causas de inimputabilidad no planean dificultades particularidades especiales en la órbita del Derecho Penal Militar, porque o se tiene la capacidad de culpabilidad o no se tiene y con que nos diga el Código Penal quienes la tienen y quienes no la tienen debe bastar».

En el caso concreto del artículo 81.1 del Código Penal Militar no hay particularidades a destacar para el estado de necesidad exculpante¹¹⁷, ni para el miedo insuperable¹¹⁸.

Respecto a la minoría de edad¹¹⁹ (que es causa de inimputabilidad) se destaca que dicha causa de exención de responsabilidad criminal, en la actualidad no puede ser aplicada a los militares. El artículo 56.3 de la Ley de la Carrera Militar establece que la edad para acceder a la condición de militar es la de dieciocho años. Además, con ello se sigue lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados¹²⁰. En ella se establece como la edad mínima para participar en hostilidades, reclutamiento forzoso de los gobiernos y para todo tipo de reclutamiento por parte de grupos armados la de dieciocho años¹²¹. Por ello, en España no es posible que un menor de edad sea militar.

¹¹⁷ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 448 y ss.; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., pp. 173 y ss.

¹¹⁸ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 608 y ss.; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 175.

¹¹⁹ El Código Penal señala en su artículo 19 que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

¹²⁰ A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 (entrada en vigor el 12 de febrero de 2002).

¹²¹ Por su parte, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se define todo reclutamiento de menor de 15 años como «crimen de guerra» [artículo 26.2.b), XXVI], que sea realizado por gobiernos o grupos armados, ya sea en conflictos armados nacionales como internacionales.

H. Formas de aparición del delito

1. Tipos de imperfecta realización. Actos preparatorios punibles y tentativa

Desde que se empieza a realizar la conducta típica hasta la consumación de la misma se producen fases y ello se suele llamar *iter criminis*.

El artículo 81.1 del Código Penal Militar es un delito de mera actividad¹²². En esta clase de delitos el contenido material del desvalor es distinto que en aquellos en el que el resultado es una lesión de un bien jurídico. En esta infracción lo que se produce es una puesta en peligro del bien jurídico protegido. En los delitos de mera actividad no es necesario que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta¹²³. En esta clase de infracciones la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva¹²⁴.

El delito tiene su comienzo con la conducta humana en el pensamiento de su autor. Es lo que se conoce con el nombre de «fase interna» y esta fase interna no es objeto de castigo por parte del Derecho hasta que no empiece a darse la «fase externa». En esa fase externa se debe hablar de dos subfases que se suceden. La primera de ellas será la de los actos preparatorios y la segunda es el momento de la ejecución.

El Código Penal Militar parte, al igual que el Código Penal, del principio de impunidad de los actos preparatorios con carácter general. Excepcionalmente se sancionaran la conspiración, la proposición y la provocación (arts. 17 y 18 CP). Pues bien, en el caso de la conducta descrita en el artículo 81.1 del Código Penal Militar no se establece ningún caso de acto preparatorio punible.

Por su parte, una vez que se inicia la fase ejecutiva se tendrá que tener en cuenta que es el periodo en la que se podría producir la tentativa, es decir, se está en el momento en el que el autor pasa la subfase de

¹²² Los delitos de mera actividad son aquellos en los que para que se produzca la consumación únicamente requiere la ejecución o inexecución de una determinada acción, tipificada como delito por el legislador. No se exige ningún resultado, bastando por tanto con que se realice la conducta tipificada. M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 146; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 115.

¹²³ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 231; M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 146; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 115.

¹²⁴ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 264.

los actos preparatorios y se inicia la fase ejecutiva. Por tanto, la tentativa abarcaría el periodo que comienza desde que se sobrepasa la subfase de actos preparatorios hasta que se llega a la consumación.

En mi opinión, la tentativa no es posible en el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar¹²⁵. Ello es debido a que se trata de un delito de mera actividad y de consumación instantánea¹²⁶. El delito se perfecciona con la simple solicitud, es decir, debe presentarse un documento de petición de crédito presupuestario (la solicitud) y simplemente con esa solicitud en la que simulan necesidades del servicio o derechos económicos a favor del personal se está consumando el delito¹²⁷. Por ello, no existe margen alguno para que se deje de dar la consumación. Cuando

¹²⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 11 de abril de 2012, entiende que si no se produce la solicitud formal no se produce la acción descrita en el tipo y que no es posible la tentativa. Sin embargo, Pignatelli Meca formula un voto particular a la misma entendiendo que si es posible la tentativa. Según Pignatelli en el caso de un Teniente Coronel Jefe de Unidad «quería llevar a cabo la total consumación del hecho, logrando que se le asignaran créditos, o, mejor, que se le permitiera aplicar los de vida y funcionamiento que estaban a su disposición, para sufragar la obra de nueva planta que se había realizado por su sola voluntad de disponer de vivienda, así como que había el mismo llevado a cabo todos cuantos actos resultaban precisos para consumir el delito, actos que culminan con el mensaje [...] al General Jefe en el que se formula, a mi entender, solicitud de crédito presupuestario —en realidad— solicitud para malversar los fondos de vida y funcionamiento que estaban a su disposición. [...] como bien razona, a mi juicio, la Sala de instancia la actuación del hoy recurrente tenía por finalidad obtener el resultado defraudatorio que le tipo configurado en el artículo 189 del Código Penal Militar conmina y para ello llevó a cabo el proceso de ejecución, desde su comienzo hasta su terminación con el mensaje» del General «sin consumación por razón por razón de que el 23 de julio siguiente la superioridad le reiteró la orden de paralización de las obras que había cursado [...] Concurren pues, todos los elementos del tipo de tentativa, a saber, la ejecución total no seguida de consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, la voluntad de este de consumación y la ausencia de desistimiento voluntario del actor».

Mata Tejada, también cree que es posible la tentativa en este delito al señalar que «cabe la tentativa en el caso de que el sujeto haya preparado la oportuna reclamación de haberes, pero no haya ésta llegado a tener curso oficial por descubrirse a tiempo su inexactitud», *vid.* F. J. Mata Tejada, «Solicitud de crédito presupuestario para atenciones supuestas», *cit.*, p. 456.

¹²⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2011, de 26 de mayo de 1993, de 15 de octubre de 1997, de 10 de abril del 2000, de 5 de febrero de 2002, y de 14 de diciembre de 2004.

¹²⁷ Siempre que la solicitud sea de crédito presupuestario para atenciones supuestas mediante la simulación de necesidades del servicio o Derecho económicos a favor del personal.

se dan todos los actos ejecutivos siempre se producirá la consumación. Si se da la ejecución parcial no se presenta la solicitud y por tanto no se inicia la conducta descrita en el tipo.

2. Consumación

La consumación del delito se produce en el momento de la solicitud del crédito¹²⁸, sin que se requiera quebranto efectivo de la Hacienda Pública o patrimonio en el ámbito militar¹²⁹, con lo que no se requiere la lesión del bien jurídico-penal protegido sino sólo y exclusivamente su puesta en peligro¹³⁰.

Al tratarse de un delito de mera actividad¹³¹, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de resultado, el tipo se agota simplemente con la realización de la acción, es decir, de la conducta de solicitar crédito presupuestario para atenciones supuestas mediante simulación de necesidades del servicio o derechos económicos a favor del personal aunque sí, al menos idealmente, debe ser lesiva del bien jurídico sin que se tenga que producir resultado alguno o peligro real.

I. Autoría y participación¹³²

1. La autoría. Autoría mediata y coautoría

Encuentra su regulación en las normas comunes, es decir en el artículo 28 del Código Penal, por medio del artículo 1.2 del Código Penal Militar¹³³, con lo que se siguen las reglas generales.

¹²⁸ R. Bleuca Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2023.

¹²⁹ F. J. Mata Tejada, «Solicitud de crédito presupuestario para atenciones supuestas», cit., p. 456.

¹³⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2011 y de 14 de diciembre de 2004, entre otras.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1993 de 5 de febrero de 2002.

¹³² El Código Penal Militar anterior, el de 1985 regulaba el encubrimiento como una forma más de participación en su artículo 23, algo que difiere totalmente con los criterios de técnica y política criminal de la ciencia penal actual, y que desde 1995 con la aprobación del Código Penal desaparece de la normativa penal común.

¹³³ Según este artículo 1.2 del Código Penal Militar, «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

En cuanto a la autoría mediata, esta no se puede dar en el supuesto del artículo 81.1 del Código Penal Militar, porque se trata de un delito especial de propia mano, es decir, el autor (el militar) tiene que cometer la conducta él mismo¹³⁴.

Respecto a la autoría y coautoría no existen particularidades dignas de mención en esta sede.

2. La participación (la inducción, la cooperación necesaria y no necesaria)

Para hacer responder a un partícipe criminalmente es necesario que el autor principal realice el hecho típico y antijurídico. En España rige el principio de accesoriidad limitada en materia de participación¹³⁵. Según la doctrina, la participación en el delito presenta un particular interés en el caso de los delitos especiales¹³⁶ como es el presente caso.

En este sentido, no existen particularidades respecto a la cuestión de la participación, excepto para la figura del *extraneus*, es decir, el sujeto que no reúne la cualidad exigida en el tipo penal¹³⁷.

Respecto a la inducción, en la misma se exige una incitación directa, es decir, una relación inmediata entre inductor e inducido de forma que se conduzca desde el inductor al inducido a la realización del delito

¹³⁴ J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General*, cit., pp. 371 y ss.

¹³⁵ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 396 y ss.; R. Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003. En la jurisprudencia destacan las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994, de 3 de abril de 1996, de 10 de enero de 1997, de 20 de mayo de 1996, la de 12 de febrero de 1997 y la de 14 de mayo de 1998, entre otras.

¹³⁶ «Delitos especiales en sentido estricto son aquellos en que las particularidades del sujeto activo delimitan el tipo de injusto de la infracción, mientras que los delitos especiales en sentido amplio, tales características fundamentan solo una especial irreprochabilidad». Vid. J. López Barja de Quiroga, «La participación y los delitos especiales», en *Problemas de autoría*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pp. 135 y ss.; S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 231 y 401 y ss.; E. J. Pérez Alonso, *Teoría general de las circunstancias. Especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, Madrid, 1995, pp. 223 y ss.

¹³⁷ M. Abanto Vázquez, «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber», en *Revista Penal*, núm. 14 (2004), p. 4.

concreto¹³⁸, sin que se requiera que exista la culpabilidad del autor por falta de dolo o se dé en él causa de impunidad al seguirse el principio de accesoriidad limitada o media, siendo por ello suficiente que el hecho principal sea típicamente antijurídico¹³⁹. En cuanto a la cooperación necesaria podrá darse en virtud del artículo 28¹⁴⁰ del Código Penal sin circunstancias resaltables, al igual que la complicidad¹⁴¹

El artículo 81.1 del Código Penal Militar es un delito especial de propia mano porque el autor del hecho sólo puede ser un militar. Además, no tiene equivalente en la normativa penal común. En este sentido, en cuanto a la participación de un *extraneus*¹⁴², como no existe figura delictiva paralela en el Código Penal, es imposible castigar al participe por un delito común y menos aún por el Código Penal Militar en virtud del principio de legalidad¹⁴³.

¹³⁸ A modo de ejemplo, un militar (A), convence a otro militar (B) para que realice la solicitud.

¹³⁹ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) de 12 de mayo de 1992, de 22 de marzo del 2000, de 30 de abril de 2003, de 12 de diciembre de 2007, entre otras.

¹⁴⁰ Artículo 28.b) Código Penal.

Se dará cuando haya aportación de una conducta sin la que el delito no se hubiera cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se contribuye con algo escaso, pero no fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir que la infracción siga retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), todas ellas aplicables (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1995, de 10 de junio de 1992 y de 25 de octubre de 2007).

¹⁴¹ El artículo 29 Código Penal señala que «son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

¹⁴² El sujeto que no reúne la cualidad exigida en el tipo penal, frente al *intraneus*, que es el que si reúne la cualidad que se establece en el tipo penal.

¹⁴³ J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General*, cit., p. 379 y ss. El principio de legalidad es fundamental para entender el sistema jurídico penal del momento y se encuentra recogido a lo largo del Título Preliminar del Código Penal Militar y en el artículo 1 del Código Penal Militar. Además, se recoge expresamente en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Se sigue la teoría del dominio del hecho, dándose en el presente supuesto la ruptura del título de imputación. *Vid.* J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Autoría, participación y formas de ejecución en el Derecho Penal Militar», en *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 259 y ss.

J. Problemática concursal

En materia concursal se debe hacer referencia a que no existe por el momento ni una sola sentencia del Tribunal Supremo en la que se establezca concurso de normas o delitos con el artículo 81.1 del Código Penal Militar¹⁴⁴, ni a su inmediato antecedente¹⁴⁵.

En el caso de que se produjera un concurso de normas¹⁴⁶ o leyes serían de aplicación las reglas generales previstas en el artículo 8 del Código Penal, excepto la especialidad que se prevé en el artículo 1.3 del Código Penal Militar¹⁴⁷, consistente en aplicar la norma que sancione con mayor pena.

Este supuesto podrá ocurrir con los delitos de malversación de caudales públicos regulado en el Código Penal (arts. 432 y ss.) dadas las conductas requeridas para que se dé la tipicidad de la malversación con el aumento de acciones tras la última reforma del Código Penal. Con ella, pasa esta figura de estar compuesta por conductas de sustracciones¹⁴⁸ o de distracciones¹⁴⁹, a añadirse¹⁵⁰ la modalidad de administración desleal¹⁵¹.

¹⁴⁴ Esto se produce por la reciente entrada en vigor del Código Penal Militar (que entro en vigor, a los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, el jueves 15 de octubre de 2015).

¹⁴⁵ Esto se debe a las escasas sentencias que tenemos en el antecesor al artículo 81 del Código Penal Militar (el artículo 189 del Código Penal Militar de 1985) que se han pronunciado sobre cuestiones de esta envergadura.

¹⁴⁶ En materia de imposición de la pena se aplicarían los criterios del artículo 73 Código Penal.

¹⁴⁷ El artículo 1.3 del Código Penal Militar señala que «cuando una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar».

¹⁴⁸ Tradicionalmente la malversación respecto al bien jurídico protegido ha tenido doble naturaleza. Por un lado, es un delito contra la Administración Pública y por otro, en cuanto a su contenido es un delito contra el patrimonio (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 400/2007, de 17 de mayo). El bien jurídico protegido no es sólo el patrimonio público, junto con la confianza de los ciudadanos en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servido de los funcionarios que de ellos disponen (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2003, de 23 de junio de 2003, de 5 de abril de 2003, de 5 de febrero de 2008, entre otras).

¹⁴⁹ Algunos autores como Rodríguez Devesa, Cantos Guerrero o Mata Tejada señalan que es posible que pueda existir concurso de leyes con la malversación regido por el principio de consunción, cuando el que reclama los haberes llega a consumir su propósito de obtener un provecho ilícito. F.J. Mata Tejada, «Solicitud de crédito presupuestario para atenciones supuestas», cit., p. 457 y ss.

En cuanto al concurso de delitos¹⁵² es posible que se dé con la falsedad documental (arts. 390 y ss. CP) dado que se protegen bienes jurídicos diferentes¹⁵³. Al respecto, se debe tener en cuenta que normalmente la solicitud de crédito presupuestario debe de ir acompañada de documento justificativo, es decir, si se solicita el derecho económico a indemnización por traslado, se tendrá que presentar la factura de la empresa de mudanzas. En este supuesto se estaría ante un concurso medial. Esto se debe a que la falsedad documental sería el medio o condición para cometer el delito previsto en el artículo 81.1 del Código Penal Militar¹⁵⁴.

También es posible el concurso de delitos con el artículo 65 del Código Penal Militar¹⁵⁵ referido a la extralimitación del militar en el ejercicio del mando.

¹⁵⁰ Desde la modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015.

¹⁵¹ El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 señala que «la malversación contiene en realidad una modalidad de administración desleal, que sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de fondos públicos y en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público».

¹⁵² Se produce si por una misma acción se realizan simultáneamente dos tipos legales de delito, es decir una pluralidad de delitos (concurso ideal) o cuando una infracción penal es medio necesario para la comisión de otra (concurso medial). En estos supuestos se aplicarían las reglas penológicas que se establecen en el artículo 77 del Código Penal.

¹⁵³ El bien jurídico que se pretende proteger en los delitos de falsedades es la seguridad del tráfico jurídico, con especial incidencia en los medios probatorios, o si se prefiere, la fe y confianza de los ciudadanos y de las instituciones en que se puede actuar jurídicamente fundándose en la adecuación de los documentos a la realidad, crédito que merecen los documentos en las relaciones sociales y en la convivencia organizada. La seguridad del tráfico jurídico, su fluidez y la posibilidad de que las relaciones sociales, y particularmente las comerciales, se funden en los principios de la buena fe y confianza a partir de los documentos que con tal fin se utilizan se utilizan, pues la creación o manipulación ilegítima de documentos, aparentando una realidad inexistente, son un ataque al tráfico fiduciario y a la fe pública (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo 2002, de 7 de junio de 2006, de 16 de marzo de 2010).

En este supuesto se aplicaría el artículo 77 del Código Penal.

¹⁵⁴ F. J. Mata Tejada, «Solicitud de crédito presupuestario para atenciones supuestas», cit., p. 457 y ss.; R. Bleuca Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2023; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 258.

En este supuesto se aplicaría el artículo 77.3 Código Penal.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 13 de abril de 2013. Esta Sentencia se refiere al artículo 138 del Código Penal Militar de 1985 en relación con el

K. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Se trata de situaciones que están alrededor de la conducta o dan lugar a situaciones especiales del autor que modulan la pena a aplicar pudiendo ser atenuantes o agravantes¹⁵⁶. Destaca respecto de la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que las mismas deben estar tan probadas como los hechos mismos¹⁵⁷.

1. Circunstancias privilegiadas (atenuantes)

En cuanto a las circunstancias atenuantes el Código Penal Militar establece sólo una circunstancia atenuante específica en el artículo 10 y el resto de circunstancias son las previstas en la normativa penal común en virtud de la remisión a la que hace referencia el artículo 1.2 del Código Penal Militar.

La circunstancia privilegiada específica¹⁵⁸ prevista en la norma penal militar es «la de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que haya producido en el

artículo 189 del anterior texto penal militar, antecedentes al actual artículo 65 y 81 del Código Penal Militar.

El artículo 138 del Código Penal Militar anterior señalaba que «el militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión».

El artículo 65 del Código Penal Militar actual señala que «el militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado...».

¹⁵⁶ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 544 y ss.; Mir Puig hace referencia a que las circunstancias modificativas distinguen al Código español de otros sistemas legislativos como son el francés o el alemán, S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 614.

El Código Penal recoge estas circunstancias en los artículos 21, 22 y 23.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 9 de marzo de 2010.

¹⁵⁸ En el anterior Código Penal Militar de 1985 se establecían dos atenuantes específicas, una de las cuales ha desaparecido, ambas se regulaban en el derogado artículo 22 del Código Penal Militar. La que ha desaparecido en este Código Penal Militar actual es la de «para las clases de tropa y marinería no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas». Esta circunstancia atenuante ha sido conocida en la doctrina jurídica militar española con el nombre de atenuante de «breve estancia en filas». E. Caderón Susín, «Circunstancias “eximentes, atenuantes y agravantes”», en *Comentarios al Código penal militar* coord. por R. Blecua Fraga, Civitas, Madrid, 1988, p. 428.

sujeto arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante»¹⁵⁹. La misma, como opina Calderón Susín, tiene un campo de aplicación lógico en los delitos de insubordinación¹⁶⁰, de hecho se introdujo por vez primera en el Derecho militar español en el Código de Justicia Militar de 1890 circunscrita a los delitos de «insulto de obra a superior», aunque se generalizó con la norma de 1945. Esta atenuante ninguna particularidad entraña debido al paralelismo existente con la circunstancia común¹⁶¹ y, por tanto, con similar interpretación.

En cuanto a las circunstancias de atenuación generales previstas en el Código Penal, en su artículo 21, sólo podrán ser viables la confesión y la reparación del daño causado, si es que éste llega finalmente a producirse.

Para que la confesión tenga validez como circunstancia atenuante la Sala Quinta del Tribunal Supremo exige un requisito objetivo y un requisito temporal¹⁶². El primero consiste en que la confesión se efectúe

Esta circunstancia no fue nunca aplicada a objetos de este estudio (delitos contra la hacienda en el ámbito militar), y la última vez que se apreció para otros delitos antes de su derogación fue en el año 2002 en las Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 24 de julio de 2002 y de 24 de noviembre de 1999.

En este sentido se debe decir que si podrá darse ya que para la tropa la condición de militar se obtendrá al obtener el empleo de soldado o marinero tras superar el periodo de formación general militar y firmado el compromiso inicial (artículo 4 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de tropa y marinería. En idéntico sentido para los oficiales y suboficiales se pronuncia el artículo 78 de la Ley Carrera Militar). Para los oficiales y suboficiales alcanzarán la condición de militar tras ser nombrados alumnos estando desde entonces sujetos a las leyes penales militares (art. 67 Ley de la Carrera Militar).

¹⁵⁹ La jurisprudencia entiende como requisitos para aplicar esta circunstancia eximente: a) que el sujeto tenga disminuida su capacidad cognitiva o volitiva como consecuencia de una alteración afectiva del carácter pasional o emocional; b) que la alteración haya sido provocada por la actuación injusta de un superior; c) que la provocación o actuación injusta del superior sea de gravedad suficiente para desencadenar normalmente un disturbio o desequilibrio afectivo; d) que la provocación o actuación injusta haya precedido inmediatamente a la reacción delictiva del inferior para el que se pretende una aminoración de la responsabilidad criminal.

¹⁶⁰ E. Caderón Susín: «Circunstancias “eximentes, atenuantes y agravantes”», cit., pp. 433 y ss.

¹⁶¹ El artículo 21 del Código Penal señala como circunstancia atenuante en su punto 3.º «la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante».

¹⁶² M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 200; M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 420 y ss.

ante autoridades judiciales o gubernativas, de forma veraz, sin ocultar datos relevantes. En cuanto al requisito temporal se concreta en que la confesión se debe realizar antes de que el autor conozca que el procedimiento judicial se dirige contra él¹⁶³.

Respecto a la atenuante de reparación del daño causado¹⁶⁴ no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable del delito, sino que es apreciable en cualquier momento del procedimiento, con la fecha límite de celebración del juicio¹⁶⁵. En el caso del artículo 81.1 Código Penal Militar, dada la propia naturaleza del precepto, es difícil que se pueda dar esta circunstancia atenuante, debido a que es un delito de peligro y no de resultado, pudiendo darse el caso que se aplique si finalmente se produce el quebranto a los recursos económicos del Estado en el caso de que prosperase la solicitud inicial.

2. Circunstancias cualificadas (agravantes)

Sólo son posibles las circunstancias sexta del artículo 22 del Código Penal, y la reincidencia, prevista en el artículo 10.2 del Código Penal Militar. La circunstancia séptima del artículo 22 del Código Penal¹⁶⁶ no es de aplicación, ya que es inherente a los delitos de funcionarios públicos (el militar es funcionario público, pero militar y no civil), por lo que no es apreciable para los militares como servidores públicos que son¹⁶⁷.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 27 de abril de 2004, que se apoya en otras Sentencias de la Sala Segunda, de 27 de septiembre de 1996, de 30 de noviembre de 1997, de 7 de febrero de 1998. Por lo que los requisitos en orden a la complementariedad son los mismos que los de la de la Sala de lo Penal.

¹⁶⁴ J. Cuello Contreras y B. Mapelli Caffarena, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 215; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 200; M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 420 y ss.

¹⁶⁵ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 11 de octubre de 2007, de 29 de enero 2008 y de 22 de octubre de 2013.

¹⁶⁶ «Prevalerse del carácter público que tenga el culpable».

¹⁶⁷ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 636.

Este autor habla de funcionario público en un sentido amplio debido a que el militar, no es funcionario público, sino servidor público con una relación de servicios de carácter especial configurada por el estatuto del militar. El artículo 4 de la Ley del estatuto básico del empleado público que señala que «las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicaran directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: d)

En cuanto a la circunstancia sexta del artículo 22 Código Penal, «obrar con abuso de confianza», puede producirse sin que requiera consideraciones especiales en esta sede.

Respecto a la «reincidencia», esta circunstancia se prevé en el Código Penal Militar (art. 10.2¹⁶⁸) en un concepto similar, por no decir idéntico al que se establece en el Código Penal a diferencia de lo que ocurría en la anterior norma de 1985, de tal forma que el Código Penal y el Código Penal Militar recogen lo que se puede denominar «reincidencia específica» frente a la «reincidencia genérica» que se daba en el anterior Código Penal Militar¹⁶⁹. En este sentido, destacar que en la Exposición

Personal militar de las Fuerzas Armadas». Con lo que parece evidente que es esta norma la que entiende que no es aplicable a los militares de las Fuerzas Armadas ya que ellos tienen un estatuto jurídico diferente al del resto de los servidores públicos.

Como conclusión a ello, destaca que no todos los empleados públicos son funcionarios públicos, y que los militares en principio no están sujetos a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. El militar no es funcionario público, y esto es debido a las funciones que desarrolla en el ejercicio de su actividad como miembro de las Fuerzas Armadas. Esas funciones, que son diferenciadas respecto a las comunes de la Administración, y la relevancia constitucional que se le da a las Fuerzas Armadas, al incluirse dentro del Título preliminar de la Constitución Española, son las que nos llevan a la conclusión de que los militares no son funcionarios públicos, pero sí empleados públicos. En rigor, sólo son funcionarios públicos aquellos empleados o servidores públicos sometidos plenamente al Estatuto Básico del Empleado Público. Los militares (como miembros de las Fuerzas Armadas) son, servidores públicos, personal estatutario de la Administración General del Estado, pero como nos dice Parada Vázquez, constituyen, al igual que otras clases de servidores públicos, un grupo de «empleados públicos estatales con legislación específica». Para este autor, las singularidades del régimen funcional se justifican, en casos (por ejemplo, los militares, jueces, magistrados miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o personal del Centro Nacional de Inteligencia) en la especificidad de las funciones que ejercen, mientras que en otros supuestos responde a «presiones corporativas de los propios cuerpos de funcionarios que así logran un *status* diferenciado y, de ordinario, privilegiado». *Vid.* R. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II*, cit., pp. 436 y ss.

¹⁶⁸ Se dispone que «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 alguno de los previstos en el apartado 2 del artículo 9 de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza

No se computarán los antecedentes penales cancelados o que debían serlo».

¹⁶⁹ La reincidencia genérica que preveía en el Código Penal Militar anterior tenía una aplicación más amplia que la reincidencia específica del Código Penal. Así en el Código Penal se requiere para la apreciación de la reincidencia que el culpable al delinquir haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo título del Código Penal y de la misma naturaleza (Artículo 22. 8 Código Penal). Por su parte el Código

de Motivos del proyecto originario del Código Penal Militar de 1985¹⁷⁰, que se suprimió por el Senado, se disponía que «en cuanto a las agravantes se consigna expresamente la de reincidencia, que aparece como irrenunciable en la esfera militar, cualesquiera que sean las razones de política criminal que puedan aconsejar su desaparición con el citado carácter agravatorio». Por ello opina con acierto Calderón Susín, que se incluye en el Código Penal Militar como única agravante específica del Código Penal Militar¹⁷¹ y que en el caso del artículo 81.1 del Código Penal Militar es plenamente aplicable.

L. Penalidad

Respecto a la penalidad, el apartado primero del artículo 81.1 del Código Penal Militar castiga con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años al que realice la conducta típica prevista en el mismo.

Teniendo en cuenta que se trata de una conducta delictiva que no tiene equivalencia en la normativa penal común y que con la simple actividad de presentar una solicitud de crédito mediante simulación basada ésta en necesidades del servicio o derecho económicos a favor del personal se pueda imponer una sanción de tres meses y un día a dos años de prisión, está en sintonía con la nota de severidad¹⁷² que deben

Penal Militar requiere el requisito de haber sido el culpable condenado ejecutoriamente pero «por delitos comprendido en el mismo capítulo de este Código, por delito al que el Código señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquel señale pena menor». Con lo que las posibilidades de que se pueda aplicar la agravante de reincidencia prevista en el Código Penal Militar es mayor y por ello se califica de «reincidencia genérica». S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 642.

¹⁷⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-I, de 12 de noviembre de 1984, pp. 8201 y ss.; La mencionada Exposición de Motivos fue redactada por Jiménez y Jiménez, basándose principalmente para ello en los materiales que aportaron los miembros de la Comisión que elaboraron el Anteproyecto, siendo en palabras de Millán Garrido «un instrumento valioso en la interpretación del Código», importantísimo a mi juicio porque en esa exposición descansa el por qué y la finalidad del articulado del propio Código. *Vid.* A. Millán Garrido, *Justicia Militar*, cit., p. 38; La Exposición de Motivos del Proyecto fue publicada posteriormente por el autor de la misma. *Vid.* F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, cit., pp. 200 y ss.

¹⁷¹ E. Caderón Susín, «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes», cit., p. 442.

¹⁷² F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, cit., p. 205.

revestir las normas penales militares¹⁷³. Esto se debe al plus que se exige al militar como servidor público especial y la seriedad que deben tener todos los componentes que forman el colectivo castrense¹⁷⁴. El carácter de severidad de las penas militares forma parte de la tradición legislativa penal militar como se desprende del preámbulo del Real Decreto de 17 de noviembre del 1884¹⁷⁵.

Para la graduación de la pena se estará a las reglas de los artículos 19 y ss. del Código Penal Militar, que remiten a los criterios generales previstos en el Código Penal¹⁷⁶, es decir, se aplica lo señalado en los artículos 61 y ss. del Código Penal. Es, por tanto, el nuevo Código Penal Militar fiel a la idea de complementariedad del Derecho penal militar que se predica en el propio Preámbulo de la norma, en contraposición a los precedentes históricos en los que existía un amplio margen judicial para graduar la sanción penal que se imponía¹⁷⁷.

No obstante, en mi opinión, se debería establecer una agravante en esta conducta (un tipo agravado del artículo 81.1). La misma consistiría en que la acción típica descrita diera lugar al quebranto en el patrimonio o hacienda pública o patrimonio en el ámbito militar, diferenciada del tipo cualificado que se prevé en el artículo 81.2 del Código Penal Militar en el que se requiere aplicar en beneficio propio las cantidades así obtenidas. El motivo de plantear esta nueva figura es porque puede darse el quebranto sin que se aplique la cantidad obtenida para bene-

¹⁷³ La búsqueda del mayor rigor punitivo es una constante en la normativa penal militar. *Vid.* F. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., p. 51.

¹⁷⁴ La idea de prevención general sobresale muy por encima de la de prevención especial por ello, en el ámbito penal militar existe un rigor punitivo más elevado que el que se prevé en el ámbito común, consecuencia de que los valores que debe tener todo militar va más allá del previsto para la normativa penal común.

¹⁷⁵ Mediante este Real Decreto se aprobó el Código Penal Militar del Ejército en el que se señalaba que «[...] El soldado español, además de que le distinguen entre todos los del mundo su sobriedad y templadas costumbres, se señala también por su vehemencia y poco temor al castigo; condiciones que si bien hacen de él un excelente militar, exigen, en determinados casos, medidas fuertes de represión para conseguir que se acomode a la vida regular y disciplinaria de la milicia [...]».

¹⁷⁶ Artículo 19.1 del Código Penal Militar

¹⁷⁷ F. de Querol y Duran, *Principios del Derecho militar español*, tomo I, cit., p. 73; J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Arbitrio Judicial y circunstancias del delito», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 40 (1982), pp. 164 y ss.; E. Caderón Susín, «Aplicación de las penas», cit., pp. 516 y ss.

ficio propio. Si esta propuesta se materializase existiría un tipo básico (el actual artículo 81.1 del Código Penal Militar) configurándose como delito de peligro y dos tipos agravados. Por un lado, el tipo básico al que se le suma el resultado del quebranto a la hacienda o patrimonio militar. Por otro, el tipo cualificado del artículo 81.2 del Código Penal Militar, que requiere ese quebranto y que se aplique en beneficio propio las cantidades obtenidas¹⁷⁸.

En cualquier caso, el Tribunal Militar competente podrá imponer las penas accesorias que determine como pertinentes contenidas en el artículo 56¹⁷⁹ del Código Penal, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.

III. EL TIPO CUALIFICADO DEL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

El tipo cualificado o agravado previsto en el artículo 81 del Código Penal Militar se encuentra en el apartado segundo del artículo 81 del Código Penal Militar, según el cual «si las cantidades así obtenidas se aplicaren en beneficio propio, se impondrá la pena de dos a diez años, que graduará el tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido».

¹⁷⁸ Si esta propuesta se materializara, el artículo 81 quedaría redactado con tres apartados que serían: 1. El militar que, simulando necesidades para el servicio o Derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, como tipo básico; 2. un primer tipo agravado para el caso de que se obtuvieran cantidades con cualquiera de las conductas previstas en el apartado primero; 3. un último apartado cualificado con respecto a la conducta típica si las cantidades obtenidas se aplicaran a beneficio propio.

¹⁷⁹ El artículo 56.1 del Código Penal señala que «en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1.^a Suspensión de empleo o cargo público.

2.^a Inhabilitación especial para el Derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.^a Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la Sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código».

La diferencia fundamental que se encuentra en el artículo 81.2 del Código Penal Militar con respecto al apartado primero de este precepto es significativa. En el caso del apartado segundo se tendrá que dar un resultado. Por ello, se trata de un delito de resultado¹⁸⁰ y no de mera actividad. Además es un delito de lesión¹⁸¹ y no de mera puesta en peligro.

Este tipo previsto en el artículo 81.2 del Código Penal Militar es un delito mutilado en dos actos¹⁸², debido a que el sujeto activo deberá realizar primero la conducta prevista en el artículo 81.1 del Código Penal Militar para posteriormente realizar una segunda actividad que es aplicar lo obtenido en provecho propio. Al tratarse de un delito de resultado, en este caso sí sería posible que se produjeran formas imperfectas de ejecución del delito¹⁸³. Para que se dé el tipo cualificado del artículo 81.2 del Código Penal Militar es necesario que se produzcan dos requisitos:

- La apropiación de los créditos presupuestarios solicitados mediante la simulación de necesidades del servicio o derechos económicos a favor del personal como elemento objetivo.

¹⁸⁰ Los delitos de resultado son aquellos en que se requiere no sólo la realización de la acción, sino que se exige que se produzca un resultado. En estos delitos debe darse la relación de causalidad entre la acción del sujeto activo (el militar en nuestro caso) y el resultado producido.

Los delitos de resultado pueden ser instantáneos, permanentes o de estado. M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 214; M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 147.

¹⁸¹ Se llama así porque se produce un menoscabo efectivo del bien jurídico protegido y no solo un riesgo para el bien jurídico. J. Cuello Contreras y B. Mapelli Caffarena, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 79; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 215; M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 148.

¹⁸² Son aquellos en que la intención del autor una realizada la acción típica va dirigida a realizar una segunda actividad posterior. Es decir, el sujeto activo consuma el primer acto con la finalidad de llevar a cabo el segundo acto. *Vid.* M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 150; por ello es un delito compuesto. M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 218.

¹⁸³ R. Bleuca Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2024.

- El ánimo de lucro. Esta intención lucrativa se configura como un elemento subjetivo del injusto¹⁸⁴ que configura este tipo como delito de intención o de tenencia interna trascendente¹⁸⁵ y en concreto es un delito mutilado en dos actos.

El aplicar las cantidades obtenidas «a beneficio propio» implica la existencia de un fin lucrativo en el sujeto activo y que ha de presidir la conducta del tipo del artículo 81.2 del Código Penal Militar. El autor realizará el comportamiento típico con la finalidad de obtener la ventaja patrimonial antijurídica y se exige que logre este objetivo incrementando su patrimonio propio ya que es «a beneficio propio», obteniéndose efectivamente para que se entienda consumada la conducta. Según Lozano Miralles, debe entenderse por lucro «la obtención de cualquier ventaja, provecho o goce, incluso los de contenido no patrimonial, tales como los meramente contemplados o de ulterior beneficencia»¹⁸⁶.

La conducta por tanto además de dolosa y producir un resultado, requiere que no sólo haya una finalidad lucrativa del autor, sino que haga efectivo el daño en la hacienda militar en beneficio propio del sujeto activo para la consumación. Éste es el fundamento de la agravación o cualificación del tipo del artículo 81.2 del Código Penal Militar. Este parámetro (el aplicar los beneficios en provecho propio) es más que suficiente para la agravación de la pena con respecto al tipo básico del artículo 81.1 del Código Penal Militar, no sólo porque implica un menoscabo a los recursos patrimoniales estatales, sino porque además se produce un beneficio improcedente en un servidor público de la categoría moral y ética que se presupone en el militar. En cuanto a la graduación de la pena se le da un amplio margen judicial para su aplicación, pero debe tenerse en cuenta que esto no excluye las reglas

¹⁸⁴ Es el elemento subjetivo típico de los delitos patrimoniales, además es un elemento expreso en este caso concreto. M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 211 y ss.

¹⁸⁵ M. C. Gómez Rivero, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 149; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 140.

¹⁸⁶ J. Lozano Miralles, *Delitos contra la hacienda Pública*, dir. M. Bajo Fernández, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 223.

del artículo 19¹⁸⁷ y 20¹⁸⁸ del Código Penal Militar que remiten a los criterios establecidos en el Código Penal. Es posible el concurso con el delito de malversación, primando el artículo 81.2 del Código Penal Militar en virtud del principio de especialidad¹⁸⁹.

¹⁸⁷ El artículo 19 del Código Penal Militar señala que:

«1. Los Tribunales Militares impondrán la pena prevista para los delitos militares siguiendo las reglas para la aplicación de las penas establecidas en el Código Penal.

2. No obstante, tratándose de delitos dolosos y cuando no concurren atenuantes ni agravantes, aplicarán la pena establecida por la ley en la extensión que estimen adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias personales del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración

3. La individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en la sentencia».

¹⁸⁸ El artículo 20 del Código Penal Militar dispone que «los Tribunales Militares no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirla en uno o dos grados, en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente del Código Penal, sin que, en ningún caso, pueda imponerse pena de prisión inferior a dos meses y un día».

¹⁸⁹ Se aplican las reglas del artículo 8 del Código Penal.

CAPÍTULO IV

HURTO, ROBO, APROPIACIÓN INDEBIDA Y DAÑOS EN EL ÁMBITO MILITAR

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En el artículo 82 del Código Penal Militar se refunden los anteriores artículos 195 y 196 del Código Penal Militar de 1985 añadiéndose nuevos tipos de naturaleza patrimonial. En concreto, en este precepto del Código Penal Militar se realiza una remisión al Código Penal para los delitos de hurto, robo, apropiación indebida y daños cuando cualquiera de estas figuras delictivas comunes se cometan en relación con el equipo reglamentario, material o efectos militares¹.

¹ El artículo 82 del Código Penal Militar señala que:

«1. El militar que cometiere los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con las penas establecidas en el Código Penal para tales delitos impuesta en su mitad superior.

2. Si el militar no tuviere el equipo, material o efectos, afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, bajo su custodia o responsabilidad, el límite mínimo de las penas previstas e le Código Penal se incrementará en un quinto.

3. Si se tratare de material de guerra o armamento, cualquiera que fueran su valor y el autor, incluso cuando éste no tenga la condición de militar, se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo.

4. Será de aplicación, en su caso, el artículo 21 del presente Código».

A lo largo de la tramitación parlamentaria que desembocó en el Código Penal Militar actual, algunos grupos parlamentarios presentaron diferentes enmiendas dirigidas a la supresión de este precepto en base a que es reconducible a las normas comunes² y no tiene el componente de estrictamente castrense.

Teniendo en cuenta la dicción literal de este precepto y la clasificación de los delitos militares³, los tipos previstos en el artículo 82 del Código Penal Militar son delitos comunes⁴ militarizados.

En el Preámbulo del Código Penal Militar (en concreto en el punto III)⁵ señala que «en algunos delitos, para evitar problemas de alternatividad y enojosas repeticiones, se contiene una simple remisión a la descripción típica prevista en el Código Penal, conforme al principio

² Ejemplo de ello es la enmienda núm. 161 al proyecto que formula el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG Serie A, núm. 110-2, de 26 de febrero de 2015, p. 78). Aunque en idéntico sentido se manifiestan los grupos parlamentarios de La Izquierda Plural (enmienda núm. 28), de Unión Progreso y Democracia (enmienda núm. 65), el Catalán (enmienda núm. 97) y el Vasco (enmienda núm. 114).

³ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., pp. 136 y 137; J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General*, cit., pp. 314 y ss.

El general Rodríguez-Villasante realizó una clasificación de los delitos militares que es la seguida por la unanimidad de la doctrina como consecuencia de su alto rigor científico, en la que entiende que los delitos militares se clasifican en:

Delitos militares (Dentro de estos delitos este autor distingue entre:

a) Delitos «inminente y fundamentalmente» militares. En ellos se vulnera un interés jurídico militar.

b) Delitos «esencialmente» militares, en los que se lesionan bienes jurídicos comunes y militares, aunque es dominante o preferente el bien jurídico militar sobre el común.

c) Delitos militares. En ellos se describe básicamente un tipo común, pero por las circunstancias en que acaece la acción, la incidencia en la eficacia de las Fuerzas Armadas, o el servicio hacen que prevalezca su interés militar).

Delitos militarizados (en los que se distingue entre:

a) Delitos militarizados por su relevancia militar, aunque están integrados por infracciones de carácter común. Ej.: Delitos contra la Administración de Justicia Militar.

b) Delitos militarizados por su mayor penalidad. Ej.: Delitos de traición y espionaje).

Delitos comunes (en los que concurre alguna circunstancia de carácter militar).

⁴ R. Blecua Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., pp. 2011 y ss.; A. Gimeno Amiguet, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», cit., p. 408 y ss.; F. J. Mata Tejada, «Fraudes y abusos patrimoniales. Solicitud de Crédito presupuestario para atenciones supuestas», cit., p. 454.

⁵ *Boletín Oficial del Estado* núm. 247, de 15 de octubre de 2015, p. 95718.

de complementariedad que preside el presente Código». Al tratarse de delitos regulados en la normativa común, en los que por tanto los conceptos jurídicos se extrapolan al Derecho militar, en este epígrafe me centraré en las particularidades o especialidades que pueden justificar su inclusión en el Código Penal Militar.

II. EL REENVÍO

Consecuencia del carácter de complementariedad⁶ que tiene y se presume del Código Penal Militar⁷, incluso por el propio legislador, es la técnica del reenvío a la normativa penal común. Esta técnica permite una agravación para determinadas conductas o la concreción de tipos especiales impropios por la afectación a bienes jurídicos militares. Son consideraciones político-criminales, que buscan preservar los valores superiores o bienes fundamentales castrenses en determinadas situaciones justificadas por las necesidades de protección de los mismos, sin que el delito militar sea de estructura o caracteres distintos del delito común salvo en lo referente al bien jurídico que pretenden preservar dentro de la esfera militar.

La técnica del reenvío sólo implica añadir a un tipo común una especialidad dirigida al cumplimiento o preservación de un bien o fin castrense. No conlleva una muda con respecto al contenido general o tipificación del sistema penal común, sino más bien lo refuerza. Esto se debe a que ni siquiera implica un cambio o creación de nuevos conceptos jurídicos⁸ pero, sí da lugar a la protección que por cuestiones de política-criminal se entienden merecedoras de un reforzamiento o amparo mayor a la prevista en la normativa penal común. No conlleva la creación de criterios interpretativos distintos o diferenciados, al menos en su contenido fundamental, a los previstos en el tipo común del Código Penal y a los criterios que se hayan establecido por parte de la

⁶ G. Ciardi, *Trattato di Diritto penale militare*, volumen I, *Parte General*, Roma, 1970, pp. 29 y ss.; R. Venditti, *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, cit., p. 23; J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 116.

⁷ J. M. Rodríguez Devesa, «Derecho penal militar y Derecho penal común», cit., pp. 25 y ss.; J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 123.

⁸ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., p. 95.

jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por tanto, se mantiene fiel al principio de unidad del ordenamiento jurídico y a la pretendida y predicada complementariedad del Código Penal Militar⁹.

El reenvío a un tipo penal común por parte de un precepto del Código Penal Militar determina que el valor que se pretende proteger por parte del Derecho penal militar vertebraba también al resto de la sociedad, porque se ha entendido así en la legislación común. Implica que no sólo se protege un interés o intereses específicos militares, sino también de la sociedad en su conjunto que se predica de los tipos comunes. Por ello, no difiere del concepto de bien jurídico penal que es predicable del Derecho penal común. Una consecuencia es que incluso para los que puedan estar en contra de la existencia de los delitos militares, al darse el reenvío será indiscutible considerar a los mismos como tipos penales relevantes por su existencia en la normativa general, aunque con una nota o requisito que le otorga la especialidad. Ejemplo de ello pudiera ser que la acción la cometa un militar en el ejercicio de sus funciones, usando material afecto a las Fuerzas Armadas, entre otros casos.

Esta técnica legislativa, el reenvío, lleva aparejada que previamente se produjo una evaluación por parte del legislador para determinar que un concreto bien jurídico merecía ser considerado digno de protección penal. Para ello se analizó la necesidad de esa protección y, por último, se comprobó la capacidad de protección penal del bien jurídico¹⁰, pasando así a ser un bien jurídico-penal¹¹. Así, siguiendo a Mayer, se delimita el tipo de interés que debe ser protegido por el Derecho Penal¹², pero además se justifica que en uno o varios casos determinados, afectan al

⁹ Como se indica en el preámbulo de la norma y se ha puesto de manifiesto por la doctrina más destacada. *Vid.* J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., 87 y ss.

¹⁰ López Lorca intenta fundamentar el ataque al bien jurídico militar como fundamento de la antijuricidad material partiendo de que es necesario delimitar los intereses militares penalmente protegibles en tres puntos concretos (el primero es el de merecimiento de protección, el segundo la necesidad de la protección y por último la capacidad de protección). B. López Lorca, «La antijuricidad material y su protección en el Derecho Penal Militar», cit., p. 102 y ss.

¹¹ M. E. Mayer, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, 2.^a edición, 1923, p. 23.

¹² N. García Rivas, *El poder punitivo el Estado democrático*, Universidad Castilla-La Mancha. Cuenca. 1996, p. 107; B. López Lorca, «La antijuricidad material y su protección en el Derecho penal militar», cit., p. 103.

ámbito castrense al que se refiere la Constitución Española¹³ y, por tanto, también se conforma como una especialidad, en un bien jurídico-penal militar que lo hace merecedor de encuadrarse dentro del Código Penal Militar¹⁴.

La técnica del reenvío en el ámbito militar ya fue utilizada en Códigos anteriores. En concreto en el artículo 194 del Código de Justicia Militar de 1945¹⁵. Lo que se perseguía entonces era agravar algunos delitos comunes que se cometían por un militar, en lugar militar o en acto de servicio aumentando la pena prevista en el tipo común de la normativa general¹⁶. El resultado entonces era el pasar a ser un tipo cualificado con respecto a la tipología común, es decir, se trataba de circunstancias agravantes con respecto al delito previsto en el Código común que implicaba una mayor penalidad, sin que hubiera más justificación que la base de una o varias características o circunstancias castrenses de peso o de acción que lo motiven.

Con la entrada en vigor del Código Penal Militar de 1985 se suprimió su utilización, sin perjuicio de la conocida como «cláusula de salvaguardia» que se establecía en el artículo 5 del referido texto. La consecuencia principal fue la supletoriedad de las normas comunes para todo aquello que no fuera incompatible con el Código Penal Militar de 1985¹⁷ como lógica derivada de la especialidad de la norma militar con respecto a la común¹⁸.

Con el reenvío, en mi opinión, se consigue la armonización del ordenamiento jurídico al ser el tipo penal idéntico en la norma común que en la militar. Por ello se logra una evidente coherencia interna¹⁹.

¹³ Artículo 117.5 de la Constitución Española.

¹⁴ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., pp. 94 y 95.

¹⁵ Además también se incluían preceptos similares en las Ordenanzas de la Armada de 1748 y del Ejército de 1768. También en el Código de Justicia Militar de 1890 (en su artículo 175).

¹⁶ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 170.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 101 y ss.

¹⁸ La mayoría de las legislaciones extranjeras contienen en su articulado un precepto de estas características. Ejemplos son el artículo 205 del Código de Justicia Militar de Chile, el artículo 2 del texto portugués, el artículo 3 del alemán o el artículo 2 del Código Penal Militar de Holanda entre otros.

¹⁹ Pignatelli Meca se refiere a la técnica del reenvío cuando comenta el artículo 5 del Código Penal Militar de 1985 respecto la conocida como «cláusula de salvaguarda»,

Se completan los tipos penales militares del Código Penal Militar que se matizan por la justificada especialidad al caso o circunstancias en que se realiza la acción típica descrita, consiguiéndose excluir irracionalidades del sistema y asegurando la recepción de las modificaciones de la norma penal general²⁰.

La utilización de esta técnica se concreta en tres consecuencias inmediatas. La primera de ellas es que con este método o sistema se evitan las repeticiones de tipos delictivos dentro de la normativa penal²¹. El segundo efecto es la adaptación terminológica a un lenguaje de común aceptación desde el punto de vista técnico-jurídico. El último de los resultados es evitar, tal y como señala el preámbulo del Código Penal Militar del 2015, «problemas de alternatividad»²².

como una consecuencia de la pretendida complementariedad que se predica de la normativa penal militar como normativa especial respecto de la común. F. Pignatelli Meca, «El Código penal militar. Perspectivas de *lege ferenda*», en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, Estudios de Derecho judicial, núm. 5, Madrid, 1996, pp. 89 y ss.

²⁰ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., p. 95.

²¹ Un ejemplo lo encontramos en la definición de hurto. El hurto viene definido en el Código Penal, el incluir idéntica definición en el articulado de la normativa especial implicaría repetir una definición ya dada por la norma común, que no es necesaria dado que respecto al concepto de hurto no existe especialidad alguna que deba señalarse o predicarse en la disposición penal castrense en base al principio de complementariedad que preside el Código Penal Militar actual.

La técnica del reenvío es utilizada en países como Bélgica para la normativa militar desde que se declaró la independencia de este estado.

²² *Boletín Oficial del Estado* núm. 247, de 15 de octubre de 2015, p. 95716.

A los problemas de alternatividad que se daban con el anterior Código Penal Militar de 1985 se refiere Pignatelli Meca que califica los supuestos de alternatividad como un «defecto del ordenamiento jurídico [...] El defecto legislativo se evidencia si tenemos en cuenta que, en la zona común, conductas idénticas están sancionadas con muy diferentes penas o comportan el enjuiciamiento por la jurisdicción ordinaria o militar». F. Pignatelli Meca, «Unidad y pluralidad de delitos. Concurso de delitos y concurso de leyes», en *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 357 y ss.

Rodríguez-Villasante propone la supresión de esas duplicidades mediante la conversión de determinados delitos comunes en infracciones penales militares si las circunstancias del sujeto activo o la afección militar lo sitúan en el ámbito estrictamente castrense. *Vid.* J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código Penal Militar complementario», cit., p. 98.

Respecto a estos últimos, la doctrina entiende que implica un defecto de técnica legislativa²³ que, en mi opinión, es insalvable dado que, si existe la especialidad, una de las consecuencias previsibles es la alternatividad²⁴, que se resolverá conforme a los criterios regulados en el artículo 8 del Código Penal.

El Código Penal Militar es una ley especial respecto a la normativa general del Código Penal. Por ello, como ley especial incluirá en su articulado aquellas diferencias, especialidades o particularidades que no afecten al contenido esencial de la normativa común para adaptarse al contenido de los fines de los ejércitos, al cumplimiento de sus cometidos o funciones dentro del ámbito estrictamente castrense.

En base a este planteamiento de complementariedad total con respecto a las normas comunes, es donde la técnica del reenvío adquiere su plena vigencia y demuestra que su uso es todo un acierto, dado que implica no apartarse aspecto esencial o esencial de la disposición general, sino su adaptación al ámbito castrense.

El reenvío, además, conlleva la inmediata incorporación al Derecho penal militar de todo avance que se de en la normativa común y que en el ámbito jurisprudencial puedan elaborarse verdaderamente las particularidades castrenses.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El artículo 82 se incluye dentro del Título V del Libro II del Código Penal Militar y, por tanto dentro de los delitos contra el patrimonio o la hacienda en el ámbito militar. La primera consecuencia es que el bien jurídico²⁵ que se pretende defender es la hacienda militar como un bien jurídico comunitario²⁶, que es, entendiéndose el mencionado valor objeto de protección penal militar, el conjunto de los bienes mate-

²³ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., pp. 166 y ss.; F. Pignatelli Meca, «Unidad y pluralidad de delitos. Concurso de delitos y concurso de leyes», cit., pp. 357 y ss.

²⁴ La relación de alternatividad existe cuando se produce una doble valoración jurídico-penal sobre una misma acción o hecho. *Vid.* F. Pignatelli Meca, «Unidad y pluralidad de delitos. Concurso de delitos y concurso de leyes», cit., pp. 357 y ss.

²⁵ A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 127

²⁶ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 297.

riales y recursos económicos necesarios para el desenvolvimiento de la actividad propia encomendada a las Fuerzas Armadas y al resto del Ministerio de Defensa²⁷.

Al haberse usado la técnica del reenvío para determinar si se protegen otros bienes jurídicos²⁸, se debe acudir a la normativa común donde se recogen los diferentes tipos. Los hurtos, los robos, las apropiaciones indebidas y los daños se encuentran agrupados dentro del Título XIII del Libro II del Código Penal con la rúbrica de «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»²⁹.

El hurto se regula desde el artículo 234 al 236, constituyendo el primero de los capítulos del Título XII del Libro II del Código Penal. En cuanto al bien jurídico protegido, «el delito de hurto es un delito contra la propiedad. En consecuencia, no es sólo la privación del valor de la cosa lo que constituye la lesión del bien jurídico, sino también la privación de la sustancia misma de la cosa que corporiza un determinado valor»³⁰.

En cuanto a los delitos de robo se recoge en el capítulo II del título citado *ut supra*, del artículo 237 al 242 del Código Penal. La realidad es que el robo está constituido por figuras cualificadas del hurto, al requerirse algún elemento más que lo que implica es aumentar el plus de antijuricidad y la conducta culposa. Ello justifica el reproche penal que

²⁷ En este sentido debemos de tener en cuenta que la Guardia Civil también en determinados casos forma parte del ámbito del Ministerio de Defensa dependiendo de las funciones que realice o de las misiones encomendadas.

²⁸ F. J. Álvarez García, «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43 (1991), pp. 5 y ss.; C. Roxin, *Derecho penal, Parte General*, cit.; S. Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comarex, Granada, 2003; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., pp. 136 y ss.

²⁹ Acudiendo al lugar donde se regulan estos delitos atendemos a una de las funciones del bien jurídico, como es la función sistemática. C. Roxin, «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa», cit. p. 3; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., pp. 136. Además de la función sistemática a la que hace referencia Mir Puig, este mismo autor nos señala que existen otras funciones. Estas son la función de guía de la interpretación y la función de criterio de medición de la pena. Además este mismo autor (Mir Puig) nos señala que existe otra función del bien jurídico, aunque es más discutida, consistente en la ser límite del legislador. S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 162.

³⁰ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 24 de mayo de 2002 y de 24 de diciembre de 1990, entre otras.

se merece el que comete robo en cualquiera de sus modalidades. Éste es el motivo de que tenga identidad de bien jurídico con el hurto. La excepción se produce cuando se cometa con violencia o intimidación. En este caso, el robo «es pluriofensivo porque afecta principalmente a la propiedad como bien jurídico, pero también a la integridad física o salud y a la libertad en cuanto el tipo exige, además de apoderamiento, la realización de actos intimidantes o violentos, como medio comisivo para la consecución de aquél»³¹.

Respecto a la apropiación indebida, se agrupa en la Sección 2.^a bis del Capítulo VI del Título XII del Libro II del Código Penal³² (arts. 253 y 254 CP). La jurisprudencia señala que el bien jurídico protegido en estos delitos de apropiación indebida es el patrimonio privado³³, o la propiedad cuando se transmite la posesión de una cosa no fungible que debe ser devuelta³⁴. En el caso del delito militar será necesariamente el patrimonio militar.

Bajo la rúbrica de los daños se encuentra el Capítulo IX del Título XII del Libro II del Código Penal (arts. 263 a 265 CP). El bien jurídico es el patrimonio ajeno³⁵, por lo que «sigue siendo básicamente el derecho de propiedad»³⁶. El delito de daños, al que se hace referencia en esta sede, debe deslindarse del ilícito previsto en el artículo 27 del Código Penal Militar, «atentado contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales» y de los delitos «contra la eficacia en el servicio» (arts. 73 y ss. CPM). En esas infracciones, para que se produzcan, se requiere la producción de daños graves o inutilización de los medios que, en el caso de los daños del artículo 83 del Código Penal Militar no se necesita que se ocasionen. Si se dieran esos graves daños se trataría de otro delito militar, pero no el del artículo 83 de la norma penal castrense.

La conclusión es que todos estos delitos comunes tienen en común dentro del Código Penal Militar la defensa de la propiedad o del patri-

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 28 de febrero de 2009.

³² La Sección 2.^a bis se introduce por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que está en vigor desde el 1 de julio de 2015, con idéntica rúbrica que la antigua Sección 2.^a.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de noviembre de 2003.

³⁴ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 14 de marzo de 2001 y de 25 de noviembre de 1998.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 26 de diciembre de 2000.

³⁶ Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 25 de abril de 2000.

monio militar. Si se pone en relación con la funciones del Ministerio de Defensa o las Fuerzas Armadas, parece que además existirán otros bienes jurídico objeto de tutela como la lealtad³⁷ o la probidad³⁸. Esta idea resulta evidente sólo con pensar las exigencias éticas³⁹ que se predicán de todo aquel que forme parte de la carrera de las armas. De tal manera que parece incompatible con valores como el compañerismo, la lealtad o la probidad que un militar usurpe a otro su equipo reglamentario o armamento y menos si está bajo su custodia. Por ello, en el artículo 82 se demuestra también el carácter pluriofensivo que ostenta como casi todos los preceptos del Código Penal Militar⁴⁰.

IV. LOS APARTADOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

Ambos apartados se configuran como tipos agravados de los preceptos generales regulados en la norma común. Los dos primeros apartados del artículo 82 del Código Penal Militar tienen los mismos elementos típicos con una sola diferencia y es que en el primer apartado⁴¹ se

³⁷ Actualmente las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las definidas en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en el artículo 6.

³⁸ Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas se refieren en su artículo 5 a la actuación del militar como servidor público debiendo de actuar «con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental».

Como dice Mancini, «muchos bienes y efectos en virtud del propio servicio que se les encomiendan se dejan sin garantía y se dejan en manos de la rectitud de aquellos que forman parte de los ejércitos». *Vid.* F. de Querol y Duran, *Principios del Derecho militar español*, tomo II, cit., p. 610 y ss.

³⁹ El artículo 15 de las Reales Ordenanzas de la Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero (*BOE* núm. 33, de 7 de febrero), dispone, referido al militar, que «dará primacía a los principios éticos que responden a una exigencia de la que hará norma de vida. De esta forma contribuirá a la fortaleza de las Fuerzas Armadas, garantizará la paz y seguridad».

⁴⁰ La mayoría de los delitos militares son delitos pluriofensivos. F.J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., pp. 41 y ss.

⁴¹ El artículo 82.1 del Código Penal Militar señala que «el militar que cometiere los delitos de hurto, robo, apropiación indebida o daños previstos en el Código Penal en relación con el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o

requiere que el sujeto activo que realiza la conducta⁴² sea aquel que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón del cargo o destino el equipo reglamentario, materiales o efectos que configuran el objeto del delito⁴³.

La consecuencia inmediata es que el apartado primero del artículo 82 del Código Penal Militar, al requerir esa cualidad en el sujeto activo, es un tipo cualificado o agravado del tipo previsto en el apartado segundo⁴⁴ del referido precepto y, por tanto, en mi opinión, demuestra un defecto claro de técnica legislativa en que lo normal es ir del tipo básico a los agravados y no viceversa, lo que implicaría para el caso una redacción más sencilla que la empleada por el legislador.

En cualquier caso, el artículo 82 del Código Penal Militar recoge en sus dos primeros apartados delitos de tipo mixto o alternativo⁴⁵, por lo que es suficiente la realización de cualquiera de las conductas en él descritas para que se entienda cometida la infracción penal.

1. Sujeto activo

El sujeto activo en ambos apartados no es otro que «el militar»⁴⁶. A los efectos de aplicación del Código Penal Militar, son militares aquellos

responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con las penas establecidas en el Código Penal para tales delitos impuestas en su mitad superior».

⁴² A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 181

⁴³ Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1995, de 18 de octubre de 1997, de 29 de noviembre de 1999, de 28 de septiembre de 2005 y de 27 de febrero de 2006.

⁴⁴ El artículo 82.2 del Código Penal Militar dispone que «si militar no tuviere el equipo, material o efectos, afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, bajo su custodia o responsabilidad, el límite mínimo de las penas previstas en el Código Penal se incrementará un quinto».

⁴⁵ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 236; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 119.

⁴⁶ El artículo 2 del Código Penal Militar cumple una función auxiliar para la comprensión de las normas jurídicas integrantes del Código Penal Militar siendo un artículo que contiene un concepto finalista de quienes son los militares con la intención de integrar los tipos descritos en el Código Penal Militar, algo que ya pasaba con el anterior Código Penal Militar de 1985, como se pone de manifiesto por la doctrina del generada con la aprobación de aquel Código. *Vid.* J. L. Martínez-Cardós Ruiz, «Definición de militares», cit., p. 219.

a los que se refiere el Código Penal Militar en su artículo 2⁴⁷. En el capítulo III, apartado II. B. 1 se analizó el concepto de militar⁴⁸ desde el punto de vista del texto punitivo penal castrense. Por ello, me remito a las consideraciones realizadas en esa sede, debiéndose tener en cuenta que se regula principalmente en las disposiciones normativas administrativas⁴⁹ y, por este motivo, se trata de una cuestión del Derecho administrativo⁵⁰. En cualquier caso, hay que suscribir el acertado pronunciamiento del Tribunal Constitucional, según la cual «por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos, basado en la permanencia o no de 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 de órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal efectividad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de esa naturaleza y funciones, y dentro de los límites de la responsabilidad ya señalados [...] estas consideraciones resultan eminentemente aplicables a los miembros de las Institución militar, a la que la Constitución Española, en su artículo 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cum-

⁴⁷ Por su parte el artículo 2 del nuevo texto penal militar mejora y actualiza la redacción anterior, al señalar que «son militares, a efectos de este Código, quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica: 1.º los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil, mientras no pasen a alguna situación administrativa en que tengan en suspenso su condición militar; 2.º los reservistas cuando se encuentren activados en las Fuerzas Armadas; 3.º los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar; 4.º los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil; 5.º quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo; 6.º en las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que forman parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil; 7.º los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora».

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999.

⁴⁹ Principalmente la Ley de la Carrera Militar cuando señala en su Preámbulo que «el objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente»

⁵⁰ Por este motivo nos encontramos con un tipo abierto de remisión a ley extrapenal.

plimiento, 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 que hayan su justificación en las exigencias de la organización militar en los terminos señalados»⁵¹.

La diferencia entre el apartado 1 con respecto al 2 del artículo 82 del Código Penal Militar, como se adelantó más arriba, es que el militar para el primer caso tiene que tener los objetos «bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino». Ello implica nuevamente tener que acudir a las normas administrativas para determinar los requisitos para ocupar determinados destinos o cargos y qué cometidos se tendrían que realizar en cada uno de ellos para poder determinar qué efectos, materiales o equipos reglamentarios les están anejos.

El cuidado, correcto uso y conservación de los recursos de los ejércitos exigen a sus componentes unas obligaciones que traen su origen en las Ordenanzas de Carlos III y hoy se recogen también en las actuales ordenanzas⁵².

2. Equipo reglamentario, materiales o efectos

Se trata del objeto material del delito⁵³, que se extiende a los diversos componentes de la Hacienda Militar comprensivos de cualquier activo mueble o inmueble asignado al servicio⁵⁴. Esta terminología ya se empleaba en los anteriores preceptos (arts. 195 y 196) del Código

⁵¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1986, de 24 de julio.

⁵² El artículo 43 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas señala que el militar «cuidará y conservará en perfectas condiciones de uso las instalaciones, material, equipo y armamento que tenga a su cargo de acuerdo con la normativa aplicable. Asegurará el aprovechamiento de los recursos puestos a disposición de las Fuerzas Armadas y vigilará el cumplimiento de las medidas de seguridad y medioambientales pertinentes». Según el artículo 65 del mismo texto normativo «administrará los recursos puestos bajo su responsabilidad para obtener el máximo rendimiento de ellos, de acuerdo con los principios de economía y eficiencia en su utilización y eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados». Además, el artículo 122 establece que «administrará los recursos y bienes públicos con austeridad, objetividad y transparencia, de acuerdo a los principios de legalidad y de salvaguarda de dichos bienes, y no los utilizará en provecho propio o de personas allegadas. Tendrá, asimismo, el deber de velar por su conservación».

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 17 de noviembre de 2011.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 22 de mayo de 2001.

Penal Militar de 1985 del que trae su origen y revelan la importancia de estos elementos para el desempeño de las funciones y misiones propias de los ejércitos sin los cuales no podrían desarrollar la actividad para las que están constituidos.

En principio, el equipo reglamentario, los materiales o efectos de las Fuerzas Armadas forman parte del ámbito estrictamente castrense porque son elementos para el cumplimiento de esos fines.

El Real Decreto 567/1979, de 22 de febrero, por el que se promulga el Reglamento que regula el procedimiento a seguir en los expedientes administrativos que se sustancien para determinar la responsabilidad de esta naturaleza de los funcionarios encargados de la custodia, utilización y mantenimiento del material y efectos de los Ejércitos dispone⁵⁵ que «se entenderá por material y efectos todos los bienes inventariables que, para el cumplimiento de sus fines, poseen los buques, centros y dependencias militares propiedad del Estado o que hayan sido adquiridos con fondos públicos; y en general todo el material, efecto, combustibles, víveres, documentación, metálico o fondos públicos, inmuebles, vestuario, equipo, armamento, munición, ganado, mobiliario, vehículos, buques, aeronaves, instrumentos, libros y aparatos de uso profesional»⁵⁶. En él se denota que desde hace lustros ya se pretendía incluir en los términos «material o efectos» todos los recursos de los Ejércitos.

El «equipo reglamentario» es el nombre genérico para designar al conjunto de prendas o efectos propios del militar⁵⁷ o soldado⁵⁸. El *Diccionario Militar Moderno* lo define como «material no fungible necesario para dotar a un individuo u organización»⁵⁹.

Se ha cuestionado qué se debe entender incluido dentro de ese objeto material, en particular, si dentro de la expresión «efectos» se encuentra el dinero o los recursos económicos puestos a disposición de la Administración militar para el desarrollo de la actividad que le es propia ya sea dinero en metálico, talones o cheques. Mi opinión es que sí. No tendría sentido que se protejan los elementos materiales afectos a

⁵⁵ Artículo 2 del Real Decreto 567/1979, de 2 de febrero.

⁵⁶ *Boletín Oficial del Estado* núm. 73, de 26 de marzo de 1979, pp. 7294 y ss.

⁵⁷ J. Almirante, *Diccionario Militar*, cit., p. 386.

⁵⁸ Almirante pone como ejemplo de ello a la mochila, el morral o la fiambrera.

⁵⁹ S. Fontenla Ballesta, *Diccionario Militar Moderno*, 2.^a edición, Granada, 2006, p. 141.

los ejércitos cualquiera que fueran estos y que el montante económico estuviera fuera de esa protección. Idea que adquiere aún más sentido, desde mi punto de vista, en una situación económica como la actual en la que la conducta del servidor público castrense (no olvidemos que para el caso el militar, con el plus que se le exige a los que ostentan esta condición), debe ser intachable.

El Tribunal Supremo ha ido variando su postura al respecto a lo largo del tiempo. En un principio interpretó que dentro de la expresión «efectos» no se incluían la significación «meramente crediticia o financiera»⁶⁰, cambiando su posición y por tanto la jurisprudencia hasta los tiempos actuales, en los que sí incluye en el término «efectos» los caudales, fondos o rentas asignadas a las Fuerzas Armadas⁶¹.

La evolución es debida al carácter de única de la que goza la Hacienda Pública. A ella también pertenecen los elementos y materiales que tienen a su disposición las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de esos fines. El dinero en metálico es «uno de los efectos de mayor importancia para el cumplimiento de esos cometidos y, siendo el interés militar preponderante el fundamento básico para la tipificación de determinadas conductas delictivas en el Código Penal Militar, resultaría ciertamente incongruente que el legislador hubiera excluido de él las que afectan tan directamente a ese importantísimo medio, el económico, cuya sustracción puede incidir en esos intereses, circunscritos a la eficaz realización de sus misiones por las Fuerzas Armadas, en tanto o mayor medida que la de los bienes u objetos materiales, sean o no de guerra, a cuya directa adquisición puede estar incluso destinados. A ello, hay que añadir que con ese interés militar de carácter económico coexiste otro, también militar, no menos importante, porque junto al respeto a la integridad de los recursos económicos afectos a las Fuerzas Armadas, como medios para cumplir su misión constitucional de la Defensa Nacional⁶², también se protege el cumplimiento por los militares de su

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 18 de octubre de 1997. Esta Sentencia se refería a la sustracción y enajenación de ciertas cantidades de gasóleo.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 22 de mayo de 2001.

⁶² La Defensa Nacional se define como la «disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión. Es parte de la Seguridad Nacional, y sus componentes básicos son la Defensa Militar y la Defensa Civil». S. Fontenla Ballesta, *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 114.

deber de probidad en orden la administración de esos recursos puestos a su disposición»⁶³.

La consideración del interés militar en el mantenimiento de tal valor, entre otros, ha llevado a que la jurisprudencia lo entienda como «objetos dotados de valor económico entre los que se incluyen los caudales, fondos o rentas asignados a las Fuerzas Armadas»⁶⁴.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo interpreta la expresión «efectos» descrita para el tipo de la malversación del Código Penal, que integra todo capital, hacienda o patrimonio, fondo, cosa o bien de cualquier condición, fungible o no y susceptible de apreciación económica o valor, con tal de que pertenezca al erario público. En el ámbito militar «lo determinante es su adscripción a los Ejércitos o institutos armados de naturaleza militar, lo que permite, sin mengua de aquella unidad de la Hacienda, la tipificación de los hechos como delito militar»⁶⁵.

Para Almirante, en su diccionario, «material» es todo aquello que comprende en un ejército todo lo que no es el hombre es decir, «almacenes, armamento, artillería, caballos, calzado, colegios, cuarteles, fortificaciones, funciones, hornos, hospitales, maestranzas, oficinas, parques, puentes, transportes, vestuario, víveres»⁶⁶. Según Fontela es el «conjunto de equipos, sistemas, vehículos, aeronaves y buques pertenecientes a las Fuerzas Armadas»⁶⁷. En conclusión, dentro del objeto material del delito se incluye todo aquello que forma parte de los recursos materiales o económicos del Ministerio de Defensa.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 25 de septiembre de 2001.

⁶⁴ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo militar) de 30 de septiembre de 2011, de 17 de noviembre de 2011 y la de 22 de mayo de 2001.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo militar) de 17 de noviembre de 2011. Esta Sentencia recoge lo que ya señaló la Sentencia de 17 de diciembre de 2009 de la Sala de Conflictos de Jurisdicción (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010, pp. 30658 a 30663). Según esta Sentencia «el dinero metálico es el efecto más genuino y de mayor importancia que tienen a su disposición las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus misiones constitucionales, por lo que concluye que, en definitiva, en el ámbito castrense lo determinante es su adscripción a los Ejércitos o Institutos Armados de naturaleza militar, lo que permite, sin mengua de aquella unidad de la Hacienda a aludimos, la tipificación de los hechos como delito militar».

⁶⁶ J. Almirante, *Diccionario Militar*, Imprenta y litografía del Depósito de la Guerra, Madrid, 1869, p. 747.

⁶⁷ S. Fontenla Ballesta, *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 223.

V. EL ARTÍCULO 82.3 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

A. Consideraciones generales

El apartado 3 del artículo 82 del Código Penal Militar⁶⁸ es consecuencia de una larga tradición histórica en nuestro país. Este apartado sólo se diferencia de sus predecesores en la ampliación del sujeto activo del delito y en el objeto material del mismo.

Una de las características comunes a todos los ejércitos del mundo es que a ellos se les atribuye el uso de la fuerza y el arte de hacer la guerra. Consecuencia de esas atribuciones es la utilización de armamento y de material de guerra. Estos elementos son imprescindibles en el ámbito castrense y, por tanto, motivo de inclusión a efectos de protección y castigo en el Código Penal Militar⁶⁹.

El armamento y el material de guerra están directamente relacionados con la Defensa Nacional. Si a ello se le une la peligrosidad de estos elementos por su naturaleza y el riesgo potencial de tráfico, está más que justificada una enérgica protección penal de ese material⁷⁰.

B. El bien jurídico protegido

La razón principal para no incluirse dentro de los tipos previstos en los apartados primero y segundo del artículo 82 del Código Penal Militar se deriva de que, a pesar de que existen bienes jurídicos en todos ellos que son comunes, en los supuestos de los dos primeros apartados el bien jurídico es más económico. Sin embargo, en el apartado tercero el bien jurídico es predominantemente militar desde un punto de vista de protección, defensa, efectividad y potencia⁷¹. Además, la tipifica-

⁶⁸ El artículo 82.3 del Código Penal Militar señala «si se tratare de material de guerra o armamento o armamento, cualquiera que fuese su valor y el autor, incluso cuando éste no tenga la condición de militar, se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo».

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Militar Territorial 5.º de 28 de marzo de 2007.

⁷⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1997, de 27 de abril de 2004, de 25 de octubre de 2001, 21 de octubre de 2000, de 18 de junio de 2004 y de 2 de noviembre de 2009.

⁷¹ Así lo entendía la doctrina del Consejo Supremo de Justicia Militar en las Sentencias de 25 de mayo de 1983, de 7 marzo de 1984 y de 28 de mayo de 1986, y que

ción en preceptos o apartados distintos para diferenciar el armamento y material de guerra del resto de elementos de las Fuerzas Armadas a efectos de protección, es una característica que se observa en el ámbito del Derecho comparado⁷² al implicar este tipo de conductas un riesgo potencialmente grave y negativo con consecuencias de difícil previsión si ese material llegara a manos indeseadas.

C. Sujeto activo

Lo más llamativo de este apartado tercero del artículo 82 del Código Penal Militar es que se extiende el sujeto activo del delito a cualquiera y, por ello podrá ser tanto un militar como un paisano. En el Código Penal Militar lo común es que el sujeto activo del delito sea un militar.

Son muy pocos los delitos en que el sujeto activo puede ser alguien ajeno a la carrera de las armas. Éste es uno de los casos en que se produce esta circunstancia⁷³ y, se justifica, en mi opinión, en la peligrosidad que estas conductas llevan aparejadas, así como el daño propio que realiza a la defensa y efectividad de los ejércitos⁷⁴.

D. La tipicidad y el objeto material

Respecto a la redacción del precepto opino que se puede suprimir la expresión «cualquiera que fuera su valor», debido a que, con la reforma

continúa la jurisprudencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo como demuestra su Sentencia de 10 de mayo de 1989 y que aplican el resto de tribunales militares.

⁷² El ejemplo más claro se encuentra en Italia que diferencia los objetos de armamento militar en su artículo 164 del Código Penal Militar para tiempos de paz, de los efectos o equipamientos militares. *Vid.* R. Venditti, *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*, cit., pp. 177 y ss.

⁷³ Tradicionalmente en la normativa penal española han sido pocos los delitos militares en los que el autor del delito podía ser un paisano. En el caso de sustracciones y apoderamiento de armamento y material de guerra existe una larga tradición que continúa con este precepto del Código Penal Militar actual.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 10 de mayo de 1989 que aplican el resto de tribunales militares como por ejemplo el de Santa Cruz de Tenerife en Sentencia de 21 de enero de 2013.

que se produce en el Código Penal en el año 2015, desaparecen del texto penal general las faltas⁷⁵.

La consecuencia es que para que se cometa el delito ya no es necesario que el valor de su objeto material sea superior a los cuatrocientos euros. Esta nota indica un grave defecto de técnica por parte del legislador. El actual Código Penal Militar se aprueba el 14 de octubre de 2015, cuando la reforma de la norma común ya se había producido e incluso entrado en vigor. Además el Código Penal Militar no entró en vigor hasta mediados de enero del 2016⁷⁶. Por ello, en este caso concreto, la deficiencia es patente y sin justificación alguna.

El objeto material del delito no es otro que el material de guerra y el armamento, que son elemento esencial por su propia naturaleza de los ejércitos y de los institutos de naturaleza militar.

El material de guerra es el «conjunto de armas e ingenios empleados en la acción bélica»⁷⁷. Según Blecua Fraga, debe considerarse como material de guerra cualquier «aparato, vehículo, elemento fijo o móvil susceptible de ser empleado por las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de las misiones operativas que le son propias»⁷⁸.

En mi opinión, para la determinación del material de guerra se deberá estar al caso concreto como consecuencia en algunos casos de la dificultad de determinar si un objeto puede entrar o no en esta categoría. En cualquier caso una valiosa guía para delimitar su concepto es la normativa administrativa sobre armamento.

El armamento se define como aquel «conjunto de armas, ingenios y materiales empleados en la acción bélica que con su perfeccionamiento

⁷⁵ El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que modifica el Código Penal justifica la supresión de las faltas penales del Código Penal señalando que «se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas —delitos leves en la nueva regulación que se introduce— viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles».

⁷⁶ Disposición final 8.^a de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código penal militar.

⁷⁷ S. Fontenla Ballesta, *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 222.

⁷⁸ R. Blecua Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2051.

continuo imprime a la acción un carácter multiforme, reflejado en los procedimientos, sobre los que ejerce extraordinaria influencia»⁷⁹.

Para determinar en cada caso concreto si se da el objeto material del delito es imprescindible acudir al Reglamento de Armas⁸⁰, en cuyo artículo 6 se establece qué se consideran armas⁸¹ de guerra y por tanto, la prohibición de su adquisición, tenencia y uso para particulares.

Se consideran armas de guerra las armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 milímetros y su munición⁸², las armas de fuego o sistemas de armas de fuego⁸³ de calibre inferior a 20 milímetros, cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra y su munición⁸⁴, las armas de fuego automáticas, los conjuntos, subconjuntos y piezas fundamentales de las armas y municiones indicadas anteriormente, así como, en su caso, sus sistemas entrenadores o subcalibres. Además, también se consideran armas de guerra las bombas de aviación, misiles, cohetes, torpedos, minas, granadas, así como sus subconjuntos y piezas fundamentales y, por último, las no incluidas en los apartados anteriores y que se consideren como de guerra por el Ministerio de Defensa.

Según se desprende de la propia normativa, la determinación de arma de guerra es muy amplia por la gran variedad de casuística que encierra. También, se ha de tener en cuenta que el mundo armamentístico es cada vez más complejo con una industria que avanza a grandes

⁷⁹ S. Fontenla Ballesta, *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 43.

⁸⁰ Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, modificado el 9 de julio de 2011. El Reglamento de 1993 sustituye al de 24 de julio de 1981.

⁸¹ Arma se define como el «instrumento o máquina destinada a atacar o defender». *Vid.* S. Fontenla Ballesta, *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 41.

⁸² Munición se define en el Reglamento como «cartucho completo o sus componentes, incluidas las vainas, los cebos, la carga propulsora, las balas o los proyectiles utilizados en un arma de fuego, siempre que estos componentes estén autorizados en territorio nacional» (art. 2 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero).

⁸³ El artículo 2 del Reglamento de armas define el arma de fuego como «toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida par alanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un perdigón, bala o proyectil por la acción de un combustible propulsor».

⁸⁴ Fontenla lo define como «cartucho o tiro. Conjunto formado por carga de proyección, estopín, vaina y proyectil. Dispositivo o artificio cargado con una sustancia explosiva». *Vid.* S. Fontenla Ballesta, *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 114.

pasos, dejando poco a poco el armamento clásico de guerra, conocido como armas convencionales y extendiéndose hacia sofisticados sistemas armamentísticos, así como a la exploración de armas no letales⁸⁵.

VI. CULPABILIDAD, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

En materia de culpabilidad, autoría y participación, no hay elementos particulares que añadir en esta sede consecuencia de estar ante tipos comunes debido al reenvío que el Código Penal Militar hace a la normativa general penal para estas conductas.

VII. CONCURSOS

En materia concursal se siguen los criterios que se establecen en el Código Penal Militar en virtud del principio de complementariedad de la normativa penal castrense como se plasma en el artículo 1.2 del referido texto normativo⁸⁶.

Las únicas particularidades se darán en un concurso de delitos⁸⁷ con alguno de los tipos previstos en los artículos 34 y 35 del Código Penal Militar referidos a delitos contra el centinela, autoridad militar, fuerza armada o policía militar. También es posible concurso de delitos con el abandono de destino y la desertión de los artículos 55 y 56 del Código Penal Militar respectivamente, si la ausencia o sustracción se realiza con alguna de los tipos del artículo 82 del Código Penal Militar.

⁸⁵ Conclusiones al Seminario *Efectos del empleo de armas no letales en zonas urbanas* celebrado el 25 y 26 de noviembre de 2015 en la Academia de Infantería del Ejército de Tierra en Toledo. Documento de la Dirección de Investigación, Doctrina, Orgánica y Materiales, pp. 79 y ss.

⁸⁶ El artículo 1.2 del Código Penal Militar señala que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

⁸⁷ Se produce si por una misma acción se realizan simultáneamente dos tipos legales de delito, es decir una pluralidad de delitos (concurso ideal) o cuando una infracción penal es medio necesario para la comisión de otra (concurso medial). En estos supuestos se aplicarían las reglas penológicas que se establecen en el artículo 77 del Código Penal.

VIII. PENALIDAD

Respecto a la penalidad⁸⁸, los diferentes tipos delictivos del artículo 82 del Código Penal Militar son supuestos agravados de la normativa penal en sintonía con la nota de severidad⁸⁹ que revisten las normas penales militares⁹⁰. Esto se debe al plus que se exige al militar como servidor público especial⁹¹ y la seriedad que deben de tener todos los componentes que forman el colectivo castrense⁹² en los supuestos de los dos primeros apartados del artículo 82 del Código Penal Militar ya que en el artículo 82.1 la pena será la del Código Penal «para tales delitos impuestas en su mitad superior» y en el artículo 82.2 «el límite mínimo de las penas previstas en el Código Penal se incrementará un quinto»⁹³.

En el caso del apartado tercero también entiendo que se justifica el incremento de pena con respecto el Código Penal, al ser consecuencia del objeto material del delito que está tan íntimamente unido a la Defensa Nacional, junto a la peligrosidad del material, por su naturaleza y potencial riesgo de tráfico que inexorablemente debe llevar aparejado una enérgica protección penal del mismo⁹⁴. En este supuesto la pena prevista para los tipos comunes se incrementará en un quinto de su límite máximo.

En cualquier caso, para la graduación de la pena se estará a las reglas de los artículos 19 y siguientes del Código Penal Militar, que remiten a

⁸⁸ M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., pp. 256 y ss.

⁸⁹ F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, cit., p. 205.

⁹⁰ La búsqueda del mayor rigor punitivo es una constante en la normativa penal militar. *Vid.* F. J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., p. 51.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 50 y ss.

⁹² La idea de prevención general sobresa le muy por encima de la de prevención especial por ello, en el ámbito penal militar existe un rigor punitivo más elevado que el que se prevé en el ámbito común, consecuencia de que los valores que debe tener todo militar va más allá del previsto para la normativa penal común.

⁹³ La única diferencia de tipicidad entre el apartado primero con respecto al segundo es que en el primer caso el militar tiene que tener los efectos, material o equipo reglamentario bajo su custodia.

⁹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1997, de 27 de abril de 2004, de 25 de octubre de 2001, 21 de octubre de 2000, de 18 de junio de 2004, de 19 de julio de 2004 y de 2 de noviembre de 2009.

los criterios generales previsto en el Código Penal⁹⁵. Es decir, se aplica lo señalado en los artículos 61 y siguientes del Código Penal, siendo, por tanto, el nuevo Código Penal Militar fiel a la idea de complementariedad del Derecho Penal Militar⁹⁶ que se predica en el propio Preámbulo de la norma, en contraposición a los precedentes históricos en los que existía un amplio margen judicial para graduar la sanción penal que se imponía⁹⁷.

Además de las penas cualificadas que se establecen, el apartado cuarto del artículo 82 habilita al tribunal sentenciador a aplicar en su caso la pena de localización permanente⁹⁸, si la pena de la norma común es la de trabajos en beneficio de la comunidad, que sería sustituida por esta última. Ambas penas se incluyen en el Código Penal dentro de su artículo 33 como penas leves. La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad se incluye en el apartado 4 letra *i*) del referido precepto, mientras que la pena de localización permanente se encuentra en la letra *h*). En mi opinión, la razón, de la aplicación de la pena de localización permanente obedece al carácter de la severidad de las sanciones militares. La sanción de localización permanente sustituyó a la antigua pena de arresto de fin de semana⁹⁹. Se trata de una pena privativa de libertad más dura que la de trabajos en beneficio de la comunidad, considerada como privativa de otros derechos según el artículo 39 del Código Penal.

Además, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no tendría sentido que se impusiera por un delito recogido en la legislación especial y dirigido principalmente a un estamento como el militar. El artículo 37 del Código Penal se refiere a la pena de localización permanente.

⁹⁵ Artículo 19.1 del Código Penal Militar

⁹⁶ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», cit., pp. 87 y ss., y «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», cit., p. 92.

⁹⁷ F. de Querol y Duran, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo I, cit., p. 73; E. Caderón Susín, «Aplicación de las penas», cit., pp. 516 y ss.

⁹⁸ El apartado 4 del artículo 82 del Código Penal Militar señala que «será de aplicación, en su caso, el artículo 21 del presente Código». Según el artículo 21 del Código Penal Militar «cuando la pena establecida en el Código Penal para los delitos militares previstos en este Código sea la de trabajos en beneficio de la comunidad, se aplicará a los militares la pena de localización permanente de dos meses y un día a tres meses».

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 9 de diciembre de 2005.

CAPÍTULO V

EL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 83 del Código Penal Militar es la extrapolación del parrado primero del artículo 401 del Código Penal de 1973¹ al ámbito del Derecho penal militar eliminando la expresión «que deba intervenir por razón de su cargo», en base a una mayor penalidad que debe exigirse a los militares que realicen este tipo de conductas, con respecto al fun-

¹ Este delito desaparece con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pero se vuelve a introducir gracias a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, asimilándose en parte al derogado artículo 401 del Código Penal de 1973. El precepto donde se incluye es el artículo 439 del Código Penal, el cual dispone que «la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

El artículo 401 del Código Penal de 1973 en su párrafo primero señalaba que «el funcionario público que, directamente o indirectamente, se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con la pena de inhabilitación especial y multa del tanto al tripló del interés que hubiera tomado en el negocio».

cionario público común o civil al que se le añade el delito del artículo 441 del Código Penal mediante la técnica del reenvío.

Se trata de un tipo penal mixto y alternativo², por lo que es suficiente la realización de cualquiera de las conductas en él descritas para que se entienda cometida la infracción penal.

Referido este delito al funcionario público *propio sensu*, autores como Crivellari conocen a este delito con el nombre de «delito de interés particular en actos oficiales»³. Pacheco comentando el mismo delito en el Código Penal Común de 1870, se refiere a él como un delito grave, en que la norma tipifica y cree posible el «fraude del funcionario que al convertirse en contratista perjudique los intereses del Estado [...], beneficiando los suyos particulares»⁴. Para este autor, el funcionario «no puede llevar ningún interés, ni directo ni indirecto, en la materia del contrato mismo»⁵. Por su parte, Groizard señala que, si los funcionarios se convierten en contratistas ocultos, se hacen sospechosos de fraude⁶. Se está ante un precepto de larga tradición en nuestro Derecho penal tanto común como militar porque se incluía en los diferentes textos penales desde antaño. El Código Penal de 1944 lo contenía y también el texto revisado de 1963, así como el de 1973 y desaparece con el Código Penal de 1995 aunque parte del mismo se encuentra en su esencia en el actual artículo 439⁷. El precedente directo en el Derecho

² S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 236; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 119.

³ Citado por F. Puig Peña en *Derecho Penal*, tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, 6.ª edición, Madrid, 1969, p. 472; Citado por F. de Querol y Duran en *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., p. 614.

⁴ Citado por F. Puig Peña en *Derecho Penal*, tomo III, cit., p. 472.

⁵ J. F. Pacheco, *El Código Penal, concordado y comentado*, tomo II, 4.ª edición, Imprenta Manuel Tello, Madrid, 1870, p. 518; F. de Querol y Duran, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., p. 614.

⁶ A. Groizard y Gómez de la Serna, *Código de 1870, comentado y concordado*, tomo IV, Establecimiento tipográfico de los hijos de J. A. García, Madrid, 1912, p. 304.

⁷ El artículo 439 del Código Penal, redactado conforme la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal señala que «la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

penal militar lo tenemos en el artículo 403 número 3.º del Código de Justicia Militar de 1945⁸.

Imaginemos que se produjeran, a modo de ejemplo, conductas como la de que mandos militares formen una organización delictiva en la que se controle la actividad contractual con la única finalidad de enriquecerse, mediante la exigencia de comisiones por contratos, en los que, previamente a la licitación, se ha decidido cuál es la empresa adjudicataria, manipulando los expedientes para eludir los requisitos de publicidad y los controles a cambio de dádiva asesorando a las empresas, preparando la documentación necesaria, avisándolas de las adjudicaciones e, incluso, comprometiéndose a agilizar el pago de facturas. Además, si esas despreciables actuaciones se hicieran públicas, porque un medido de comunicación les diera visibilidad mediática, darían lugar a: 1.º la percepción de que estas prácticas son habituales; 2.º un daño en la imagen del colectivo militar; 3.º una desconfianza hacia la Fuerzas Armadas; y 4.º que se genere la incentivación de ese tipo de conductas abusivas.

La consecuencia es, pues, evidente. Hay que combatir este tipo de comportamientos. Estas acciones no pueden ser impunes y, mucho menos, en un estamento como el de las Fuerzas Armadas en la que se predica de sus miembros una cultura ética muy elevada, en la que todos los participantes de la misma tienen un alto sentimiento de responsabilidad basado en un estricto código de conducta, enraizados entre otros valores en la honradez. Por estas razones se incluyen en el Código Penal Militar delitos como el del artículo 83, en el que, según se expondrá posteriormente al seguir la teoría del delito, se tipifican conductas tan reprochables.

En definitiva con este delito se pretende evitar una de las formas de corrupción, entendiendo por tal el mal uso de la posición para un beneficio privado y por ello personal.

⁸ «El militar que se interesase en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo».

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico⁹ principal y unitario que se pretende preservar es el patrimonio o hacienda en el ámbito militar, siendo este un bien jurídico comunitario¹⁰. La hacienda militar se entiende como el conjunto de los bienes materiales y recursos económicos necesarios para el desenvolvimiento de la actividad propia encomendada a las Fuerzas Armadas y al resto del Ministerio de Defensa¹¹. Los delitos contra el patrimonio en ámbito militar son un grupo de delitos heterogéneos y de difícil conexión entre sí¹², pero que el legislador decidió incluir juntos bajo una misma rúbrica por tener todos ellos un mismo bien jurídico-penal que no es otro que la hacienda en ámbito militar¹³. Además, cada delito por sí mismo o en grupo con otros protege otros valores o bienes jurídico-penales.

Si acudimos a la Exposición de Motivos del Proyecto¹⁴ originario del Código Penal Militar de 1985, que se suprimió por el Senado y que desembocó en el anterior Código Penal Militar, al referirse a los delitos contra la hacienda en ámbito militar, los sistematizaba en grupos y respecto al artículo 191 del Código Penal Militar de 1985 (*interesarse ilícitamente en contrato*), como antecedente del actual artículo 83 del Código Penal Militar, se le incluía entre aquellos en que la conducta era contraria a la probidad e imparcialidad del funcionario¹⁵.

Según la jurisprudencia, opinión que comparto, «la preservación de la dignidad de la función pública debe estar por encima de cualquier interés privado. Cuando esto ocurre, el ordenamiento jurídico reacciona

⁹ A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 127

¹⁰ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 297.

¹¹ En este sentido se debe de tener en cuenta que la Guardia Civil también en determinados casos forma parte del ámbito del Ministerio de Defensa dependiendo de las funciones que realice o de las misiones encomendadas.

¹² F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, cit., p. 236.

¹³ A. Gimeno Amiguet, «Fraudes y abusos patrimoniales. Los delitos y faltas disciplinarias contra la Hacienda Militar», cit., pp. 423 y 424; F. De Querol y Duran, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pp. 610 y 611.

¹⁴ El Proyecto de Código Penal Militar fue publicado el 12 de noviembre de 1984. Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-I, de 12 de noviembre de 1984, pp. 8201 y ss.; A. Millán Garrido, *Justicia Militar*, cit., p. 38.

¹⁵ F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, cit., pp. 237 y 239.

a través de la vía penal como inequívoca demostración de la importancia que la Comunidad ha de conceder a la salvaguarda de las cosas públicas. De ahí la trascendencia cada día mayor de la transparencia y rectitud en las administraciones públicas respecto de los administrados, en relación con las personas y cosas administradas como exigencias propias del Estado de Derecho y democrático, esenciales para nuestra convivencia»¹⁶. La conducta prevista en el artículo 83 del Código Penal Militar realizada por un militar implica «una falta de ética pública»¹⁷ incompatible con su profesión.

La finalidad es evitar el riesgo de que intereses privados prevalezcan sobre los públicos, poniendo en entredicho la objetividad e imparcialidad¹⁸ de la función pública¹⁹, en este caso la que se desempeña en el ámbito del Ministerio de Defensa. En suma, este precepto protege el prestigio y la imparcialidad objetiva de la Administración que se prediga y reconoce en el artículo 103 de la Constitución Española.

Las conductas previstas en el artículo 83 del Código Penal Militar realizadas por un militar implican «una falta de ética pública»²⁰ incompatible con su profesión.

III. LOS TIPOS DEL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

El artículo 83 del Código Penal Militar castiga con pena de prisión de tres meses y un día a tres años, pudiendo imponerse, además la de pérdida de empleo, aquella conducta realizada por un militar prevaliéndose de su condición consistente en «procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la administración militar» o que «cometiere el delito del 441 del Código Penal».

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de marzo de 1992.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 26 de noviembre de 2002.

¹⁸ «El bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales con respecto a los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad» (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 4 de noviembre de 2014 y de 11 de julio de 2008).

¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 7 de enero de 2003, de 18 de junio de 1997, de 14 de octubre de 1997.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 26 de noviembre de 2002.

Se trata de un tipo mixto²¹ y alternativo²². Por ello, se ha de diferenciar por un lado la remisión al artículo 441 Código Penal si lo realiza un militar (única diferencia con lo previsto en la norma general), del tipo clásico de las normas penales militares consistente en «procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración Militar». Se trata para cualquiera de los dos tipos expresados en el artículo 83 Código Penal Militar de delitos de acción²³.

1. «Procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración Militar»

Esta acción²⁴ comporta que se realice necesariamente por parte del sujeto activo del delito una acción positiva consistente en «procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración militar». Ello implica que no sea posible que el delito se cometa mediante omisión, por tanto se trata de un delito de acción²⁵.

La acción de *interesarse* significa «un aprovechamiento de la función pública que se ejerce respecto los contratos u operaciones que se sitúan bajo aquella»²⁶ en la esfera de la Administración militar²⁷.

Esta conducta («se interesare») puede tener una gran amplitud, con lo que dentro de esta expresión se pueden subsumir una gran variedad de acciones en las que el militar puede tener o tomarse un interés personal y propio en una actividad en la que está obligado o no a intervenir por razón del puesto que desempeña²⁸.

²¹ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 296; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 119.

²² S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 236.

²³ Los delitos de acción son aquellos que requieren que la conducta consista en un hacer activo, tratándose por tanto de la infracción de normas prohibitivas. M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 113.

²⁴ A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 181

²⁵ *Ibidem*, pp. 155 y ss.

²⁶ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 7 de diciembre de 1995 y de 5 de marzo de 1992.

²⁷ J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 256 y ss.

²⁸ «La conducta típica viene definida con el verbo se “interesare” que, por su amplitud, permite las más variadas formas en que un funcionario puede tomarse un interés

Simplemente con un acto (interesarse) se realizará la conducta prevista en el tipo y por ello es un delito de un acto al describirse una sola acción²⁹. El interés es lo mismo que se produzca de una forma directa como indirecta. Aunque sí es necesario que ese interés consista en vincularse el militar, ligándose a expectativas de posible beneficio³⁰.

Como consecuencia de este precepto el militar no puede realizar conductas como esta en la que interviene directamente, pero tampoco aquellas en las que lo hiciera a través de su cónyuge, ascendiente, descendiente o por cualquier otra persona interpuesta en un negocio jurídico que dependa de la Administración militar.

Además, con estas actuaciones se produciría una incompatibilidad³¹ para contratar con la Administración militar de aquellas empresas en las

propio y personal en una actividad de contenido pecuniario en la que tiene obligación de intervenir por el cargo que desempeña» (Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995).

²⁹ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 235.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de febrero de 1980.

³¹ La incompatibilidad referida no es la incompatibilidad del militar para desarrollar un trabajo privado fuera de las funciones públicas que ejerce, las cuales pueden dar lugar a una falta disciplinaria por no estar autorizado a ello.

En concreto el artículo 8 en su punto 11.º de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas, señala que son faltas muy graves: «El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades». Las normas sobre incompatibilidades se regulan por Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y por el Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, de incompatibilidades del personal militar. Este Real Decreto, conforme a lo previsto en la disposición adicional 5.^a de la Ley, adapta ésta «a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas». Esta idea se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que señala «sobre el hecho de que el recurrente percibiera retribuciones de la Empresa SITEC, por los trabajos de asesoramiento que aquél prestaba a ésta, no implicaría otra cosa, en su caso, que una infracción disciplinaria por incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades del personal militar. En relación con él, en la misma Sentencia de 18 de mayo de 1994 se dice: “el recurrente no ha sido condenado en la Sentencia impugnada por haber practicado el pluriempleo, ni tampoco por haberse dedicado a actividades incompatibles, desde el punto de vista administrativo, con las que le incumbían como militar... sino por haber realizado actos que integran el delito contra la hacienda en el ámbito militar que tipifica el artículo 191 del Código Penal Militar. Se le ha condenado, pues, por haber cometido un hecho penalmente típico [...] sin perjuicio de examinar la corrección del raciocinio en cuya virtud ha sido subsumido el hecho en la mencionada norma penal”». Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar), de 14 de diciembre de 2004. *Vid.* R. Barranco Vela, «El régimen de incompatibilidades de las Fuerzas Armadas», en *La carrera horizontal*, el

que un militar forme parte de su Consejo de Administración, ocupe otros cargos directivos o figure como representante o agente comercial.

El procurarse interés en cualquier clase de contrato u operación implica que existe una finalidad de obtención de un provecho, utilidad o ganancia, un lucro patrimonial en cualquier actividad de carácter negocial, haciendo abstracción de que tal provecho llega a realizarse efectivamente o no³². Por eso se trata de una conducta dolosa y un delito de mera actividad o peligro independientemente de que, como consecuencia de esa actuación, se produzcan consecuencias.

En el orden práctico, el interesarse se desdobra en dos tipos distintos de intervenciones igualmente válidas para la realización del tipo. Es decir, el militar podría realizar el tipo interviniendo como servidor público militar en el contrato u operación. También podrá actuar como particular recibiendo el beneficio directo o indirecto de tal operación, poniendo pues el interés público de su gestión que debe llevar el sello de la limpieza y honestidad de aquella, al servicio de sus intereses privados o particulares y pudiendo dar lugar a consecuencias despreciables como el obtener beneficios de una manera deshonesto e incompatible³³ con la carrera de las armas.

Es destacable que con la acción prevista en el tipo no es necesario que se dé un resultado porque no requiere la «defraudación ni artificio para defraudar, sino un interesarse en operaciones de la Administración Militar, lo que significa un aprovechamiento de la función pública militar que se ejerce respecto a contratos u operaciones que se sitúen bajo aquélla»³⁴.

El «interesarse» es respecto a un contrato u operación con la Administración Militar. La expresión «contrato u operación» unida al resto del precepto, ha de entenderse a través de una interpretación literalista³⁵,

Estatuto básico del empleado público, situaciones administrativas y otras cuestiones en la Ley de la Carrera Militar, Seminario «La Carrera Horizontal desde la perspectiva militar», dir. por R. Barranco Vela y A. Ramírez Fernández, Centro mixto Universidad de Granada-MA-DOC, d-estante, 2012, pp. 145 y ss.

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 20 diciembre de 1994.

³³ R. Barranco Vela, «El régimen de incompatibilidades de las Fuerzas Armadas», cit., pp. 145 y ss.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de marzo de 1992.

³⁵ Artículo 3 del Código Civil.

en absoluto extensiva, pero si teleológica, como cualquier actividad de naturaleza económica en la que el sujeto activo del delito se inmiscuya para el logro de un beneficio de igual naturaleza³⁶.

Esa «cualquier clase de contrato u operación», es decir una actividad negocial cualquiera, debe afectar o estar relacionada con la Administración militar. Pero esto no quiere decir que deba producirse un perjuicio o detrimento en la hacienda militar o patrimonio militar. Ni tan siquiera se requiere o se necesita que se produzca beneficio de algún tipo al militar que realiza la conducta prohibida. El legislador ha entendido que la lesión se da por realizada u ocasionada automáticamente y simplemente por intervenir con interés particular y propio del militar sin tener en cuenta el daño que puede ocasionar a la Administración militar³⁷.

En mi opinión, necesitaría ampliarse el precepto añadiendo un nuevo apartado. Éste sería un tipo cualificado respecto del tipo básico que se prevé en el artículo 83 para el supuesto de que se obtuviera un beneficio por parte del militar que hace que la reprochabilidad de la conducta sea aún mayor.

Se trata de un delito conocido con la nomenclatura de infracción de deber³⁸ que evidencia la dimensión ética del sistema normativo de

³⁶ Así lo señala el Tribunal Supremo respecto del artículo 401 del Código Penal de 1973 en la sentencia de la Sala de lo Penal de 5 de marzo de 1992, según el cual estas «exigencias que se extraen de su propia redacción y de su ubicación dentro del Código Penal (Capítulo XI del Título VII situados «de los fraudes u exacciones ilegales») aunque se trata de un delito de pura actividad, siendo indiferente que el titular de las obras fuera el Alcalde o mujer [...] un sector doctrina estima que hubiera debido utilizar la expresión «negocio jurídico para describir este comportamiento, aunque siempre con un trasfondo económico».

³⁷ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 18 de mayo de 1994 y de 20 de diciembre de 1994 según la cual «lo decisivo para que el delito alcance realidad es, simplemente que el sujeto se interese en el contrato —en su celebración o en su ejecución— que afecta a la Administración militar, porque el bien jurídico tutelado mediante castigo, a semejanza de lo que ocurre con el delito tipificado en el artículo 401 de Código Penal de 1973 es la probidad del funcionario —en este caso el militar—, su lealtad hacia la Administración, valores que no deben ser puestos en peligro mediante actuaciones como la del recurrente».

³⁸ Respecto a los delitos de infracción del deber existen diferentes corrientes sobre los mismos, destacando la de Roxin (C. Roxin, «Los delitos de infracción de deber», en *Autoría y dominio del Hecho en Derecho penal*, 7.ª edición, traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000), la de Jakobs (G. Jakobs,

justicia penal, en la medida que supone la criminalización de un deber extrapenal por quien tiene una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico-penal.

La imparcialidad en la actuación de la Administración Pública, en nuestro caso en la Administración Pública en ámbito militar, es uno de los valores que vertebran el Estado de Derecho de una sociedad democrática, pues en base a ello se consolida la credibilidad entre los ciudadanos. Consecuencia de ello es la prohibición de obtener ventaja particular por parte del servidor público en asunto en el que deba intervenir oficialmente, y a esta idea responde este precepto³⁹.

No es preciso que se produzca un fraude o engaño por parte del militar, ya que el artificio fraudulento⁴⁰ no es exigencia del tipo que se está analizando. Por ello, es de importancia destacar que en esta conducta no es necesario el perjuicio a la Administración militar, aunque es evidente que se falla y lesiona la lealtad y confianza que el Estado (en nuestro caso la Administración militar) ha depositado y tiene en sus servidores públicos militares.

2. El tipo del 441 Código Penal en ámbito militar

El tipo que se prevé en el artículo 441 del Código Penal para el ámbito militar es aquella conducta⁴¹ que realiza el militar «fuera de los caso admitidos en la Ley o Reglamentos, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental».

La acción típica consiste en realizar una actuación profesional o de asesoramiento a entidad privada en asuntos que se encuentran relacio-

Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, 2.^a edición, traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995), Sánchez-Vera (J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2002) y Bacigalupo (S. Bacigalupo, *Autoría y Participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007).

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 16 de mayo de 20011.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 20 de diciembre de 1994.

⁴¹ A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 181

nados con el cargo que ejerce el militar fuera de los casos previsto, es decir violando el régimen de incompatibilidades⁴².

La conducta no abarca el trabajo o actividades realizados para la Administración Militar⁴³. Lo delictivo será la actuación que comprometa la imparcialidad, sólo ésta, por menoscabar el deber de exclusividad o por provocar una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública⁴⁴.

Conductas como la de asesorar a empresas para que se les adjudicaran los contratos realizados por militares es lo que se persigue evitar con la inclusión de este tipo en el Código Penal Militar, al dañar la imagen de las Fuerzas Armadas, ir en contra de la probidad necesaria para ser militar y, en definitiva, resultar incompatible con la ética exigible al colectivo castrense.

IV. SUJETOS

1. Sujeto activo

El sujeto activo del delito ha de ser necesariamente un militar, para las conductas que se recogen en el artículo 8 del Código Penal Militar. Para el caso de la acción de «procurarse interés» no se requiere o necesita ningún otro requisito más. Sin embargo para la conducta del 441 Código Penal sí que se exige que el militar por razón de su cargo tenga que intervenir⁴⁵.

2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo y titular del bien jurídico-penal atacado no es otro que el Estado en su rama de la Administración Militar, como ocurre en todos los delitos militares y cuya imagen tan perjudicada queda con conductas realizadas por su personal. El artículo 83 del Código Penal

⁴² Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

⁴³ Sentencia del alto Tribunal de 7 de enero de 2003.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2012.

⁴⁵ A diferencia de lo que ocurría con el artículo 401 de Código Penal de 1973. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 22 de junio 1995.

Militar es un delito especial propio⁴⁶ debido a que el sujeto activo del mismo sólo puede ser el militar o funcionario⁴⁷ afectado por el deber de imparcialidad que se protege.

V. NECESIDAD DE QUE LA CONDUCTA SEA DOLOSA

Se requiere que la conducta sea dolosa, es decir, es necesario una voluntad y consciencia de abarcar los requisitos objetivos contenidos en el tipo penal del artículo 83 del Código Penal Militar, al no tipificarse la conducta por imprudencia⁴⁸.

El militar actúa por su cargo o destino en un negocio determinado tomando un interés particular en un concreto asunto en el que sólo tiene que primar el interés de la Administración militar.

Ese dolo existirá cuando en asuntos en los que sólo debe prevalecer el interés de la Administración militar⁴⁹ mezcla el militar sus intereses particulares en la esfera de la gestión pública. Con ello, se quiebra la ética propia que debe tener todo militar en el ejercicio de sus funciones, por el simple hecho de ser militar y que le obliga a respetar aún más que a cualquier otro servidor público las cuestiones morales o éticas⁵⁰. Con

⁴⁶ No posee figura común para el *extraneus*, desde el momento en que sólo la autoridad o funcionario público que conoce de un asunto por razón de su cargo o que pertenece al lugar donde se tramita o resuelve el mismo puede violar el deber personalísimo de abstención, imparcialidad y exclusividad (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004).

⁴⁷ Esto último atendiendo a las normas comunes.

⁴⁸ Consecuencia del principio de legalidad proclamado en el artículo 9 de la Constitución Española y en el Código Penal, además la señala la jurisprudencia que del «sistema de régimen *apertus* de los anteriores códigos penales se ha pasado al de *numerus clausus* o de *clausula especifica* en la punición de los delitos y faltas imprudentes o culposos, lo que supone una limitación del castigo de las conductas meramente imprudentes, aun cuando sean punibles los mismos comportamientos en su versión dolosa». Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 de marzo de 1997, de 14 de septiembre de 2005 y de 27 de enero de 2009.

⁴⁹ J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 256 y ss.

⁵⁰ El artículo 15 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, dispone que el militar «dará primacía a los principios éticos que responden a una exigencia de las que hará norma de vida. De esta forma contribuirá a la fortaleza de las Fuerzas Armadas, garantía de paz y seguridad».

esta conducta, se daña la buena imagen de la Administración militar⁵¹, cuando él mismo tiene una función de velar por la misma, de cuidarla y preservarla.

Cuando el militar persigue un interés particular lleva implícitamente aparejado un dolo intencional o impulsor. Ese dolo es el único elemento subjetivo exigido por el legislador como integrante del tipo previsto en el artículo 83 del Código Penal Militar. No se necesita que exista un engaño o artificio fraudulento, sino simplemente la voluntad consciente de actuar a la vez como particular y como servidor público de la Administración Militar.

Se trata de un tipo delictivo congruente en que la parte subjetiva de la acción se corresponde con la objetiva. El militar para cometer la conducta típica prevista en el artículo 83 del Código Penal Militar ha de interesarse por alguna actividad contractual u operacional de la Administración Militar o, como diría Rodríguez Devesa, en los «negocios jurídicos» de la Administración Militar⁵².

El sentir general de la sociedad detesta este tipo de conductas, despreciándolas y rechazándolas, máxime en un contexto económico como el actual, en que la sola idea de obtener un provecho privado consecuencia de ocupar un puesto o ejercer un servicio público es denostada con arraigo. Además, el militar debe tener un conocimiento. Para ello se le instruye en sus obligaciones, sus deberes e incompatibilidades⁵³ entre la actividad privada y la pública⁵⁴.

En el caso de la conducta del 441 del Código Penal además es posible el dolo eventual si asume la posibilidad de que el asunto en

El artículo 119 del mismo texto normativo señala respecto a la actuación del militar que «se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, corporativas o cualquier otra que puedan colisionar con la satisfacción del interés generales».

⁵¹ J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 256 y ss.

⁵² J. M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., p. 1040.

⁵³ Ley Orgánica 53/84, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

⁵⁴ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de julio de 1997 y de 14 de octubre de 1997.

el que asesora o actúa probablemente se decida en la unidad, centro u organismo en la que se encuentra destinado⁵⁵.

VI. FORMAS IMPERFECTAS DE APARICIÓN

A lo largo del *iter criminis* se tienen en cuenta las distintas fases por las que discurre el delito. Las diferentes etapas constituyen el camino en las que el delito puede cometerse atendiendo al grado de ejecución⁵⁶.

De antemano se sabe que no es posible castigar o tener en cuenta para el Derecho penal la llamada fase interna y que sólo en los casos expresamente establecidos por el legislador los actos preparatorios son punibles⁵⁷.

A. Actos preparatorios

No se ha establecido por el legislador ni en la normativa penal común ni en la militar para las figuras del artículo 83 de Código Penal Militar los actos preparatorios, por lo que no es posible que exista responsabilidad penal en los casos de provocación, conspiración o proposición⁵⁸ para los supuestos contemplados.

B. Tentativa

No es posible la tentativa⁵⁹ inacabada, ni acabada, ni el desistimiento. Al ser un delito de mera actividad difiere de lo previsto para los delitos de resultado⁶⁰, agotándose el tipo simplemente con la realización de

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 13 de julio de 2012.

⁵⁶ C. Vázquez González, *Casos Prácticos de Derecho Penal (Parte Especial)*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 38.

⁵⁷ Artículos 17 y 18 del Código Penal. Es una consecuencia del principio de legalidad penal. A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 71 y ss.

⁵⁸ No es posible castigar por ellos en virtud de lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Código Penal y el artículo 1.2 del Código Penal Militar.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 20 de diciembre de 1994.

⁶⁰ L. Gracia Martín, «El “*iter criminis*” en el Código Penal español de 1995», en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pp. 259 y ss.

una conducta o acción que no necesita producir un resultado material a pesar de que idealmente debe ser lesiva para un bien jurídico-penal.

En los delitos de mera actividad, señala Jeschek, «el tipo del injusto se agota [...] en una acción del autor, no precisándose un resultado en el sentido de un efecto exterior diferenciable espacio-temporalmente»⁶¹. Para García Arán los delitos de mera actividad carecen de problemas causales⁶² y no admiten la tentativa acabada, aunque sí la inacabada, si bien en la práctica no se castiga.

El artículo 83 del Código Penal Militar se puede considerar un delito de intención⁶³, es decir, un delito de tendencia interna transcendente en el que «el autor persigue un resultado que, ciertamente, debe considerar para llenar el tipo, pero que no necesita alcanzar»⁶⁴, no siendo tampoco posible el desistimiento al configurarse como un delito de consumación instantánea⁶⁵.

VII. CONSUMACIÓN

No se necesita para la consumación del delito que el autor consiga el provecho proseguido, ni que la Administración militar resulte económicamente perjudicada al ser un delito de mera actividad⁶⁶ o, como lo considera un sector de la doctrina, un delito de «peligro presunto»⁶⁷ con cuyo castigo, ante todo, se trata de proteger el correcto e imparcial funcionamiento de la Administración militar, su buena imagen ante los ciudadanos y la probidad de los militares que la sirven⁶⁸ como bienes jurídicos penales militares que son.

⁶¹ H. Jescheck y T. Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción de M. Olmedo Cardenete, 5.ª edición, Comares, Granada, 2002, p. 282.

⁶² F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 423.

⁶³ Se llaman así porque en ellos la finalidad o motivo trasciende la realización del hecho típico. En ellos se adelanta la represión penal a un momento anterior al de la producción del resultado que se pretende evitar. C. Roxin, *Derecho penal, Parte General*, cit., p. 317.

⁶⁴ H. Jescheck y T. Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 342.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 24 de junio de 1996.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 20 de diciembre de 1994.

⁶⁷ J. M. Rodríguez Devesa, «Fraude militar», en *Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix*, tomo X (1960), p. 166.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 24 de junio de 1996.

VIII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

A. Autoría

Los tipos previstos en el artículo 83 del Código Penal Militar son constitutivos de delitos especiales propios. El autor sólo puede ser un servidor público. Pero al tener equivalencia estas figuras en la normativa común, también pueden calificarse como especiales impropios al tratarse de supuestos agravados con respecto a la normativa común en razón del sujeto activo del delito que habrá de ser un militar. El autor necesariamente será un militar. El Código Penal Militar no dispone ninguna regla en materia de autoría para los delitos militares, por lo que buscar en el mismo de nada servirá⁶⁹. Por este motivo se acude a la normativa común, en donde se contienen las reglas de la autoría y participación⁷⁰ que serán también de aplicación para el Derecho penal militar en virtud de lo señalado en el artículo 1 del Código Penal Militar, como consecuencia del carácter de complementariedad que inspira el Código Penal Militar de 2015 y de la especialidad del texto militar con respecto a la normativa común⁷¹.

A pesar de las diferentes interpretaciones, para determinar la noción de autor partiendo del artículo 28 del Código Penal, su concepto debe ser restrictivo⁷², llegando a esta conclusión partiendo de la teoría del

⁶⁹ J. F. Higuera Guimerá, *Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General*, cit., p. 267.

⁷⁰ Según este artículo 1.2 Código Penal Militar, «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

⁷¹ Hoy la complementariedad del Derecho penal militar con respecto al común es aceptada por la unanimidad de la doctrina sin dejar de entenderse una especial naturaleza de las infracciones militares que incluso se ha dejado ver en algún proyecto de reforma como por ejemplo la Exposición de motivos del Proyecto de reforma del Código de Justicia Militar de 1978 donde se reconoce la especial naturaleza de las infracciones militares que «comprenden generalmente un tipo de antijuricidad y culpabilidad compleja, en las que el hecho no es susceptible de juicio ajeno a los profesionales de las armas». Vid. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 124; y «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», cit., p. 93.

⁷² M. Olmedo Cardenete, *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 177 y ss.

dominio del hecho. En el caso que estamos analizando para ser autor se tiene que producir la infracción de un deber⁷³.

Respecto a la autoría mediata, se ha de tener en cuenta que el propio artículo 83 del Código Penal Militar se refiere a ella al hablar del que «se interesare directa o indirectamente». Incluye en ese *indirectamente* al autor mediato en los términos del artículo 28 del Código Penal. Este precepto señala que «son autores quienes realizan el hecho... por medio de otro del que se sirven como instrumento»⁷⁴, pero en nuestro caso, para ser autor mediato, evidentemente también se ha de ser militar. Esta figura del autor mediato se encuentra también en el 441 del Código Penal en la expresión «por sí o por persona interpuesta».

En cuanto a la coautoría⁷⁵, en la conducta tipificada en el artículo 83 del Código Penal Militar no parece que sea posible que pueda producirse. Es necesario el mutuo acuerdo y la comisión del delito conjuntamente por varias personas. El coautor ha de realizar dentro del *iter criminis*, en la fase de ejecución del delito, una contribución imprescindible y adecuada para la realización del tipo penal. Señala Mir Puig que «los coautores se reparten la realización del tipo de autoría»⁷⁶. Se trataría de que ninguno de ellos realiza el hecho completamente por sí mismo, sin que pueda considerarse a ninguno participe del hecho de otro⁷⁷. Sin embargo, sí hay que entender que es posible la autoría basándonos en la pertenencia del delito⁷⁸, de esta forma también se justificaría la autoría atribuida al autor mediato⁷⁹.

⁷³ E. Pérez Alonso, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 165 y ss. Critica esta teoría J. López Barja en *Autoría y participación*, Akal/iure, Madrid, 1996, pp. 28 y ss.

⁷⁴ M. Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales individuales*, Tirant lo Blanch monografías, Valencia, 1999, p. 330.

⁷⁵ La definición de coautoría es una de las novedades que incorporó en su día el Código Penal de 1995.

⁷⁶ S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 400.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 401.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 403.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 403.

B. Participación

En nuestro sistema rige, en materia de participación, el principio de accesoriidad limitada en materia de participación⁸⁰. Por ello, para que los partícipes respondan criminalmente el autor debe de haber realizado la conducta típica y antijurídica prevista en el tipo delictivo en cuestión.

Al ser un delito especial y además de infracción de deber⁸¹, presenta interés la posibilidad de participación del *extraneus*, en virtud de principio de accesoriidad limitada en la participación y de unidad de título de imputación⁸². Con lo que los partícipes responderán por el delito especial⁸³, como es el delito militar⁸⁴ e implicará la no irreprochabilidad por ello al *extraneus*, salvo que tenga la cualidad de militar o de funcionario público⁸⁵.

Además, en esta materia cobra importancia la normativa sobre contratación pública de nuestro país que sigue los criterios europeos. A esos criterios europeos se encuentra España obligada con la finalidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia que son fundamento de la normativa comunitaria⁸⁶.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 406 y ss.

⁸¹ Respecto a los delitos de infracción del deber existen diferentes corrientes sobre los mismos, destacando la de Roxin, Jakobs, y Bacigalupo.

⁸² En los delitos especiales el autor está determinado por la ley, en virtud de que la conducta implica forzosamente la infracción de un deber jurídico específico. En el *extraneus* la autoría es imposible, pero la participación sí que puede darse siempre que el autor sea el sujeto calificado por la ley en base a que el autor es un elemento del tipo objetivo sin el que la conducta sería atípica. E. Alberto Donna, *La autoría y la participación criminal*, cit., pp. 88, 104 y 105.

⁸³ Responderán por este delito del artículo 83 del Código Penal Militar. S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 396 y ss.; R. Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 23 de marzo de 1993.

⁸⁵ En este caso se reconduciría a través de las normas comunes.

⁸⁶ La pertenencia de España a la Unión Europea ha exigido en los últimos años un esfuerzo de adaptación y armonización de nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario, en particular con la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Esta Directiva no sólo refunde las tres Directivas clásicas en esta materia (Directivas 92/50/CEE, sobre coor-

En un delito militar, como el del artículo 83 del Código Penal Militar, el partícipe viene arrastrado por «el mayor contenido del injusto que debe atribuirse a la conducta desleal de quien como el militar, debe dar primacía a los valores morales»⁸⁷. La participación puede ser tanto mediante la inducción⁸⁸, que el legislador la equipara a la autoría en el artículo 28 del Código Penal, como mediante la cooperación⁸⁹ ya sea necesaria⁹⁰ o no necesaria.

IX. PROBLEMA CONCURSAL

A. Concurso de normas

El concurso de normas es posible que pueda plantearse entre el artículo 83 del Código Penal Militar y el artículo 439⁹¹ del Código

dinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios; 93/36/CEE, sobre coordinación de los mismos procedimientos en los contratos de suministro; y, la 93/37/CEE, sobre coordinación de los mismos procedimientos en los contratos públicos de obras), sino que introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Militar Central de 4 de febrero de 2004.

⁸⁸ Un ejemplo es cuando X convence al funcionario militar en su cargo, para que le facilite información sobre un contrato en el ámbito de la Administración militar.

⁸⁹ La cooperación se regula en el artículo 29 del Código Penal en virtud del artículo 1 del Código Penal Militar. El artículo 29 del Código Penal considera cómplices «a los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

⁹⁰ Un ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Militar Central de 4 de febrero de 2004, referido al señor que «se asoció con la compañera sentimental del Capitán administrador del Hospital Militar, y le pagó determinados salarios, al tiempo que concurría a los contratos convocados por el Hospital Militar de Las Palmas, y acordaba con el citado Capitán en su calidad de Administrador las modalidades de entrega de determinados suministros. Asimismo, retribuía regularmente al citado Administrador por su actividad de asesoría técnica, mientras, en contraprestación recibía no sólo presuntos informes, sino un trato de favor en el conjunto de la contratación llevada a efecto por el Hospital Militar de Las Palmas. El señor ha de ser considerado, por tanto, como coautor en tanto que cooperador necesario de la acción antijurídica realizada por el Capitán Administrador, conforme a lo señalado el artículo 28.b) del Código Penal, ya que sin su actuación el citado Capitán no hubiera podido ni siquiera intentar su propósito de procurarse interés en la actividad contractual desplegada por el Hospital Militar de las Palmas».

⁹¹ El artículo 439 del Código Penal, redactado conforme la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal señala que «la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad,

Penal. Este concurso de normas se resolverá teniendo en cuenta la remisión prevista como consecuencia de la especialidad y complementariedad del Derecho penal militar⁹². Por ello es de aplicación lo dispuesto en el artículo 8 del Código Penal⁹³, que en el caso será aplicando el principio de especialidad.

B. Concurso de delitos

También, pueden darse diversos supuestos de concursos de delitos entre las conductas del artículo 83 del Código Penal Militar con otras del Código Penal Militar y del Código Penal. Estos son:

1.º Concurso con el artículo 415 del Código Penal de revelación de secretos. En este caso, se trata de un concurso real si se producen distintos hechos punibles y el sujeto actúa en todos ellos con dolo directo. Si lo que se produce es un único hecho constitutivo de las dos infracciones estaremos ante un concurso ideal. Lo normal es que con un solo hecho se produzcan las dos conductas típicas previstas, dándose de este modo la identidad de hecho y en definitiva la unidad de acción. Conforme a la regla del concurso ideal prevista en el artículo 77 del Código Penal, se aplicará la pena prevista en su mitad superior para la infracción más grave, es decir la tenga la pena de prisión más elevada.

2.º Concurso con cualquiera de las conductas de cohecho previstas del artículo 419 al 422 del Código Penal. En este supuesto se estaría en presencia de varios hechos punibles en concurso real porque habría

se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

⁹² J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El principio de especialidad», cit., p. 124; y «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», cit., pp. 89 y ss.

⁹³ El legislador ha entendido que si se produce un concurso de normas o leyes se debe optar por la aplicación de uno sólo de los preceptos aplicables para castigar la acción cometida aplicando las siguientes reglas: 1.ª Principio de especialidad (art. 8.1 CP), *Lex specialis derogat legi generali*; 2.ª Principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP), *Lex primaria derogat legis subsidiariae*; 3.ª Principio de consunción (art. 8.3 CP), *Lex consumens derogat lex consumpta*; 4.ª Principio de alternatividad (art. 8.4 CP), en defecto de los otros criterios el precepto penal más grave excluirá los que castiguen la conducta con menos pena.

una pluralidad de acciones y una pluralidad de delitos (artículos. 73, 75, 76 y 78 del Código Penal). Para Blecua Fraga en el cohecho cada cual pretende su propio beneficio, mientras que en el interesarse en operaciones al que refiere el artículo 83 del Código Penal Militar, el militar y el particular se asocian con el objetivo de conseguir un beneficio económico a costa del Estado⁹⁴, por lo que para este autor se produciría un concurso de normas.

3.º Concurso con el delito de tráfico de influencias del artículo 428 del Código Penal. Con un solo hecho, realizar la conducta prevista en el artículo 428 de Código Penal daría lugar a que se consumara el tipo de artículo 83 de Código Penal Militar. Con ello que se produciría un concurso ideal de delitos, debiendo castigarse con la pena prevista en su mitad superior para la infracción más grave (art. 77 CP).

C. Delito continuado⁹⁵

Es posible que este delito pueda cometerse de forma continuada conforme el artículo 74⁹⁶ del Código Penal, que es aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º del Código Penal Militar⁹⁷.

X. PENALIDAD

Se castiga este delito con la pena de prisión de tres meses y un día a tres años a la que se puede adicionar la pérdida de empleo. Esta pena es inferior a la que se preveía en el artículo 191 del Código Penal Militar de 1985. Esto evidencia que la dureza de la sanción se aminora y no prima tanto la idea de prevención general que existía con anterioridad.

No obstante, la pena privativa de libertad de prisión es más elevada que la que se establece en el artículo 439 y 441 del Código Penal y, también, es superior a la que se preveía el artículo 401 del Código

⁹⁴ R. Blecua Fraga, «Delitos contra la hacienda en ámbito militar», cit., p. 2032.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 8 de febrero.

⁹⁶ Los apartados 1 y 3 del artículo 74 del Código Penal de 1995 fueron modificados por la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 del Código Penal.

⁹⁷ Nuevamente se hace referencia a la «cláusula de salvaguarda» recogida en el artículo 1 del Código Penal Militar.

Penal de 1973 que estaba en vigor a la aprobación del Código Penal Militar de 1985. Esta diferencia se encuentra sobradamente razonada, no sólo por el distinto arsenal punitivo propio de ambos textos, sino también por el mayor contenido de injusto que debe atribuirse a la conducta desleal e imparcial de quien, como militar, debe dar primacía a los valores morales⁹⁸.

En mi opinión, la penalidad de este precepto se encuentra plenamente motivada en la exigencia debida a un servidor público militar, que debe ser mayor que la exigida a un funcionario público cualquiera, como consecuencia lógica de que los criterios éticos de los militares atendiendo a las importantes funciones y misiones constitucionales⁹⁹ que tienen encomendadas.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 24 de junio de 1996.

⁹⁹ El artículo 8.1 de la Constitución Española señala que «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el Ordenamiento constitucional».

CAPÍTULO VI

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO EN CONFLICTO ARMADO O ESTADO DE SITIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 84 del Código Penal Militar trae su origen del artículo 193 del anterior texto penal militar que nunca llegó a aplicarse gracias a que en España, desde la aprobación de la anterior normativa hasta el día de hoy, no se han producido las exigencias de tipicidad que el referido precepto dispone.

El artículo 84 señala que «el particular o empresario que, en situación de conflicto armado o estado de sitio habiendo contratado con la Administración Militar, incumpliere en su integridad las obligaciones contraídas o las cumpliera en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato, cuando resulten afectados los intereses de la Defensa nacional, será castigado con la pena de uno a ocho años de prisión. Asimismo podrán imponerse las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal».

Por tanto, se trata de un delito en el que se necesitan, para su realización, condiciones extraordinarias, que es lo que produce que conductas propias del ámbito del Derecho administrativo puedan llegar a alcanzar consecuencias penales militares por la excepcionalidad de la situación.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En la figura de incumplimiento de contrato en caso de conflicto armado o estado de sitio con la Administración Militar¹, el bien jurídico protegido² no puede ser otro que la hacienda militar³, pretendiendo que se eviten conductas fraudulentas⁴ por razón del objeto y del tiempo en situaciones tan delicadas como son los conflictos armados o el estado de sitio, en que todos los medios del país están implicados en esas circunstancias consecuencia de la excepcionalidad de la situación.

Cualquier perjuicio económico que se derive del incumplimiento del contrato puede tener un desencadenante que conlleve resultados muy negativos y un perjuicio económico para la defensa impredecible e, incluso, difícilmente reparable que justifican la protección y tipificación de estas conductas que tanto pueden llegar a dañar los intereses⁵ de la Defensa en momentos tan extraordinarios.

III. LA CONDUCTA TÍPICA

A. El incumplimiento integro o que desvirtúe la finalidad contractual

La conducta típica⁶ es el incumplimiento del contrato por parte del contratista en su integridad o que desvirtúen o impidan la finalidad para la que se realizó el contrato. Por ello, para determinar si se produce el incumplimiento contractual en esos términos se debe acudir a la normativa administrativa donde se regula la materia de contratación administrativa⁷. Será en esas disposiciones donde se determinará cuándo

¹ J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 256 y ss.

² A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 127.

³ Consecuencia de la función sistemática del bien jurídico. C. Roxin, «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa», cit., p. 3.

⁴ F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho Penal Militar*, cit., p. 237.

⁵ Este delito se recogía en el Código de Justicia Militar de 1945 dentro del Título de «Delitos contra los intereses de los ejércitos». Luego en el Código Penal Militar de 1985 se integra dentro de los delitos contra la «hacienda en ámbito militar».

⁶ A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 181

⁷ Las principales disposiciones administrativa son el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del

no se cumple un contrato en su integridad o cuándo se impide cumplir su finalidad.

Existen multitud de contratos que pueden hacerse con la Administración Militar. Así el contrato puede ser administrativo o privado. Si el contrato es administrativo a su vez podrá ser de obras, de concesión de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro, servicios y de colaboración.

En cualquier caso, cuando se habla de incumplimiento en su integridad o que impida la finalidad para la que se contrató, se deberá estar al caso concreto para diagnosticar y determinar si realmente en circunstancias tales como un conflicto armado o un estado de sitio no se realiza por parte del contratista la obligación acordada y por tanto requerida.

La normativa⁸ administrativa de referencia en la contratación pública es el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El texto refundido señala que «los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho adminis-

Sector Público y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁸ La pertenencia de España a la Unión Europea había exigido en los últimos años un esfuerzo de adaptación y armonización de nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario, en particular con la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2.004, sobre Coordinación de Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Esta Directiva no sólo refunde las tres Directivas clásicas en esta materia (Directivas 92/50/CEE, sobre Coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios; 93/36/CEE, sobre Coordinación de los mismos procedimientos en los contratos de suministro; y la 93/37/CEE, sobre Coordinación de los mismos procedimientos en los contratos públicos de obras), sino que introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación. Esta influencia de las normas comunitarias se manifiesta tradicionalmente en materias tales como la capacidad de los empresarios, el procedimiento de licitación que ha de respetar los principios básicos de publicidad, a través de la publicación de los anuncios en el *BOCE*, y libre concurrencia de las personas físicas o jurídicas de la Unión Europea.

trativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas»⁹. Además la ley añade que se regirá por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares¹⁰, debiendo cumplirse a tenor de sus cláusulas¹¹.

Los pliegos podrán establecer condiciones especiales a cumplir en las cláusulas contractuales dirigidas a la ejecución del contrato¹². En cualquier caso, el incumplimiento o la defectuosidad ha de ser significativo y relevante¹³ como para impedir que se cumpla el objetivo, la finalidad pretendida con el contrato¹⁴. No es suficiente cualquier incumplimiento contractual para que se produzca, sin más, la drástica consecuencia, pues sólo si éste es relevante queda legitimado tan enérgico resultado.

B. Sujetos

1. *Sujeto activo*

Normalmente los tipos penales militares tienen por sujeto activo a «el militar». Sin embargo, en este tipo delictivo el sujeto activo es «el particular o empresario» que contrata con la Administración Militar. La consecuencia es que en este tipo delictivo cualquiera puede ser sujeto activo del mismo siempre que haya contratado con la Administración

⁹ Artículo 19. 2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

¹⁰ Artículo 208 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

¹¹ Artículo 209 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

¹² Artículo 118 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

¹³ El Tribunal Supremo al referirse a los incumplimientos contractuales para que se produzca la resolución del contrato entiende que es necesario que ese incumplimiento frustre el fin del contrato afecte a las cláusulas esenciales, a las obligaciones principales y no, por consiguiente, a las accesorias y complementarias, en definitiva, que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca, sin más, el efecto resolutorio de referencia, pues sólo si éste es relevante queda legitimada tan drástica consecuencia. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de julio de 1988, de 17 de mayo de 1997, de 2 de abril de 1992 y de 14 de junio de 2002, todas ellas referidas al artículo 1124 del Código Civil.

¹⁴ C. Barrero Rodríguez, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, 2007, pp. 54 y ss.; del mismo autor «La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 176 (2008), pp. 86 y ss.

Militar¹⁵, pudiendo ser por ello, tanto un autónomo o empresario como una empresa cualquiera que sea el tipo de la misma¹⁶.

Desde mi punto de vista, la ampliación del sujeto activo de este delito, no siendo como en la mayoría de los preceptos del Código Penal Militar «el militar», está más que motivada porque: 1.º si se atiende a las previsibles consecuencias que pueden derivarse si se produce la conducta tipificada con unas derivaciones imposibles de predecir en situaciones tan extremas como las de conflicto armado o estado de sitio, que hacen que toda la población deba encontrarse en un estado tal que den toda su energía y fuerzas materiales y morales para cumplir con la Defensa Nacional; 2.º por tradición histórica, ya que preceptos similares a éste se han incluido en diferentes disposiciones normativas penales militares¹⁷; 3.º varios son los países que recogen en sus legislaciones un precepto similar a este artículo 84 del Código Penal Militar¹⁸.

2. *Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo¹⁹ sólo puede ser el Estado, cuyo potencial defensivo se pone en peligro con conductas que ponen en riesgo la eficacia de las Fuerzas Armadas en una situación tan excepcional, comprometida y compleja como la prevista en este precepto. Además, en este caso, la perjudicada es la sociedad española en su conjunto ya que toda ella tiene que poner por las circunstancias de tiempo, los medios necesarios para contribuir a la salida de la situación. La Administración Militar tiene una serie de órganos de contratación. La contratación con cualquiera de ellos

¹⁵ J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, cit. pp. 256 y ss.

¹⁶ Sociedad anónima, limitada, unión temporal de empresarios, entre otras.

¹⁷ Artículo 305 del Código de Justicia Militar del Ejército de 1890, el artículo 403 del Código de Justicia Militar de 1945 o el artículo 193 del Código Penal Militar de 1985 recientemente derogado.

¹⁸ Un ejemplo es el artículo 243 del Código de Justicia Militar de Chile y otro el artículo 239 del Código de Justicia Militar de Méjico.

¹⁹ El sujeto pasivo del delito, según Polaino Navarrete, es el titular del bien jurídico protegido en casa tipo legal de delito, sin que deba confundirse con el sujeto sobre el que recae la acción, que es la persona que se constituye como objeto material del delito al sufrir directamente la incidencia de la acción realizada por el sujeto activo, aunque en ocasiones puede coincidir. *Vid.* M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 117.

es requisito para que se dé el tipo, ya que si no se contrata con alguno de estos órganos no se producirá la acción calificada como delictiva²⁰.

C. Situación de conflicto armado o estado de sitio

1. *Conflicto armado*

Una de las grandes novedades del Código Penal Militar de 2015 es la inclusión del término conflicto armado en vez de la de guerra que usa la mayoría de las legislaciones extranjeras (ejemplos son Brasil²¹, Chile²², Francia, Holanda²³, Congo²⁴, Italia²⁵ o Suiza²⁶) y que implica que no tenga que producirse la declaración formal de guerra en los términos previstos en la Constitución Española para que puedan ser de aplicación determinados preceptos del Código Penal Militar que con la legislación

²⁰ Los órganos de contratación del Ministerio de Defensa vienen establecidos en el Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa (BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013) y en la Orden de Defensa/244/2014, de 10 de febrero, por la que se delegan facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2014).

²¹ El artículo 20 Código Penal Militar de Brasil se refiere a que la pena a aplicar en los delitos militares cometidos en tiempo de guerra, se será la prevista para tiempo de paz aumentándola en un tercio, salvo disposición especial que diga otra cosa.

²² El artículo 347 castiga al que maliciosamente y en tiempo de guerra, cuando sea encargado del suministro de tropas de víveres, municiones u otros efectos deje de hacerlo. La pena será de presidio mayor o menor dependiendo si se da el caso tipificado, se produce por negligencia o se causa un perjuicio grave. En este último caso cabe hasta la aplicación de la pena de muerte.

Al igual que el artículo 347, el artículo 348 sólo es aplicable en tiempo de guerra para los delitos de robo y hurto de especies militares, una serie de circunstancias agravantes. Una de ellas es cometer el delito en tiempo de guerra (art. 361.1).

²³ Como ejemplo tenemos el robo cometido por militar cuando las Fuerzas Armadas están en pie de guerra, sirviéndose de ocasión para robar a un muerto, herido o enfermo en combate (arts. 153, 155 y 156. Es el caso de los pillajes).

²⁴ Emitir informes falsos alterando datos o disfrazando la situación de los medios de defensa u otros datos de información operacional (art. 72). Se establece como agravantes que esos hechos se cometan en tiempo de guerra en medios de Defensa Nacional o de interés para la Defensa.

²⁵ Italia tiene dos Códigos penales militares, el de paz y el de guerra.

²⁶ Artículo 134 de la norma.

anterior, sin esa compleja declaración²⁷, no era aplicable bajo ningún concepto²⁸. Desde este prisma, el cambio de nomenclatura implica una mayor capacidad de acción que la que constituye la expresión «tiempos guerra»²⁹, al menos jurídicamente³⁰ y obliga a acudir a la normativa de Derecho Internacional de los Conflictos Armados³¹, al ser «el conjunto de normas internacionales, basadas en tratados y acuerdos de origen convencional y de usos y costumbres de la guerra, destinadas a minimizar los efectos que se derivan de los conflictos armados [...] que limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra y protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto»³². Las contiendas armadas provocan que el termino guerra se sustituya por el de conflicto armado, teniendo el primero cabida dentro del segundo por incluirse dentro del mismo³³.

Los conflictos armados se clasifican en internacionales y no internacionales³⁴. Atendiendo a esta clasificación, existen distintas definiciones del término conflictos armados. Según Gasser, está generalmente aceptado que «los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado entre el Gobierno, por una parte y grupos armados insurrectos, por otra [...]. Otro caso es el derrumbe de toda autoridad gubernamental en

²⁷ El artículo 63.3 de la Constitución Española señala que al «Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz».

²⁸ Durante la vigencia del Código Penal Militar de 1985 nunca se produjo una declaración de guerra por parte de España, aunque sí intervino en algunos conflictos armados.

²⁹ El término guerra se definía en el anterior Código Penal de 1985, sin embargo, no se definía en ninguna norma consuetudinaria tal y como indican Fernández-Flores (J. L. Fernández-Flores y Funes, *El Derecho de los conflictos armados. De Iuri Belli. El Derecho de la Guerra. El Derecho internacional humanitario. El Derecho humanitario bélico*, cit., pp. 450 y ss.) y Rodríguez-Villasante (J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados», cit., pp. 157 y ss.).

³⁰ Así lo ha considerado el *Institut de Droit International* que considera el termino guerra incluido dentro de la noción de conflicto armado.

³¹ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», cit., pp. 96 y 97.

³² *El Derecho de los Conflictos Armados*, tomo I, 2.^a edición, MADOC, Ejercito de Tierra, Ministerio de Defensa, 2007, p. 1.1.

³³ A. Martínez Alcañiz, *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, cit., p. 286.

³⁴ *Ibidem*, p. 288.

un país, que tenga como consecuencia el hecho de que varios grupos se enfrenten entre ellos por el poder»³⁵. La Comisión Internacional de la Cruz Roja propone, como definición de los conflictos armados no internacionales, el que «son enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre Fuerzas Armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado (Parte en los Convenios de Ginebra). El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima»³⁶. La Comisión Internacional de la Cruz Roja plantea que «existe un conflicto armado internacional cuando se recurre a la fuerza armada entre dos o más Estados»³⁷. Según el *German Joint Services Regulations*, «existe un conflicto armado internacional si una parte utiliza la fuerza de las armas contra otra parte. [...] No es suficiente el uso de la fuerza militar por parte de personas o por grupos de personas»³⁸.

Las distintas definiciones de conflicto armado³⁹ coinciden en entender⁴⁰ que, para que exista, tiene que producirse un enfrentamiento de grupos armados⁴¹ (ya sean regulares o irregulares) con objetivos incompatibles con un uso continuado y organizado de violencia con víctimas mortales e impacto en el territorio, con objetivos distintos a los de la delincuencia común, con demandas políticas o económicas sociales o ideológicas que motiva la lucha por el control de los recursos o territorio⁴².

³⁵ H. P. Gasser, *International Humanitarian Law: an Introduction*, in: *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Berna, 1993, p. 555.

³⁶ <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 40.

³⁹ Que son muchas como consecuencia del carácter dinámico de los conflictos actuales. Dependiendo si se está ante un conflicto armado internacional o interno.

⁴⁰ J. L. Fernández-Flores y Funes, *El Derecho de los conflictos armados. De Iuri Belli. El Derecho de la Guerra. El Derecho internacional humanitario. El Derecho humanitario bélico*, cit., pp. 367 y ss.

⁴¹ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto: «Ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados», cit., p. 155.

⁴² F. Gordo García, «Perfil y tipología de los conflictos armados actuales», en *Género, conflictos armados y seguridad. La asesoría de género en operaciones*, coord. M. Robles Castillo, Universidad de Granada-MADOC, Biblioteca Conde de Tendilla, Granada, 2012, p. 17.

El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia propuso una definición general de conflicto armado internacional. En el caso de Tadic, el Tribunal afirmó que «existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados»⁴³. Desde entonces, esta definición ha sido adoptada por otros organismos internacionales.

2. Estado de sitio

El estado de sitio⁴⁴ se regula en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. Es necesario para que se llegue a ese estado que se declare por parte del Congreso de los Diputados⁴⁵.

Su declaración implica que el país se encuentra en circunstancias extraordinarias que no se pueda mantener la normalidad por parte de las autoridades. Para su declaración se tiene que producir o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios⁴⁶.

Ambas situaciones, el conflicto armado y el estado de sitio, se producen en casos tan extremos que justifican por sí solos la tipificación de determinadas conductas que en tiempos normales no tendrían lugar nada más que en el ámbito administrativo para que se tipifiquen directamente en el Código Penal Militar.

⁴³ TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párrafo 70.

⁴⁴ M. La Fuente Balle, «Los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, núm. 30 (1989), pp. 23 y ss.; F. Fernández Segado, «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, núm. 11 (1981), pp. 84 y ss.

⁴⁵ El Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio (art. 32 Ley Orgánica 4/1981).

⁴⁶ Artículo 32 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

D. Afectación de los intereses de la Defensa Nacional

La Ley Orgánica 5/2005, de Defensa Nacional⁴⁷, señala que «el Gobierno establecerá los criterios relativos a la preparación y disponibilidad de los recursos humanos y materiales no propiamente militares para satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional en situaciones de grave amenaza o crisis, teniendo en cuenta para su aplicación los mecanismos de cooperación y coordinación existentes entre los diferentes poderes públicos. En tiempo de conflicto armado y durante la vigencia del estado de sitio, el sistema de disponibilidad permanente de recursos será coordinado por el Consejo de Defensa Nacional»⁴⁸. La consecuencia es que, en situación de estado de sitio o conflicto armado, existirá un sistema de disponibilidad permanente de recursos, porque se entiende que todo está afecto a la Defensa Nacional⁴⁹.

La Defensa Nacional se define como la «disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión. Es parte de la Seguridad Nacional, y sus componentes básicos son la Defensa Militar y la Defensa Civil»⁵⁰.

La Estrategia de Seguridad Nacional es un documento aprobado en mayo de 2013, que define el concepto de seguridad nacional como la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales. Para hacer frente a los nuevos desafíos, surge el Consejo de Seguridad Nacional que se encarga de prevenir y gestionar riesgos y crisis que afecten a los intereses nacionales.

⁴⁷ *Boletín Oficial del Estado* núm. 276, de 18 de noviembre de 2005.

⁴⁸ Artículo 22 Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre.

⁴⁹ La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre no define Defensa Nacional a diferencia de la ley precedente de 1980 que sí lo hacía señalando en su artículo 2.º que «La Defensa Nacional es la disposición, integración y acción Coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución».

⁵⁰ S. Fontenla Ballesta, *Diccionario Militar Moderno*, cit., p. 114.

E. Necesidad de que la conducta sea dolosa

El tipo penal previsto en el artículo 83 del Código Penal Militar no prevé más que la forma dolosa⁵¹, por lo que está absolutamente descartado la posibilidad de admitir la comisión imprudente (art. 12 CP⁵²), que no es más que una manifestación del principio de legalidad proclamado en la Constitución⁵³, en el Código Penal⁵⁴ y en el Código Penal Militar.

El dolo⁵⁵ requiere el conocimiento de la situación típica (aunque no el de su prohibición) y el de los elementos objetivos que la configuran, ya sean estos descriptivos o normativos⁵⁶. El desconocimiento o error sobre la concurrencia de estos elementos excluye el dolo y, por tanto, la tipicidad de este delito.

En cualquier caso, lo normal es que, con carácter previo al procedimiento judicial, se tramite el expediente administrativo que desemboque en la resolución contractual como consecuencia del incumplimiento del contratista o de su cumplimiento defectuoso que desvirtúan la finalidad del contrato. Con ello se tendrá una prueba suficiente para determinar la culpabilidad del contratista y por tanto el comportamiento doloso que realiza.

IV. PENALIDAD

Teniendo en cuenta la importancia que puede tener el correcto incumplimiento contractual en una situación tan excepcional y compleja como la prevista (conflicto armado o estado de sitio), y la afectación a los intereses de la Defensa Nacional, así como las consecuencias que podrían

⁵¹ M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit. p. 100; S. Mir Puig, «Conocimiento y voluntad en el dolo», cit., pp. 9 y ss.

⁵² Este precepto señala que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

⁵³ El artículo 9.3 Constitución Española proclama el principio de legalidad.

⁵⁴ Manifestaciones del principio de legalidad se encuentran en los primeros artículos del Código Penal

⁵⁵ W. Hassemer, «Los elementos característicos del dolo», cit., pp. 909 y ss.

⁵⁶ M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit. p. 104; S. Mir Puig, «Conocimiento y voluntad en el dolo», cit., pp. 9 y ss.

derivarse por ello, se comprende la severidad de la sanción penal⁵⁷, que se va de uno a ocho años de prisión pudiendo imponer el tribunal militar las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal⁵⁸.

Según la jurisprudencia, se debe diferenciar la pena privativa de libertad de la pena accesoria prevista en ese precepto de la norma penal común, que tiene un carácter preventivo y que no tiene por qué durar o coincidir con la privativa de libertad, que es una mera *conditio sine qua non* de dicha consecuencia⁵⁹.

⁵⁷ E. J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., pp. 50 y ss.

⁵⁸ Entre ellas se incluyen la multa por cuotas o proporcional, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años, la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales, entre otras.

El artículo 129 del Código Penal ha sido modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 20 de junio y por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 28 de mayo de 2012.

CAPÍTULO VII

LA RECEPCIÓN COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO MILITAR

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La figura de la receptación se conserva en este Código Penal Militar con una remisión total a las normas comunes, en concreto a los artículos 298, 303 y 304 respectivamente del Código Penal sin que implique especialidad alguna con respecto a esas disposiciones normativas o tipicidades en ellos recogidas. Opino que no se debería haber incluido dentro del articulado del Código Penal Militar y abogo por su supresión al ir en contra de la pretendida y predicada complementariedad deseada en el Código Penal Militar de 2015 como razón fundamental para la elaboración de un nuevo texto penal castrense y la reforma de las normas de justicia militar que era el perseguir un Código Penal Militar totalmente complementario¹.

La clara incongruencia llevada a cabo por el legislador se manifiesta en que en el Código Penal Militar no deben incluirse preceptos que se encuentren en las normas comunes, salvo que contengan una especialidad en el ámbito estrictamente castrense que lo justifiquen².

¹ Esa finalidad es señalada en el propio Preámbulo de la norma penal militar. *Vid*, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Anteproyecto de Ley Orgánica (2013) del Código penal militar», cit., pp. 92 y ss.

² E. Caderón Susín, «Arbitrio judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 40 (1982), p. 164.

Además, durante el proceso de tramitación parlamentaria, diferentes grupos parlamentarios lo pusieron de manifiesto en distintos preceptos del anteproyecto con idénticas características, realizando propuestas que finalmente tuvieron éxito. Un ejemplo fue el suprimir los delitos contra la Administración de Justicia Militar por ser los mismos que los previstos en el Código Penal³. En ese supuesto finalmente se le otorga la competencia de su enjuiciamiento a la jurisdicción militar si se realizan esos delitos comunes contra la Justicia Militar.

En el caso de la receptación la respuesta que se debería haber dado desde mi punto de vista era la misma que para los delitos contra la Administración de Justicia Militar. No se justifica la inclusión de la receptación en el Código Penal Militar como se desprende de la propia redacción del artículo 85 del Código Penal Militar que se remite sin especialidad y con las mismas penas a diferentes preceptos de la normativa común⁴. En palabras de Rodríguez-Villasante, se trata de «suprimir lo que hay de redundante y vano en las leyes castrenses, por entrañar repetición innecesaria de las normas comunes o regulación no justificada por su especialidad»⁵. Por esta razón, no encuentro motivo alguno para la inclusión de la receptación en la normativa penal militar.

Con el Código Penal Militar de 2015 se ha pretendido incluir sólo aquellas infracciones que, por las circunstancias o el sujeto que las comete o el daño efectivo que puede causar a la Administración Militar⁶, atentan a bienes jurídicos militares. Son por ello, esencialmente castrenses sin pretender militarizar infracciones comunes⁷ de las que

³ Diferentes grupos parlamentarios formularon enmiendas a la supresión del Título del proyecto referido a los delitos contra la administración de justicia militar como son el grupo mixto, el vasco o el socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 110-2, de 26 de febrero de 2015).

⁴ Durante la tramitación parlamentaria diferentes grupos parlamentarios plantearon enmiendas de supresión a este precepto por entender que no procedía su inclusión en un nuevo Código Penal Militar como por ejemplo las enmiendas 30, 67, 99 y 165 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 110-2, de 26 de febrero de 2015).

⁵ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», cit., p. 93.

⁶ J. M. Quiroga de Abarca, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, cit., pp. 256 y ss.

⁷ E. Caderón Susín, «Comentario de urgencia al proyecto de Código Penal Militar», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca*, núm. 9 (1984), pp. 9 y ss.; J. L.

puede conocer la jurisdicción militar si otra norma, como por ejemplo la procesal, así lo habilitara⁸.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la hacienda militar⁹. Las practicas receptoras incentivan la comisión de delitos contra el patrimonio¹⁰, en este caso militar, pretendiendo transformar los bienes ilegítimamente obtenidos en dinero, sacándolos a personas que se dedican a adquirir a bajo precio efectos procedentes de delitos contra el patrimonio¹¹. La incidencia que se puede derivar en el trafico licito es una razón socioeconómica¹² de peso que también justifica por si misma su protección¹³.

La inclusión del artículo 85 del Código Penal Militar no supone una protección extra al bien jurídico¹⁴ garantizado en tipos de la norma común y, además supone una utilización simbólica o extra del Derecho penal militar. A pesar de ello algunos países de nuestro entorno lo tienen tipificado en su normativa militar¹⁵.

Valenciano Almoína, «En torno al nuevo Código de Justicia Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 35 (1978), p. 57.

⁸ J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El Derecho penal militar del siglo XXI: Un proyecto de Código penal militar complementario», cit., p. 103.

⁹ Acudiendo al lugar donde se regulan estos delitos se sigue la función sistemática que tiene el bien jurídico. C. Roxin, «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa», cit., p. 3; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., pp. 136 y ss.

¹⁰ Se trata de un factor criminológico consecuencia de que la receptación de bienes usurpados al patrimonio militar incentiva la comisión de los delitos contra la hacienda en el ámbito militar.

¹¹ Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 25 de marzo de 1996 y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 24 de febrero de 2009.

¹² La mayoría de los delitos militares son pluriofensivos. F. J. de León y Villalba, «Condicionantes, normativos y extranormativos, del ilícito militar», cit., pp. 41 y ss.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 16 de diciembre de 1998.

¹⁴ A. Zárate Conde y E. González Campo, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 127.

¹⁵ El ejemplo más claro es el artículo 166 del Código penal militar para tiempos de paz de Italia que recoge esta figura de la receptación. R. Venditi, *I reati contro il servizio militare e contra la disciplina militares*, Giuffrè Editore, Milano, 1968, pp. 183 y ss.

III. TIPICIDAD

Al producirse una remisión total a las normas comunes, el artículo 85 Código Penal Militar configura unos tipos impropios, que ni tan siquiera se pueden calificar, desde mi punto de vista, como especiales, consecuencia de que la especialidad brilla por su ausencia¹⁶, al no darse ningún elemento diferenciador con respecto a lo dispuesto en el Código Penal.

Para que se dé la conducta típica es necesaria la existencia previa de un delito contra el patrimonio militar¹⁷ y la actuación de un tercero que se aprovecha, reciba, adquiera u oculte los efectos del delito¹⁸.

La conducta es dolosa. Ha de conocer el que la comete el tipo la comisión antecedente del delito contra el patrimonio militar¹⁹, siendo posible el dolo eventual²⁰. El dolo se puede desprender del ánimo de lucro que se exige en esta conducta²¹. No es posible la comisión por imprudencia en virtud del artículo 12 del Código Penal²². El dolo²³ requiere el conocimiento de la situación típica (aunque no el de su prohibición) y el de los elementos objetivos que la configuran, ya sean estos descriptivos o normativos²⁴. El desconocimiento o error sobre la

¹⁶ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 296; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 119.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 19 de diciembre de 2002.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 30 de noviembre de 2002, de 18 de julio de 2003, de 9 de junio de 1993, de 2 de febrero de 2009 y de 16 de noviembre de 2007.

¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 20 de noviembre de 1995, de 12 de diciembre de 2001, de 2 de febrero de 2009, de 30 de noviembre de 2003, de 24 de febrero de 2009, entre otras.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1991.

²² Señala la jurisprudencia que del «sistema de régimen *apertus* de los anteriores códigos penales se ha pasado al de *numerus clausus* o de *clausula especifica* en la punición de los delitos y faltas imprudentes o culposos, lo que supone una limitación del castigo de las conductas meramente imprudentes, aun cuando sean punibles los mismos comportamientos en su versión dolosa». Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 de marzo de 1997, de 14 de septiembre de 2005 y de 27 de enero de 2009.

²³ W. Hassemer, «Los elementos característicos del dolo», cit., pp. 909 y ss.

²⁴ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 267 y ss.; S. Mir Puig, «Conocimiento y voluntad en el dolo», cit., pp. 9 y ss.; M. Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, cit., p. 199.

conurrencia de estos elementos excluye el dolo y, por tanto, la tipicidad de este delito. La consumación se produce en el momento o instante que los efectos quedan a disposición o bajo la custodia del receptor²⁵. El receptor puede ser cualquiera, ya sea militar, paisano o persona jurídica. Es uno de los pocos casos que el legislador entiende necesario para la tipificación que el sujeto activo no sea «el militar», apartándose del criterio general mantenido de incluir en el mismo a los paisanos o personas jurídicas²⁶.

IV. CONCURSOS

Es posible que pueda darse un concurso de normas con el encubrimiento, que se resolverá atendiendo al *animus adiuvandi* del encubrimiento y al *animus lucrandi* de la receptación²⁷. En el encubrimiento, la conducta se dirige a ayudar al autor o participe en un delito a alcanzar los propósitos de éste o burlar la acción de la justicia, mientras en receptación hay un ánimo de lucro²⁸. La determinación del ánimo de lucro será clave por tanto para aplicar uno u otro tipo.

El concurso real entre la receptación y la tenencia ilícita de armas²⁹ se producirá siempre que se produzca como requisito previo a la receptación un delito del artículo 82. 3 del Código Penal Militar.

V. PENALIDAD

En materia de penalidad, al seguirse lo dispuesto por las normas comunes, no hay cuestión alguna que señalar salvo que se castiga, en virtud de la remisión que se hace al artículo 304 del Código Penal³⁰, la

²⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998 y de 18 de diciembre de 2009.

²⁶ Estas últimas responderán como autores o participes en los términos del artículo 31 y ss. del Código Penal.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1991.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2006.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1993.

³⁰ Si la conducta típica la realiza un empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente, educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

provocación, la conspiración y la proposición, si se dan las circunstancias del artículo 303 del Código Penal.

En definitiva, los delitos contra la hacienda o patrimonio militar, tipificados en el Código Penal Militar, cumplen con carácter general con el principio de complementariedad que se predica de las disposiciones penales especiales, justificándose su inclusión dentro del texto penal militar, aunque, con alguna excepción, como es el caso del artículo 85 del Código Penal Militar. En todos estos delitos existe un bien jurídico principal, el patrimonio militar, que sirve de nexo de unión para agrupar las distintas figuras que se incluyen en el Título V del Libro II.

CONTENIDO

PRÓLOGO	5
NOTA PRELIMINAR	11
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	13
I. FUNDAMENTO DEL DELITO MILITAR	13
II. LA TÉCNICA LEGISLATIVA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2015. SUS CONSECUENCIAS	20
A. Consideraciones generales	20
B. La especialidad y la complementariedad	23
C. Separación entre lo penal y lo disciplinario	26
D. Breve extensión del Código penal militar	27
E. Código penal militar único	28
F. Las penas	29
CAPÍTULO II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO EN EL ÁMBITO MILITAR	31
CAPÍTULO III. A SOLICITUD DE CRÉDITO PRESU- PUESTARIO PARA ATENCIÓN SUPUESTA	43
I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR	43

II. EL ARTÍCULO 81.1 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR	49
A. La conducta típica. La solicitud	49
B. Sujetos	51
1. Sujeto activo	51
2. Sujeto pasivo	56
C. El objeto material	57
D. La intencionalidad de la solicitud para atención supuesta por simulación	57
1. Necesidad de que la conducta sea dolosa	58
2. La actuación de solicitud para atenciones supuestas mediante simulación.....	59
E. Causas de exclusión de la tipicidad	60
1. La conducta socialmente adecuada	61
2. El consentimiento como causa de exclusión para el tipo del artículo 81.1 del Código penal militar	62
3. El error de tipo.....	63
F. Causas de exclusión de la antijuricidad	65
1. Estado de necesidad justificante.....	66
2. Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.....	67
3. Legítima defensa	67
G. La culpabilidad.....	68
1. Conciencia potencial de la antijuricidad y error de prohibición	68
2. Exigibilidad de que la conducta sea adecuada a la norma	70
H. Formas de aparición del delito.....	72
1. Tipos de imperfecta realización. Actos preparatorios punibles y tentativa.....	72
2. Consumación.....	74
I. Autoría y participación	74
1. La autoría. Autoría mediata y coautoría.....	74
2. La participación (la inducción, la cooperación necesaria y no necesaria).....	75
J. Problemática concursal.....	77
K. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal	79

1. Circunstancias privilegiadas (atenuantes).....	79
2. Circunstancias cualificadas (agravantes)	81
L. Penalidad	83
III. EL TIPO CUALIFICADO DEL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR	85
CAPÍTULO IV. HURTO, ROBO, APROPIACIÓN INDE- BIDA Y DAÑOS EN EL ÁMBITO MILITAR	89
I. CONSIDERACIONES GENERALES	89
II. EL REENVÍO.....	91
III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	95
IV. LOS APARTADOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR	98
1. Sujeto activo	99
2. Equipo reglamentario, materiales o efectos.....	101
V. EL ARTÍCULO 82.3 DEL CÓDIGO PENAL MILI- TAR	105
A. Consideraciones generales	105
B. El bien jurídico protegido.....	105
C. Sujeto activo	106
D. La tipicidad y el objeto material	106
VI. CULPABILIDAD, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 82 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR.....	109
VII. CONCURSOS	109
VIII. PENALIDAD.....	110
CAPÍTULO V. EL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR	113
I. CONSIDERACIONES GENERALES	113
II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	116
III. LOSTIPOS DEL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR	117
1. «Procurarse interés en cualquier clase de contrato u ope- ración que afecte a la Administración Militar».....	118
2. El tipo del 441 Código Penal en ámbito militar	122

IV. SUJETOS	123
1. Sujeto activo	123
2. Sujeto pasivo.....	123
V. NECESIDAD DE QUE LA CONDUCTA SEA DOLOSA	124
VI. FORMAS IMPERFECTAS DE APARICIÓN	126
A. Actos preparatorios	126
B. Tentativa	126
VII. Consumación	127
VIII. Autoría y participación.....	128
A. Autoría	128
B. Participación	130
IX. PROBLEMA CONCURSAL.....	131
A. Concurso de normas.....	131
B. Concurso de delitos	132
C. Delito continuado.....	133
X. PENALIDAD.....	133

CAPÍTULO VI. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO EN CONFLICTO ARMADO O ESTADO DE SITIO	135
I. CONSIDERACIONES GENERALES	135
II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	136
III. LA CONDUCTA TÍPICA	136
A. El incumplimiento íntegro o que desvirtúe la finalidad contractual	136
B. Sujetos	138
1. Sujeto activo	138
2. Sujeto pasivo	139
C. Situación de conflicto armado o estado de sitio	140
1. Conflicto armado	140
2. Estado de sitio.....	143
D. Afectación de los intereses de la Defensa Nacional.....	144
E. Necesidad de que la conducta sea dolosa	145
IV. PENALIDAD.....	145

CAPÍTULO VII. LA RECEPCIÓN COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO MILITAR.....	147
I. CONSIDERACIONES GENERALES	147
II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	149
III. TIPICIDAD.....	150
IV. CONCURSOS	151
V. PENALIDAD.....	151

La presente obra, que tiene su origen en la tesis doctoral de su autor, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, contiene un acabado estudio dogmático de los delitos contra el patrimonio militar, esto es, un análisis técnico-jurídico de los tipos previstos en los artículos 81 a 85 del vigente Código penal militar, integrantes del título V de su libro II.

Se trata, como destaca el prologuista, de un trabajo denso, muy bien estructurado, en el que su autor, con una metodología sincrética que combina acertadamente la interpretación histórica o comparatista con el estricto análisis técnico jurídico, nos ofrece una visión completa de los delitos contemplados y ello con el respaldo de un amplísimo y bien seleccionado aparato bibliográfico y la apoyatura de la escasa y deficitaria jurisprudencia existente.

El autor, José Antonio Rodríguez Santisteban, miembro del Cuerpo Jurídico de la Defensa, es un destacado experto en Derecho militar. En la actualidad, presta servicio, como Capitán Auditor, en la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército.