



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de DERECHO

BIENES JURÍDICOS MILITARES DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

FRANCISCO DE ASÍS PARRA GARÓFANO

Profesor de Teoría del Derecho en Universidad de Almería

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU



Bienes jurídicos militares desde una perspectiva crítica

Resumen

La Constitución de 1978 pone de manifiesto la necesidad de armonizar el derecho penal militar respecto del derecho penal común, de manera que aquel esté sometido a los mismos principios limitadores del sistema punitivo general. El Código Penal Militar de 2015 tiene importantes avances al respecto. La parte especial del derecho penal común parece poder aplicarse sin cortapisas al ámbito penal castrense. El concepto de delito militar, la parte especial del nuevo Código Penal Militar y, sus bienes jurídicos a proteger, generan serias dudas sobre la pretendida complementariedad del derecho penal militar respecto del derecho penal común. No menos importante es la cuestión si, dentro de los contornos del concepto de ámbito estrictamente castrense establecido en el art. 117. 5 CE, el Código Penal Militar de 2015 es respetuoso con el precepto constitucional.

Palabras clave: *derecho penal, complementariedad, delito militar, bienes jurídicos militares, eficacia, ámbito estrictamente castrense.*

Military legal assets from a critical perspective

Abstract

The 1978 Constitution highlights the need to harmonise military criminal law with ordinary criminal law, so that it is subject to the same principles that limit the general punitive system. The 2015 Military Criminal Code makes significant progress in this respect. The special part of ordinary criminal law seems to be applicable without restrictions to military criminal law. The concept of military crime, the special part of the new Military Criminal Code and the legal assets to be protected give rise to serious doubts about the alleged complementarity of military criminal law with ordinary criminal law. No less important is the question of whether, within the contours of the concept of the strictly military sphere established in art. 117. 5 EC, the 2015 Military Criminal Code is respectful of the constitutional precept.

Keywords: *Criminal law, complementarity, military offence, military legal assets, effectiveness, strictly military sphere.*

SUMARIO: I. DERECHO PENAL Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIBLES. II. DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL MILITAR: RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. III. EVOLUCIÓN DE LA COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO PENAL MILITAR A RAÍZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2015. IV. DELITO MILITAR Y BIENES EXCLUSIVA Y Estrictamente Militares. V. LA PROBLEMÁTICA DE LOS BIENES JURÍDICOS MILITARES; ¿SON BIENES JURÍDICOS O MEROS INTERESES? VI. EL BIEN JURÍDICO O VALOR DE LA «EFICACIA» CASTRENSE Y SU VIRTUALIDAD EXPANSIVA. 1. El papel de la eficacia en las fuerzas armadas. 2. El valor de la eficacia en las misiones de las fuerzas armadas del art. 8.1.ce. VII. LA PLURIOFENSIVIDAD DE LOS DELITOS MILITARIZADOS QUE REMITEN A LA LEGISLACIÓN COMÚN. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA. X. JURISPRUDENCIA.

I. DERECHO PENAL Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIBLES

La existencia del derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el que proclama la Constitución Española de 1978, debe responder únicamente a la protección de bienes jurídicos, los cuales han de ser esenciales para la comunidad y estar enmarcados en mayor o menor medida en la Constitución¹. Es decir, solo puede obtenerse un derecho penal acorde al sistema democrático al que pertenece si protege bienes dotados de importancia en el texto constitucional, o que en mayor o menor medida se desprendan de este. Lo contrario es dejar al arbitrio del legislador la selección de bienes jurídicos, cuyo producto es un régimen democrático y de Derecho en la cúspide del sistema, pero deshecho y distrófico a la hora de crear, interpretar y aplicar las normas para el ciudadano de a pie.

¹ En la búsqueda de un concepto material de lo que son bienes jurídicos, existen las llamadas «teorías constitucionalistas», que en palabras de GARCÍA ARROYO toman «como referente directo a la Constitución, de manera que sustentan su planteamiento en la idea de que existen dos órdenes de valores dentro del ordenamiento jurídico: por un lado, los valores consagrados en la Constitución, y, por otro, los contenidos en la legislación penal, que se encontrarían directamente establecidos por los valores constitucionales. Así, para los defensores de estas teorías el reconocimiento prepositivo de los bienes jurídicos se encuentra en la Constitución, donde se consagran los bienes especialmente valiosos para la vida en común en un Estado de Derecho». En GARCÍA ARROYO, C.: «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales- institucionales», en *RECPC* 24-12 (2022) pp. 14- 15. ROXÍN desde un punto de vista más intermedio sostiene que el bien jurídico viene dado y configurado por el legislador siempre con el límite a los «principios recogidos en la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan los límites a la potestad punitiva del Estado». En ROXIN, C.: *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura del delito*, Traducc. de la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, Aranzadi, 2008, pp. 55 y 56.

Autores de la doctrina alemana como ROXIN, HEFENDEHL, y HASSEMER, consideran imprescindible esta concepción sobre la importancia del bien jurídico, ya que permite considerar ilegítimos aquellos delitos que no protegen un bien digno de protección, debiendo estos derogarse a favor de la libertad del individuo y su desarrollo. Por tanto, el concepto bien jurídico y la perspectiva que ofrece constituyen un parámetro imprescindible para evitar un expansionismo indebido del derecho penal que no sea respetuoso con los derechos fundamentales de los individuos². En palabras de MORILLAS CUEVA, «la proclama del art. 1º.1 de la Constitución sobre el Estado Social y democrático de Derecho, determina, en línea con la más moderna política criminal, la función del derecho penal en la protección de bienes jurídicos». Estos bienes jurídicos encuentran su legitimación primaria en valores e intereses constitucionales, y, en el mismo nivel, como complemento de fundamentación, en los derechos humanos de los ciudadanos. Esta concepción de protección del derecho penal de bienes jurídicos ha suscitado, en opinión de MORILLAS CUEVA, todo un «ramillete de opiniones» que «nos muestra lo que es tendencia absolutamente mayoritaria en la doctrina»³.

Con una Carta Magna que proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico, entre otros, la libertad, la justicia y el pluralismo político, el papel de todo el derecho

² Según ROXIN, existen nueve tipos de normas penales que no protegen bienes jurídicos, por lo que no deben existir en el ordenamiento jurídico. Las leyes arbitrarias, por ser fundamentadas en la mera ideología o por ser vulneradoras de derechos fundamentales; las transcripciones de las finalidades legislativas no son sin más protectoras de bienes jurídicos; las normas penales en contra de la moral, la ética u otras conductas reprobables; la protección de sentimientos; la autolesión consciente, normas penales simbólicas, tabúes; y objetos de protección de una abstracción incomprensible. En ROXIN, C.: «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 449- 452. Por su parte, HEFENDEHL entiende el bien jurídico como el «eje material de la norma penal» al que el sistema penal no puede renunciar que cumple la doble función de interpretar el tipo penal y por otro lado una función crítica que permite identificar aquellos tipos penales que al no se identifican con la protección de un bien jurídico digno de reproche penal. En HEFENDEHL, R.: «De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico», en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 460- 461. En sentido similar HASSEMER concibe el bien jurídico como algo «irrenunciable» para una correcta política criminal. Ha de estar centrado en su «núcleo negativo tradicional» en cuanto a su función crítica con el derecho penal. Los bienes jurídicos universales también lo son penalmente, pero, en este último caso deben partir la persona. Por último, este autor considera que el empleo de bienes jurídicos «vagos y demasiado generalizadores empleados por una política criminal «moderna y divagadora» daña el concepto de bien jurídico. En HASSEMER, W.: ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 95- 96.

³ MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho Penal, Parte general*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 76 – 80.

penal, incluido el militar, debe emplearse, como indica LÓPEZ LORCA, «solo cuando los valores o intereses más relevantes que vertebran la sociedad han sido atacados (principio de protección de bienes jurídicos) y, correlativamente, cuando estos ataques han alcanzado cierta entidad (principio de intervención mínima)»⁴. En definitiva, la teleología del derecho penal, según los términos utilizados de JELLINEK, es la preservación de un «mínimo ético» que debe salvaguardarse en cualquier sociedad⁵.

No es baladí que principios rectores del derecho penal sean calificados de «limitadores»⁶, puesto que el individuo solo puede ser sometido a una pena cuando existen serias y graves razones para ello, limitando la *vis expansiva* de esta rama del Derecho. Por ello, estos principios constituyen, según BERNAL DEL CASTILLO, «identidad penal europea» en cuanto a principios que provienen de la Ilustración y que han quedado cristalizados en las constituciones cuya causa es la revolución americana y francesa. Calaron posteriormente en las Declaraciones internacionales de derechos fundamentales de la persona, así como en los regímenes democráticos de Europa, tras la Segunda Guerra Mundial. Se trata de principios indispensables para un determinado modelo de derecho penal que busca la protección de bienes jurídicos y, a su vez, respeta los derechos fundamentales⁷.

Esta concepción, evidentemente, va en contra del positivismo exacerbado que tanto daño hizo antes de la Segunda Guerra Mundial en la República de Weimar, derivando en la Alemania nazi, por el respeto absoluto a lo preceptuado formalmente por la ley sin dotar a esta de un sentido de protección de la sociedad y de los derechos individuales de cada sujeto. Claro está que la cohesión de los estados de derecho surgidos tras la segunda guerra mundial impone la propugnación del «garantismo penal»⁸, que no es sino la cristalización de unos valores, principios y, por supuesto, derechos fundamentales y libertades públicas en la Carta Magna, que han de ser imbricados hacia la base del sistema, esto es, en la creación de las leyes y la aplicación de las mismas por los jueces.

⁴ LOPEZ LORCA, B.: «La antijuridicidad material y su proyección en el derecho penal militar. La delimitación del bien jurídico militar», en LEON VILLALBA F.J. (Dir.): *Derecho Penal Militar, cuestiones fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 68.

⁵ JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura económica, Madrid, 2012.

⁶ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 108-140.

⁷ BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Derecho penal comparado. La definición de delito en los sistemas anglosajón y continental*, Editorial Atelier, Barcelona, 2011.

⁸ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

Lo que ha llevado a un nuevo concepto de «Estado de Derecho», no solo de corte formal sino «material»⁹, en cuanto al respeto de estos valores, tanto en la producción normativa como en la aplicación de las normas.

Si el derecho penal existe dada la necesidad de bienes jurídicos que deben ser protegidos, el derecho penal militar, como parte especial que debe estar integrada en el sistema general punitivo, requiere igualmente la aplicación de todos estos principios, en especial, el de ofensividad a bienes jurídicos que le son propios, ya que solo estos justifican su razón de ser.

II. DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL MILITAR: RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD. LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El derecho penal militar, como ley especial del sistema sancionador del Estado, debe responder a los mismos principios y garantías que la normativa punitiva común, todo ello en virtud de la coherencia y la unidad del ordenamiento jurídico. Tomando las palabras de JUANES PECES, el derecho penal militar «responde a los mismos principios, que contiene las mismas garantías, que aplica el mismo concepto de delito y que no se separa de la legislación común en lo concerniente a la naturaleza y fines de la pena»¹⁰. CALDERÓN SUSÍN viene a justificar la existencia de este derecho especial por la propia naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en la ley marcial, que sigue fiel a los principios o instituciones comunes¹¹.

Por su parte, señala LEÓN VILLALBA que «desde el punto de vista de la estructura de la norma, la norma penal militar no supone variación alguna con respecto a la norma penal». Esto es, atribuye una «consecuencia jurídica (una pena) a la realización (ya sea por comisión, ya por omisión) de un supuesto de hecho contenido en el articulado (hecho típico) del CPM...»¹². Por tanto, no existen diferencias sustanciales sobre el concepto de

⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: «La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias», *Anuario de filosofía del derecho*, N° 23, 2006, págs. 187-204.

¹⁰ JUANES PECES, A.: «Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar». *La ley Penal*, núm. 7, julio 2004, p. 5.

¹¹ CALDERÓN SUSÍN, E., «La Ley penal militar alemana de 1974. Comentarios y notas», *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, n.º 8, 1984, p. 125.

¹² LEÓN VILLALBA, F. J.: «Condicionantes normativos y extranormativos, del ilícito militar», en LEÓN VILLALBA, F.J. (Dir.): *Derecho penal militar. Cuestiones fundamentales*, Valencia, 2014, Editorial Tirant lo Blanch, p.65.

delito. Las dos afirmaciones anteriores responden a lo que debe esperarse en cuanto a la denominada relación de “complementariedad” del derecho penal militar respecto al sistema penal común al que pertenece.

Siendo tales estas semejanzas, la razón de ser del derecho penal militar no puede ser sino la presencia de bienes jurídicos estrictamente castrenses que requieran de tipos penales que los protejan de forma más específica y necesaria, de tal modo que permitan su ubicación fuera de la legislación común.

Este es el modelo de complementariedad del Código Penal Militar respecto del común, siendo el deseado a tenor del sistema democrático y de derecho material que actualmente tenemos en vigor. Esta complementariedad pugna con el sistema de códigos penales integrales en cuyos textos se aborda no solo la parte especial, sino que contienen una parte general completa, que contiene unos principios de actuación e implementación del derecho penal militar, que son ajenos a su homónimo común, y por qué no decirlo, posiblemente ajenos al régimen democrático en el que se insertan.

Esta integralidad del derecho penal militar era predicable de nuestros viejos Códigos de Justicia Militar de 1890 y 1945. Este sistema fue aparentemente superado durante la transición democrática, que pretendió la armonización del derecho militar con el común. La promulgación del Código Penal Militar de 1985 pretendió eliminar la integralidad de su predecesor aunque el resultado fue la consideración del nuevo cuerpo de normas como «parcialmente complementario»¹³, tal y como apunta LEÓN VILLALBA.

Esta calificación se debe, sin duda, a notables diferencias en el tratamiento del fenómeno delictivo del derecho penal militar en el Código Penal Militar de 1985 respecto del Código Penal común. La causa más formal y directa de esta parcial complementariedad se debe a la conservación de la cláusula de salvaguardia del art. 5 del Código Penal Militar de 1985, que consideraba que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código». Si a esto añadimos que este cuerpo normativo militar estaba dotado de una parte general, puede producir, a la postre, no solo la aplicación de principios penales autónomos, sino otros contrarios al sistema jurídico general en que se

¹³ LEÓN VILLALBA, F. J.: «Condiciones normativas y extranormativas, del ilícito militar... *ob. cit.* p. 60.

insertan, y, cómo no, restringir la aplicación de los principios limitadores generales del Derecho penal. Señala CALDERÓN SUSÍN: «Si el concepto de complementariedad de las leyes penales militares significa que solo deben contener (además de los tipos delictivos castrenses) las reglas que se separan del derecho penal común, la idea de la complementariedad es secuela necesaria del principio de especialidad». De esta forma, señala el mismo autor, se establece «una escala de complementariedad en base a la cual califica el CPM español como parcialmente no complementario o complementario no riguroso»¹⁴.

Esta distrofia penal en esta ley penal especial como es un Código Penal Militar respecto al Código Penal común, es señalada por LEÓN VILLALBA mediante varias cuestiones: «¿Se llevará a cabo una reforma del modelo de derecho penal militar en que se descarte la imposibilidad lógica de que una ley general (el Código Penal) se oponga a una ley específica (Código Penal Militar)? Dicho de otro modo, ¿puede el cuerpo normativo de referencia, que constituye la base sobre la que se desarrolla la norma penal entrar en oposición con ésta y, por tanto, quedar fuera de su ámbito de aplicación?»¹⁵

Para este autor, el Código Penal Militar de 1985 trata el fenómeno delictivo de forma contraria a los derechos y garantías de las personas con criterios meta jurídicos, como una aplicación excesivamente formalista de los tipos y, a toda costa, para reafirmar la vigencia de tales; la preponderancia de prevención general negativa sobre la especial; y una ejemplaridad exacerbada, entre otras pautas, que, en palabras del autor, «dan lugar a razonamientos abstractos que se alejan de los principios básicos que limitan la aplicación del derecho penal»¹⁶. Y no faltan razones para afirmar lo que considera a través de varios ejemplos que propone, ya que apostilla en el Código Penal Militar de 1985 adolecía, entre otros problemas, de la ausencia del instituto de la suspensión de condena para los reos que pertenecieran a los ejércitos, pudiendo solo potestativamente aplicarse para los civiles (art. 44 CPM). Frente al principio de proporcionalidad de las penas que debe tener previsto el legislador, el Código Penal Militar al que nos referimos adolecía de ausencia de las inhabilitaciones y de la pena de multa. En relación con conculcación de este

¹⁴ CALDERÓN SUSÍN, E.: *ob. cit.*, p. 125.

¹⁵ LEÓN VILLALBA, F. J.: «Condicionantes normativos y extranormativos, del ilícito militar... *ob. cit.* p.68.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 55.

principio por el legislador y en términos más generales, existía una insalvable distinción entre delitos graves y menos graves. Se trataba, por tanto, de un derecho penal especial innecesariamente más riguroso que el común¹⁷.

III. EVOLUCIÓN DE LA COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO PENAL MILITAR A RAÍZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2015

El Preámbulo del nuevo Código Penal Militar de 2015 presume en su Exposición de Motivos de una labor evolutiva más acabada sobre la complementariedad de este derecho especial respecto del derecho penal común, todo ello en comparación con su predecesor, el derogado Código Penal Militar de 1985.

No faltan razones para entender los fundamentos de esa postura, si tomamos como base la desaparición de la cláusula de salvaguarda, que es sustituida por el art. 1.2 del nuevo Código, cuyo tenor literal es el siguiente: «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». Las consecuencias del tenor del precepto, según ROGRÍQUEZ VILLASANTE Y PRIETO, son la «aplicabilidad del Código Penal en su integridad» y el «carácter subsidiario y supletoriedad del Código Penal»¹⁸. Continuando con lo apuntado por este autor, «el verdadero campo del principio de supletoriedad del Código Penal es hacia la parte general del CPM, pues en el caso de los delitos en particular prevalecerán las reglas del concurso de leyes. Es decir, los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad». Si bien la extensión de este trabajo nos impide desarrollar sobre tales principios, la categoría de ley especial en que se insertan los delitos militares, nos permite afirmar con cierta seguridad que pocas veces será aplicable el delito común en caso de duda¹⁹, otorgando preponderancia aplicativa al texto castrense. Incluso, el principio de

¹⁷ *Ibid. loc. cit.*

¹⁸ RODRÍQUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Artículo 1. Ámbito de aplicación» en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍQUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (DIR): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Valencia 2017, ed. Tirant Lo Blanch, pp. 66- 67.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 68- 71. Es claro el ejemplo que propone el autor que, aún no compartiendo la radicalidad de la aplicación del delito militar, finalmente termina imponiéndose. De esta forma, a tenor del principio de especialidad «los delitos de insulto a un superior o abuso de autoridad aportan algo distinto del precepto general que protege la vida o la integridad corporal y ese *aliud* no es otra cosa que la protección específica de la disciplina militar como interés prevalentemente tutelado en un delito pluriofensivo».

supletoriedad hará necesario un examen prioritario de los tipos penales castrenses y, solo en caso de ausencia de hechos que se subsuman en aquellos, podremos acudir a la parte especial del Código Penal común.

En todo caso, lo que parece meridianamente claro es que será la parte general del Código Penal la que con este nuevo código castrense se aplique a este último²⁰. Cuanto más si como reza la Exposición de Motivos del Código Penal Militar de 2015, este nuevo código contiene no solo una nueva disminución de los tipos delictivos sino también «una notable reducción de su contenido, tanto en su parte general o de principios básicos...». Esta nueva regulación no puede sino hacer más permeable este derecho penal especial a los principios limitadores del derecho penal general.

Es por ello por lo que, como mínimo, la parte general del Código Penal de 1995, junto con sus principios, podemos darla por aplicada al ámbito castrense. Desde un punto de vista más concreto, y sobre las puntuales críticas al Código Penal Militar de 1985, estas parecen haber dado fruto, a tenor de los siguientes preceptos del nuevo código. En primer lugar, el art. 22 CPM consagra, por fin, la sustitución de las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal con independencia de que los sujetos pertenezcan o no al Ejército. A su vez, el precepto remite por entero al régimen contemplado en del Código Penal común, esto es, en los artículos 80 y ss. de este último²¹.

Con respeto al principio de proporcionalidad y graduación de las penas el nuevo art. 11 CPM distingue estas entre graves y menos graves, incluyendo como novedad entre las penas principales la de multa.

No es este espacio para detenernos pormenorizadamente en todos y cada uno de los preceptos que acercan este nuevo código a la complementariedad de su homónimo

²⁰ Subrayaban PASCUAL SARRÍA Y HERRERO-TEJEDOR ALGAR en el año 2011 la aplicación supletoria del error, los grados de participación, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las personas responsables, las reglas de aplicación de las penas, la suspensión de condena, medidas de seguridad, las responsabilidad civil derivada del delito o la extinción de la responsabilidad criminal. En HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F. Y PASCUAL SARRÍA, F. L.: *Código Penal Militar. Legislación complementaria, jurisprudencia, comentarios y concordancias*. Índice analítico, Colex, 1ª edición, 2011, p. 32.

²¹ En palabras de SERRANO PATIÑO, la nueva regulación «modifica la anterior situación, no estableciendo su art. 22 ninguna situación distinta a la del sistema penal ordinario, disponiendo claramente que para la adopción de dichas medidas se estará a lo dispuesto en el CP». En SERRANO PATIÑO J.V.: «La ejecución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 69, Fasc/Mes 1, 2016, p. 427.

común, ya que ha sido acreditado, con más o menos suficiencia, ya sea desde una perspectiva más general o más concreta, que la parte general del Código Penal común, junto con sus principios limitadores, queda ciertamente avalada para su aplicación por la jurisdicción castrense.

IV.DELITO MILITAR Y BIENES EXCLUSIVA Y EstrictAMENTE MILITARES

Centrándonos en la parte especial del derecho penal, si la espina dorsal del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, es necesario preguntarnos por la naturaleza de los bienes jurídicos seleccionados por el legislador para justificar la existencia de una ley penal especial como la militar, integrada en un sistema punitivo común. Porque, una vez analizada esta, si fuera distinta a la de los bienes recogidos en el Código Penal común, habría que pensar que la complementariedad de esta ley especial no es tal, y que todo esfuerzo de cohesión y uniformidad del sistema penal ha sido en vano, ya que los bienes jurídicos protegidos seleccionados en los tipos penales castrenses, como núcleo duro de la teoría jurídica del delito, nos podría volver a conducir a tiempos pretéritos, esto es, a la indeseable integralidad del derecho penal militar.

Hemos de recordar que el Tribunal Supremo ha considerado que el principio de intervención mínima está presidido por la labor del legislador, ya que es a este y no al juez a quien le corresponde decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de implementación del derecho Penal²².

Desde esta perspectiva, existen considerables críticas a la generalidad de la regulación en la selección de tipos que hace el nuevo Código Penal Militar de 2015, que giran en torno a la centralidad del bien jurídico protegido por los delitos militares.

Partamos de lo señalado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1991, de 14 de marzo (BOE-T- 1991-9276), en su Fundamento Jurídico 3º, sobre el significado básico de lo «estrictamente castrense» en el ámbito penal: «Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir, los

²² Entre otras, STS 5853/ 1998, de 13 de octubre; STS 816/2014, de 24 de noviembre; STS 923/2020 de 11 de marzo; STS 622/2021, de 14 de julio; STS 1224/2023 de 15 de marzo.

que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional (STC 160/1987), como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia militar todas las restantes conductas delictuales».

Se puede deducir que el concepto de lo estrictamente castrense, desde un punto de vista penal, tiene su base en los *delitos exclusiva y estrictamente militares* así tildados, que, a su vez, protegen bienes jurídicos integrados por el mismo carácter castrense. Por otro lado, el ámbito estrictamente castrense parece ser una frontera restrictiva con el derecho penal común, ya que el resto de conductas corresponden a este, y no a aquel. Al respecto, BALLBÉ, sobre el art. 117.5 de la CE, en referencia al concepto de ámbito estrictamente castrense, afirmó que el ámbito estrictamente castrense se rebasa en delitos que, aún cometidos por militar, afecten a bienes relacionados a una institución civil, por muy elevada que sea²³, debiendo «primar la aplicación de los códigos comunes con la creación de los tipos delictivos pertinentes, si no están ya previstos y con su enjuiciamiento por la jurisdicción penal ordinaria. En caso contrario, ante el dilema, poder civil- poder militar, no habría ninguna duda de cuál sigue siendo el hegemónico»²⁴. Por ende, el derecho penal común pudiera tener una *vis expansiva* respecto del Derecho militar, y no al revés, como suele suceder. Por tanto, es, por un lado, la naturaleza de los bienes comunes en cuestión, y, por otro, la distinta naturaleza de los bienes *exclusiva y estrictamente militares* la que determina la naturaleza de los delitos, criterio por el cual se produce el reparto en cada uno de los códigos y la restricción del ámbito jurídico militar.

Este, de entrada, no parece que fuera el criterio adoptado por el Código Penal Militar de 1985, al acotar su concepto de delito, en cuyo artículo 20 establecía que se consideraban delito militar las «*acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este código*». Se

²³ Entiende este autor que el «insulto al Jefe del Estado, agresión a un miembro del Gobierno, aunque será el ministro de Defensa, e incluso rebelión son delitos respecto a los cuales, aún cometidos por profesionales de la milicia, debe primar la aplicación de los códigos comunes con la creación de los tipos delictivos pertinentes si no están ya previstos y con su enjuiciamiento por la jurisdicción penal ordinaria». En BALLBÉ MALLOL, M.: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2.ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1985, pp. 466.

²⁴ BALLBÉ MALLOL, M.: *Ibid.*, pp. 465- 466.

emplea una caprichosa absorción penal sobre la mera voluntad del legislador, tomando como criterio un positivismo exacerbado. Como ha señalado algún autor, se adopta un claro criterio de antijuridicidad formal absoluto, frente al criterio de la antijuridicidad material, que relaciona la conducta típica con la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos estrictamente castrenses²⁵.

En términos conceptuales, no ha variado mucho el paradigma sobre el cual el nuevo Código penal militar de 2015 comprende los delitos militares. En primer lugar, como indica RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, sobre el art. 9 del CPM de 2015 «la noción de delito militar abarca no solo los definidos específicamente en la parte especial (Libro Segundo) como delitos militares, sino también, aquellas conductas que infringen bienes jurídicos estricta o esencialmente militares incriminados en la legislación penal común, siempre que sean cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense»²⁶.

Es decir, al margen de lo anterior, algunos delitos comunes pasarán a ser «militares» - con el correspondiente incremento de pena- si los comete, «un militar» por decisión del legislador, y estos serán, a tenor del art 9. 2: «a) Delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los

²⁵ Vid. LEÓN VILLALBA, F. J.: «Condicionantes normativos y extranormativos, del ilícito militar...», *ob. cit.* Vid. LOPEZ LORCA, B.: «La antijuridicidad material y su proyección en el derecho penal militar...», *ob. cit.*

²⁶ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Artículo 1..., *ob. cit.* p. 53. Este autor se aferra a en su concepción del delito militar basado en una mera condición de militar del sujeto activo actuando con abuso de facultades o infracción de deberes castrenses; así mismo, otras posibles circunstancias que consisten en que el delito se cometa en un lugar militar o durante la realización del servicio militar o suponga la producción de un perjuicio a la actividad judicial militar; obviando el concepto de «bien jurídico», tan intrínsecamente vinculado al correcto concepto de «ámbito estrictamente castrense». Este autor llega a afirmar respecto a la militarización de delitos comunes que, «no parece pues mala técnica resolver estas duplicidades de tipos criminales mediante la conversión de determinados delitos comunes en infracciones penales militares, cuando las circunstancias del sujeto activo, lugar o afección militar (adecuadamente combinadas) sitúen la conducta en el ámbito estrictamente castrense». RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «El derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal militar complementario», *Revista española de derecho militar*, N.º. 77, 2001, pp. 97-98. Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Recensión a la Rassegna della Giustizia Militare. T. XVII, vol. 3-4», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 59-60, 1992, pp. 628-636.

miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. b) Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional».

No podrá dudarse de que, por la sola regulación sistemática de estos delitos de traición, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y el delito de rebelión, al estar incardinados en el Código Penal de 1995, la naturaleza de los mismos no es la de proteger un bien estricta y exclusivamente militar. Se trata de delitos que están regulados en el Código Penal común y lo estaban antes de la entrada del nuevo Código Penal militar de 2015. Como tal, a mi juicio, hay que entender que el espacio histórico jurídico que han ocupado en esta sede, antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal Militar, impide que debiera considerarse un ámbito a favor del espacio jurídico militar para ellos, por pequeño que se pretendiera. Es más, el reenvío que el nuevo Código Militar hace sobre los mismos hacia el Código Penal común, ya es de por sí sospechoso de esta idea. Al respecto, especial mención merece el delito de rebelión, que tan clásicamente ha sido regulado en los textos jurídicos militares, y ahora se procede a su remisión por entero a la legislación común.

Pasando a los bienes jurídicos protegidos por el delito de traición, se comprende por parte de LUZÓN CUESTA que el objeto de protección de estos delitos es el Estado, en cuanto a su sustantividad respecto a otros estados. El bien jurídico protegido por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado está constituido por los derechos que se reconocen a todos los seres humanos por el mero hecho de serlo, cuyas vulneraciones en el Derecho internacional se consideran “crímenes contra la humanidad” o “crímenes de Guerra”, y que están perseguidos en los distintos tratados o convenios²⁷.

²⁷ El artículo 92 de la Carta de Naciones Unidas de 1945 establece que, «la Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta». En cumplimiento de este precepto, la Corte Penal Internacional fue creada el 17 de julio de 1998 mediante el Estatuto de Roma. Este fue ratificado por España el 24 de octubre del año 2000. El art. 5.1 del Estatuto de Roma dispone que «la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión». España tiene ratificados, entre otros, los siguientes Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia: Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas de 14 de diciembre de 1973; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil

En conclusión, según el mismo autor, se protegen igualmente intereses supra estatales en beneficio de la solidaridad internacional²⁸. Por último, el delito de rebelión tiene como objeto de protección el «orden constitucional democrático» tal y como señalan, entre otros, GARCÍA RIVAS y SANDOVAL CORONADO²⁹.

Demostrar que estos bienes jurídicos son exclusivamente castrenses sería el único motivo jurídico para su militarización. Sin embargo, dados los diversos sistemas jurídicos penales y castrenses que hay en el mundo, sería casi imposible sostener que los «intereses supra estatales en beneficio de la comunidad internacional» corresponden al reducido ámbito castrense del ejército español. Por no hablar de que el ordenamiento constitucional protegido por la rebelión es naturalmente un bien común, como bien deja sentado SANDOVAL,³⁰ a pesar de la tradicional regulación castrense sobre el delito.

Es por ello por lo que pretender sostener la conversión a delitos militares, como hace el Código Penal Militar, con la simple afirmación de que «lesionan bienes jurídicos estricta o esencialmente militares incriminados en la legislación penal común» es una falacia, ya que equivale a la militarización de facto de un delito común y, por ende, a la desnaturalización de bienes comunes.

Volviendo a la STC 60/1991, de 14 de marzo, esta resolución es de vital importancia pues tuvo la oportunidad *ab initio* de deslindar qué es un bien jurídico común, respecto del que debe ser estrictamente castrense y la desaprovechó. Se cultivó una patología que el sistema penal militar sigue padeciendo. Tal es así, que abogó a favor de la constitucionalidad del art. 127 del Código Penal Militar de 1985, cuyo precepto es el

de 23 de septiembre de 1971; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 17 de diciembre de 1979.

²⁸ LUZON CUESTA, J.M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, 24ª ed., Madrid, 2022, pp. 562 y 565.

²⁹ GARCÍA RIVAS, N.: *La rebelión militar en Derecho penal. La conducta punible en el delito de rebelión*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 1990, pp. 136-141. SANDOVAL, J. C.: *El delito de rebelión, Bien jurídico y conducta típica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 234- 288.

³⁰ SANDOVAL, J. C.: *El delito de rebelión, Bien jurídico y conducta típica...*, *ob. cit.* pp. 234- 288 y 486-494; SANDOVAL, J.C.: «Razones para una nueva concepción del delito militar en la política criminal y la política legislativa», en PEREZ ALVAREZ, F. y DÍAZ CORTÉS, L.M.: *Temas actuales de investigación en ciencias penales: Memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, 26, 27 y 28 de octubre de 2009, Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.

siguiente: «El español que, declarado útil para el servicio militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años». Según la argumentación del Tribunal: «El bien jurídico tutelado en el delito previsto en el art. 127 C.P.M. es el cumplimiento del Servicio Militar obligatorio (y no, como se afirma en el Auto, las actividades administrativas previas a la entrada en el Servicio Militar), obligación que impone la Ley en función del deber de todas las personas de ciudadanía española de defender a España (art. 30.1 C.E.), deber primario que es el que permite al legislador establecer obligaciones militares y, dentro de ellas, un Servicio Militar obligatorio (art.30.2 C.E.)» (Fundamento Jurídico 5.). A tenor de tales argumentos, nuestro Tribunal de garantías constitucionales confirmó la posibilidad de “patrimonializar” a favor de la jurisdicción castrense cualquier bien jurídico que someramente se relacionara con lo militar, como es la obligación de los ciudadanos de defender a España³¹.

Las dudas sobre la existencia de verdaderos bienes jurídicos militares dentro del ámbito estrictamente castrense no solo queda subrayada con los delitos comunes militarizados en el art. 9 del Código Penal Militar de 2015, sino que esta técnica se repite en mayor o menor grado en otros delitos del Libro Segundo «De los delitos y su penas». Así por ejemplo, contamos con un Título I «Delitos contra la seguridad y defensa nacionales» que tiene una paralela regulación en el Código Penal de 1995 en su TÍTULO XXII, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional». Como no puede ser de otra manera, ambas regulaciones protegen un bien jurídico que es común, sobre todo si partimos de la base de que, como indica LÓPEZ LORCA, el sujeto pasivo es el Estado, que no puede sino ser el titular del bien jurídico tutelado³². Esta puntualización es importante, pues cuando se analice el sujeto pasivo en

³¹ Prosigue la sentencia en el mismo fundamento jurídico diciendo que: «La protección de la particular situación jurídica que caracteriza al Servicio Militar en todo su conjunto, condiciona la tipicidad del hecho y faculta al legislador para calificarlo como de naturaleza militar, en cuanto tutela específicamente el cumplimiento del deber ciudadano del Servicio Militar, lo que afecta directamente al orden propio, la disciplina y el régimen de funcionamiento de la defensa nacional encomendada constitucionalmente a las Fuerzas Armadas».

³² LOPEZ LORCA, B.: «Artículos 24 a 29. Los delitos contra la seguridad y defensa nacional (I)», LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (Dir): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, Documento electrónico de <http://www.tirantasesores.com>, p. 4.

los delitos contra la disciplina, en el delito de sedición, el sujeto pasivo es el ejército como titular del bien jurídico protegido.

De la misma manera, el vigente Código Penal Militar contiene un Título V «Delitos contra el patrimonio militar» que procede a castigar una serie de conductas que recaen sobre el patrimonio militar, que a su vez, forma parte de la «Hacienda Pública» general³³. No se puede hablar de una “Hacienda Militar”, el sujeto pasivo del delito, en cuanto titular de bienes jurídicos, sería el propio Estado.

Téngase en cuenta que, incluso algunos delitos contra la disciplina como, por ejemplo, el delito de *sedición militar* en una de sus modalidades agravadas (Art. 38. 3º), el *insulto a un superior* (arts. 42- 43) o los delitos de *abuso de autoridad* (arts. 46- 48), aun estando incardinados dentro del los «Delitos contra la disciplina», como espacio que engloba el «núcleo más característico de las infracciones penales militares», a tenor del Preámbulo del Código, tienen una naturaleza *pluriofensiva* en cuanto se conculca la disciplina y bienes jurídicos personales comunes como la «integridad corporal, la salud física o mental, la libre determinación en ámbito sexual y su dignidad... la libertad de obrar, la indemnidad física y moral, libertad, seguridad, integridad moral y dignidad humana» del sujeto pasivo del delito que, en este caso, es el militar concreto sobre el que recae la conducta típica³⁴, además del ejército como titular de la disciplina.

No podemos terminar este rosario de ejemplos de tipos delictivos de dudosa naturaleza estrictamente castrense sin hacer referencia a los delitos recogidos en el Título III. «Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares» (arts. 49- 50). Se trata de delitos que, en resumidas cuentas, sin incurrir en insulto a un superior ni abuso de autoridad, se consuman mediante la realización de cualquiera de las conductas descritas en los artículos 42 a 43 o las recogidas en los

³³ LOZANO RAMÍNEZ, A.: «Artículos 81 a 85. Los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar», en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (Dir): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Documento electrónico de <http://www.tirantasesores.com>, p. 4.

³⁴ Vid. PIGNATELLI i MECA, F.: «Artículos 42 a 44. Delitos contra la disciplina (II). La insubordinación», en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (DIR): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch Valencia 2017; Vid. JUANES PECES, A.: «Artículos 45 a 48. Los delitos contra la disciplina (III)», en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L (DIR): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Valencia 2017, ed. Tirant Lo Blanch.

artículos 45- 48 CPM. Como indica JUANES PECES, con este delito «se protege el ejercicio de los derechos fundamentales tal y como también hacen los artículos precedentes –insulto a superior o abuso de autoridad- pero con un matiz que es el que da sentido al propio precepto, como es que la vulneración en el ejercicio de los derechos fundamentales lo realice no un superior, ni un inferior, sino un militar de la misma graduación o posición que la víctima, radicando por tanto la especialidad de este precepto en la condición del sujeto activo»³⁵. Es por ello por lo que, si el requisito para aplicar estos preceptos es la ausencia de relación jerárquica entre agresor y víctima, como mínimo se puede afirmar que habría desaparecido la naturaleza *pluriofensiva* del delito, en cuanto esta figura delictiva ya no protegería un bien jurídico estrictamente castrense, como es la disciplina, sino tan solo los derechos fundamentales del sujeto pasivo del delito que, evidentemente, son comunes.

Como puede desprenderse de lo expuesto, el continuo y exasperante recurso en el Código Penal Militar de 2015 a asociar intereses militares con bienes jurídicos comunes en tantos tipos delictivos, da razones para dudar no solo de que no se respete el concepto de estricto ámbito castrense, sino que da la sensación de no haber bienes jurídicos estrictamente castrenses susceptibles de protección penal por sí solos³⁶.

V. LA PROBLEMÁTICA DE LOS BIENES JURÍDICOS MILITARES; ¿SON BIENES JURÍDICOS O MEROS INTERESES?

Desde una perceptiva más general, como indica SANDOVAL CORONADO, es preciso delimitar los bienes jurídicos castrenses, siendo estos de carácter «instrumental» en favor de la «función pública militar» que tienen las Fuerzas Armadas. Este autor pone de manifiesto la ambigüedad de estos bienes, lo que dificulta su identificación. Y deja entrever una profunda revisión sobre si verdaderamente merecen un reproche penal, o,

³⁵ JUANES PECES, A.: «Artículos 49 y 50. Los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares»», en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L (DIR): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, Documento electrónico de <http://www.tirantasesores.com>, p. 2.

más bien, disciplinario. Como ejemplos de tales bienes señala el «mando, la disciplina o el servicio militar»³⁷.

Si tomamos las características de los bienes jurídicos militares que asume SANDOVAL, los cuales debieran ser exclusivos y excluyentes del ámbito castrense, podemos entresacar, de otro lado, las que corresponden a los bienes comunes. Estas características hacen referencia a la sustantividad con que están dotados, son fines en sí mismos, tienen vínculo directo con las personas y sus bienes, o bien la Constitución los proclama directa, o indirectamente, esenciales para la comunidad. Estos bienes serían, por ejemplo, la vida, la integridad física y moral, la integridad territorial, el medio ambiente, etc.

Volviendo a los bienes jurídicos militares, SANDOVAL extrae el ejemplo de los bienes jurídicos «el mando, la disciplina y el servicio militar» como producto de una traducción castrense de los valores que rigen para toda administración pública y que recoge el art. 103 de la CE. En palabras del autor: «de un modulado, o exacerbado, principio de jerarquía» (art. 3.1 CE) se podrían inferir sin dificultad valores cifrados en las ideas de mando y disciplina militares. Igualmente, de un tamizado principio de eficacia (art. 103.1 CE) se puede inferir el valor que se engloba en la expresión servicio militar»³⁸. Si hemos de entender que son bienes jurídicos en el sentido estricto de la dogmática penal de la teoría jurídica del delito, no cabe duda que lo son dentro de un concepto de bien jurídico muy “*sui generis*”, ya que, por mucho que tengan mención constitucional, su carácter “accidental” que no esencial no queda neutralizado, habiendo una fuerte desconexión directa entre tales valores y las personas y sus bienes. En el mismo sentido, LÓPEZ LORCA señala como intereses militares «la disciplina, unidad y jerarquía», afirmando que «no se perfilan como bienes merecedores de protección penal al no poder establecerse una conexión entre estos y la persona, es decir, al no suponer presupuestos necesarios para su autorrealización y desarrollo»³⁹.

Otros autores señalan el difuso origen de lo que pretenden ser bienes jurídicos militares, que son producto de la mera tradición castrense, incluso de la moral militar contemplada

³⁷SANDOVAL, J.C.: «Razones para una nueva concepción del delito militar...», *ob. cit.*, pp. 322- 323.

³⁸ SANDOVAL, J.C.: «Razones para una nueva concepción del delito militar...», *ob. cit.*, p. 322.

³⁹ LÓPEZ LORCA, B.: «La antijuridicidad material y su proyección en el Derecho Penal Militar», en LEON VILLALBA, F.J.: (DIR.) *Derecho penal militar. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 111.

en las Reales Ordenanzas, cuyo fruto son intereses tan instrumentales y formales como el de *autoridad* elevada a categoría absoluta⁴⁰. Mención especial merece el de «autoridad de la norma», de forma que tan solo el incumplimiento de la regla jurídica justifica el ilícito penal, todo ello con el objeto de conservar la eficacia del cumplimiento de la misma, un criterio que nada tiene que ver con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos⁴¹. Son contundentes las críticas que se han formulado a la existencia de los bienes jurídicos militares como merecedores de un derecho penal castrense ligados a su naturaleza *instrumental* que no sustantiva, en cuanto que no merecen reproche penal ni debería procederse a la creación de tipos delictivos que sancionan simplemente omisiones o atentados contra los deberes del servicio. Es por ello preciso recurrir a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario. En resumidas cuentas, la doctrina parece dudar seriamente de la existencia de bienes jurídicos militares. Al respecto, LEÓN VILLABA considera que cuando se identifica el bien jurídico con un «deber profesional... situación que se proyecta en numerosos delitos regulados en el CPM... el principio de intervención mínima y *ultima ratio* aconsejan la aplicación lo más restrictiva posible de los tipos...»⁴².

No estaría de más traer a colación el Título IV relativo a los «Delitos contra los deberes del servicio». Sobre la denominación de este Título respecto a las conductas delictivas que aglutina, afirman DOMINGUEZ BASCOY y MARTINEZ ALCANIZ que «no se alude tanto al bien jurídico que las mismas lesionan, cuanto al hecho de que con ellas se infringen deberes jurídicos impuestos a los militares por razón del servicio. Pudiera pensarse, pues, que en este caso la respuesta penal frente a tales conductas no tendría como finalidad fundamental proteger bienes jurídicos, sino, ante todo, confirmar la vigencia de las normas en que se establecen aquellos deberes». En aras a señalar la existencia de un bien jurídico en este título, razonan los autores que se puede identificar

⁴⁰ LEÓN VILLALBA, F. J.: «Condicionantes normativos y extranormativos, del ilícito militar... *ob. cit.* p. 55. Afirma este autor literalmente: «La tradición ha sido, en muchos casos, la fuente de estos deberes objeto de protección penal, resultando difícil encontrar trabajos que justifiquen la exégesis de los preceptos penales militares en fundamentos diferentes a las costumbres o deberes militares o el buen funcionamiento del ejército».

⁴¹ LEON VILLALBA, F.J.: «Artículos 9 y 10, el delito militar» en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L (DIR): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 201, pp. 187- 191.

⁴² LEON VILLALBA, F.J.: *ibid. loc. cit.* 188.

este, en mi opinión, vagamente, como «la adecuada prestación del servicio». A mi juicio, la prueba de esta concepción parca e inconcreta del bien jurídico de este título, estaría en que prosiguen estos autores diciendo: «Las más graves lesiones de este bien jurídico, asociadas a las más groseras infracciones de los deberes impuestos para su salvaguarda, serían, en definitiva, lo que el legislador ha considerado merece ser castigado por el derecho penal»⁴³. Lo que ha quedado remarcado es que, como no puede identificarse un bien jurídico concreto, los propios autores tratan de explicar la justificación de la existencia de estos delitos en cuanto que, al menos, se emplea el Derecho penal dentro el marco imprescindible del principio de intervención mínima, es decir, para punir los ataques más graves contra intereses militares. A esta conclusión se podría objetar que el principio de intervención mínima tiene como principio previo y básico el de protección de bienes jurídicos⁴⁴ y que estos, a mi modo de ver, tienen que gozar de un mínimo de concreción. Igualmente se podría objetar que, la dada la heterogeneidad de infracciones del deber del servicio que se recogen como delito en el referido título, no responden todas al principio del principio de intervención mínima, pues no todas las conductas se encuadran, por poner un ejemplo de peligrosidad de la conducta, en las graves circunstancias de conflicto armado, estado de sitio, o ante rebeldes o sediciosos o cualquier otra situación crítica. Es por ello por lo que el Título IV y la heterogeneidad de conductas que engloba debería bien desaparecer o, reestructurarse, haciendo un esfuerzo por concretar el bien jurídico protegido, así como dejar fuera del ámbito penal las conductas menos lesivas para trasladarlas al ámbito disciplinario.

A mi juicio, otra importante cuestión del concepto «ámbito estrictamente castrense», consiste en que parece haber una preocupante e insalvable confusión entre «bienes jurídicos militares» y un concepto jurídico todavía más difuso, esto es, el de «intereses protegidos por la norma penal». Así, LEÓN VILLALBA al resumir los criterios establecidos por la STC 60/1991, de 14 de marzo, en su fundamento jurídico 3º, establece «en primer lugar, la naturaleza de la infracción; en segundo término, en relación con el *bien jurídico* o los *intereses protegidos por la norma penal*, han de ser estrictamente

⁴³ DOMINGUEZ BASCOY, J.- MARTÍNEZ ALCANIZ, A.: «Artículos 56 a 60. Los delitos contra los deberes del servicio (II)» en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (Dir.): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, documento electrónico de <http://www.tirantasesores.com>, pp. 2- 3.

⁴⁴ MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho penal...*, ob. cit., p. 134- 135.

militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión»⁴⁵.

Esta separación entre bienes jurídicos e intereses se desprende claramente de la Exposición de Motivos del Código Penal de 2015 a la hora de acotar el concepto de delito militar: así, la noción de “delito militar” abarca no sólo los definidos específicamente en la parte especial (Libro Segundo) del código castrense como delitos militares, sino también aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos estricta o esencialmente militares incriminados en la legislación penal común, siempre que sean cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense.

Como puede desprenderse, «los intereses, el servicio y la eficacia» son algo distinto al concepto penal de «bien jurídico», siendo una subcategoría de este, que, paradójicamente, parece ser una herramienta para la «militarización» de delitos comunes, para su absorción por el fuero castrense y su mayor punición. Esta realidad controvertida se desarrollará en los siguientes apartados.

Las zonas grises entre las que se mueven estos *intereses* jurídicos castrenses han llegado a producir una práctica judicial anómala basada en la «teoría de la relación jerárquica permanente», consistente en extender el fuero militar a conductas penales comunes como si de militares se trataran -bajo el pretexto de afección de intereses militares- cuando son cometidas por sujetos fuera de todo vínculo o contexto con su condición de militar profesional. Siguiendo esta teoría, la STS (Sala 5ª) de 29 de abril de 1997; Roj: STS 3030/1997, abogó por la absorción por el fuero militar de delitos contra la libertad sexual que hubieran correspondido a la legislación ordinaria. Sin embargo, al tratarse de un asunto entre dos guardias civiles, se les debe exigir una mayor rectitud e integridad respecto a un ciudadano ordinario. Estas razones -prosigue la sentencia-, otorgan la «naturaleza militar del delito imputado y precisamente por la condición de militar». En el caso que nos ocupa, la razón que permite la absorción por el fuero castrense está justificada, en palabras de la resolución judicial, en el «plus de rectitud e integridad moral exigible» a sus miembros. Evidentemente, se ha de estar refiriendo a «intereses», pues si

⁴⁵ LEON VILLALBA, F.J.: «Artículos 9 y 10, el delito militar...», *ob. cit.*, p. 191.

el delito en cuestión es contra la libertad sexual, solo la libertad sexual de la víctima es *sensu stricto* el bien jurídico protegido. Por tanto, el «plus de rectitud e integridad moral exigible» no puede sino ser un añadido accidental creado *ad casum* por el órgano jurisdiccional castrense para justificar una extensión de su competencia sobre un delito común.

Si del derecho penal militar ya es de por sí criticable, por la exacerbación de la antijuridicidad formal, en cuanto ausencia, en tantas ocasiones, de una correcta adecuación en clave de conducta típica del daño o puesta en peligro de bienes jurídicos protegibles en los tipos penales militares, esta práctica supone colocar a la jurisdicción castrense - parte integrante en el poder judicial- en el espacio que debiera ocupar el poder legislativo. Es decir, para mayor menoscabo de la dogmática penal, en general, se produce incluso una conculcación del principio de antijuridicidad formal. Señala LÓPEZ LORCA, como no puede ser de otra manera, que esta práctica es contraria al principio de legalidad⁴⁶.

Desde el punto de vista de las fuentes del Derecho, esta sentencia recurre, entre otros argumentos, a la «teoría de la relación jerárquica permanente», por estar consagrada en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, en el sentido de «la plena aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 12 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, según el cual el orden jerárquico castrense define en todo momento la situación relativa entre militares, en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad", como así lo reconoce el auto recurrido, discrepando correctamente de la pretensión de la parte recurrente de presentar unos hechos como producidos en la esfera privada, ajena al servicio» (Fundamento de Derecho Tercero)⁴⁷. La consecuencia que se extrae es la aceptación de crear nuevos tipos penales militares *ad casum*, al antojo de un principio genérico recogido en las Reales Ordenanzas, con temerario menosprecio a la reserva de Ley Orgánica en materia penal (art. 81.1 CE).

Esta resolución en aplicación de la referida doctrina constituye, a nuestro juicio, prueba de la existencia- también en el plano práctico- de meros “intereses”, capaces de extender

⁴⁶ LÓPEZ LORCA, B.: «La antijuridicidad material y su proyección en el Derecho Penal Militar... *ob. cit.* pp. 77-80

⁴⁷ Entiendo que se refiere al art. 12 de la Ley 85/ 1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas ya derogadas.

sin límite o criterio restrictivo alguno el fuero castrense. Y esta extensión del fuero castrense, como vemos, supone incrementos de pena.

Sin ánimo de ser exhaustivo en cuanto a la debilidad de lo que pretenden ser bienes jurídicos militares, he de poner el acento en lo que parece ser una ambivalencia de los intereses castrenses tanto para tipificar faltas disciplinarias como para tipificar delitos. De esta forma, hay una constante en el Derecho militar, y es que, en aras a proteger meros intereses como la disciplina la unidad y la jerarquía, se transforma en un mero «Derecho penal sancionador» sin más, que descuida la protección de verdaderos bienes jurídicos, produciendo que con la simple protección formal se pasa por el legislador del delito a la falta disciplinaria y a la inversa en un momento dado, sobre una falta de sólidos criterios. Tal y como reza la STS (Sala 5ª) de 21 de septiembre de 1988: «Esta dimensión disciplinaria del Derecho Penal Militar es la causa de que entre éste y el Derecho Disciplinario militar no exista siempre una diferencia sustancial o cualitativa sino de grado o cuantitativa, lo que explica que la conceptualización de no pocos ilícitos castrenses como penales o administrativos sean una cuestión opcional deferida, en cada momento histórico, al juicio de oportunidad del legislador. En consecuencia, puede decirse que ambos Derechos constituyen, en cierto modo, un solo bloque u ordenamiento sancionador».

En conclusión, podemos dudar seriamente de la existencia en puridad de bienes jurídicos militares, pudiendo tan solo reconducir la cuestión, a meros intereses castrenses. De hecho, al abordar la cuestión de los bienes jurídicos militares, ejemplificados en la «jerarquía, unidad y disciplina», tanto LEÓN VILLALBA⁴⁸ como LÓPEZ LORCA⁴⁹ los refieren meramente como «valores e intereses» específicos, difícilmente considerados como bienes jurídicos. Para corregir esta cuestión proponen la protección de estos valores recurriendo al ámbito disciplinario⁵⁰.

⁴⁸ LEON VILLALBA, F.J.: «Artículos 9 y 10, el delito militar...», *ob. cit.*, p. 200.

⁴⁹ LÓPEZ LORCA, B.: «La antijuridicidad material y su proyección en el Derecho Penal Militar...», *ob. cit.*, 106.

⁵⁰ Como excepción a esta afirmación, es preciso indicar que el Código Penal Militar de 2015 ofrece figuras delictivas, como el delito de sedición militar (Arts. 38 apartados 1º, 2º, y 39- 41) y desobediencia (art. 44), que sí son de carácter estrictamente castrense, en tanto que con la conducta típica de estos delitos no se protegen más bienes que la disciplina militar. A su vez, no puede obviarse que la disciplina es un bien instrumental, imprescindible y necesario para las Fuerzas Armadas, y por ende, merecedor de protección penal.

VI. EL BIEN JURÍDICO O VALOR DE LA «EFICACIA» CASTRENSE Y SU VIRTUALIDAD EXPANSIVA COMO INTERÉS

1. El papel de la eficacia en las Fuerzas Armadas

Dada la ambigüedad de los bienes jurídicos militares, y su dificultad para identificarlos, nos atrevemos a indicar a modo de ejemplo, el carácter ambivalente de la “eficacia”, pudiendo considerarla tanto un «bien jurídico» como un simple «interés» en sede castrense. Este bien jurídico empleado en tantas ocasiones como *interés* ha protagonizado el argumento que ha servido al legislador para ensanchar ilegítimamente el ámbito castrense.

La eficacia, para el Código Penal Militar de 2015, es, en realidad un pretendido bien jurídico militar como queda consagrado en el Capítulo VII: «Delitos contra la eficacia del servicio», dentro del Título IV «Delitos contra los deberes del servicio» (Arts. 73-78 CPM). Sin embargo, no podemos acotar la presencia de este “interés” tan solo para los delitos militares comprendidos en este capítulo, porque con este vocablo se identifica uno de los principios de actuación de la administración pública (Art. 103. 1 CE). Como subraya SANDOVAL, las «fuerzas armadas forman parte de la Administración Pública, en concreto, de la Administración militar, a la que se alude en el art. 97 CE»⁵¹. Casando el planteamiento de SANDOVAL, aplicado concretamente a la eficacia, como protagonista del resto de principios de actuación, se desprende lo mismo de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas:

«En función de los anteriores criterios, con esta ley se completa el estatuto de los miembros de las Fuerzas Armadas, sustentado en el adecuado equilibrio entre el ejercicio de derechos y la asunción de deberes, para hacer posible el cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y la aplicación del principio de eficacia predicable de toda Administración Pública, al que se refiere el artículo 103.1 de la Constitución, de especial consideración en el caso del militar que es depositario de la fuerza y debe estar capacitado y preparado para, a las órdenes del Gobierno, usarla adecuadamente».

Por otra parte, los cometidos que las Fuerzas Armadas tienen asignados constitucionalmente son primordiales. A tenor del art. 8.1 de la CE, «tienen como misión

⁵¹ SANDOVAL, J.C.: «Razones para una nueva concepción del delito militar...», *ob. cit.*, p. 305

garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional». Para tales fines, el principio de eficacia que rige en toda administración pública impera con carácter preeminente para las Fuerzas Armadas. Ha indicado BLANQUER que el principio de eficacia no tiene que comprender toda su intensidad en la Administración pública en general. Sin embargo, en el Ejército cobra un valor casi absoluto, «pues el mantenimiento de un Ejército sólo se explica si se garantiza su eficacia frente a cualquier evento»⁵². Tanto es así que, como se ha indicado, por lo dicho por SANDOVAL y COTINO, la eficacia debe estar presente en todo momento, esto es, tanto cuando las Fuerzas Armadas están de facto cumpliendo su misión constitucional, como cuando, sin hacerla, deben mantener los correspondientes niveles de operatividad y entrenamiento, de forma que, en cualquier momento, puedan estar en condiciones de entrar en acción para cumplir con los resultados que de ellas se esperan.

Se puede considerar sin gran dificultad que la eficacia de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de sus cometidos está presente y entrelazada en la mayoría de los supuestos bienes jurídicos estrictamente castrenses. Y las razones son las siguientes: Si SANDOVAL ponía como ejemplo de posibles bienes jurídicos castrenses, el «mando», la «disciplina» y el «servicio militar», LEÓN DE VILLALBA y LÓPEZ LORCA, por su parte, identifican la «disciplina», la «jerarquía» y la «unidad». Estos últimos están orientados a un fin, la eficacia, tal y como indica el art. 7 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de 2009, relativo a las «características del comportamiento del militar»:

«ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción».

Junto a las Reales Ordenanzas le sigue el art. 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, al establecer que la disciplina, jerarquía y unidad, son «indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción».

De la misma forma, COTINO HUESO, en relación con la eficacia, junto con los anteriores intereses, añade que los «valores castrenses que se engloban en lo que se ha

⁵² BLANQUER, D.: *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 216-217.

dado en llamar el “espíritu militar” (disciplina, honor, valor, sacrificio, austeridad, compañerismo y abnegación, etc.),...también inspiran e informan el ordenamiento jurídico castrense, tan diferente el ordenamiento estatal... en tanto contribuyen al buen funcionamiento de los ejércitos». Además, este autor afirma que la eficacia de los ejércitos es un valor de tanto peso que, en aras de esta, los miembros de las Fuerzas Armadas «verán recortados todos sus derechos fundamentales que como personas y ciudadanos tienen constitucionalmente reconocidos»⁵³.

Reflejo de esta idea son, igualmente, las palabras del Tribunal Constitucional al afirmar que la jerarquía es «manifestada en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor que precisa la cohesión que obliga a todos por igual» (ATC 375/1983, de 30 de julio; ATC 377/1983, de 30 de julio).

En definitiva, la eficacia, cuando no es exclusiva y formalmente un pretendido bien jurídico militar declarado por la norma mediante la tipificación de conductas delictivas en arts. 73-78 del CPM, tiene que ser necesariamente un «mero interés» o «valor» que, desde un punto de vista dogmático, no puede tener la importancia de un bien jurídico. Esto produce la notable desviación jurídico-dogmática en el derecho penal militar, de que un mero «interés» es el que guía al resto de «bienes jurídicos», siendo aquel la base de todos estos. Una naturaleza -por cierto- de ese interés llamado «eficacia», que no difiere del carácter «instrumental» de los bienes jurídicos a los que justifica. El derecho penal militar actual parece estar dispuesto no solo a asumir bienes jurídicos difusos en cuanto que son instrumentales, sino que los mismos coticen como inferiores categorías meta jurídicas, de naturaleza más instrumental si cabe.

De la centralidad del valor eficacia con el derecho penal militar se ha ocupado RODRÍGUEZ DEVESA estableciendo que el «centro» del derecho militar es el «potencial bélico del Estado, la eficacia de las FAS que no constituye un bien jurídico

⁵³ COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de las fuerzas armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 437.

privativo de los Ejércitos sino un interés estatal»⁵⁴, todo ello para la protección de un interés general, que es el Estado constitucional.

2. El valor de la eficacia en las misiones de las Fuerzas Armadas del Art. 8.1 CE

Ahora procedo a conectar de forma muy concreta la *eficacia* con el derecho penal militar y los principales fines de las Fuerzas Armadas. En la búsqueda de bienes jurídicos militares verdaderos, el «concepto sociológico funcionalista» que persigue la protección de bienes jurídicos mediante las instituciones o sistemas sociales para, en última instancia, proteger a los individuos, pone el acento en la importancia de las Fuerzas Armadas en aras a la protección del orden constitucional, a tenor del art. 8.1 CE. Incluso en tal caso, el mayor fin de las Fuerzas Armadas, que es la defensa de la Constitución, junto con la defensa de la soberanía de España y su independencia, no excede de un mero interés o valor de la *eficacia*. Al respecto, contamos con el delito de rebelión, que ha sido señalado por GARCÍA RIVAS como el único que tiene virtualidad para poner en jaque el sistema constitucional, y, por ende, activar el presupuesto del estado de sitio a tenor de la LO 4/1981, de 1 de junio, que obligaría a la intervención de las Fuerzas Armadas para sofocar este delito y defender el orden constitucional. Sin embargo, él mismo se refirió someramente a la eficacia de las Fuerzas Armadas respecto a la regulación de este delito en el Código Penal Militar de 1985 que siendo tipificado en el art. 79 y cuyo tenor es prácticamente idéntico al del actual art. 472 del Código Penal común, tiene su justificación «por cuanto supone un intento de variar el orden constitucional e implica la necesidad de desviar efectivos hacia los sublevados»⁵⁵. Por su parte, MONTULL LAVILLA ha tratado este precepto castrense con profundidad, aceptando que es un delito cuyo bien jurídico es de naturaleza común, en cuanto que es la Constitución la que se protege. Así mismo, considera que es un delito que protege *mediatamente* «la eficacia del potencial bélico» o del «potencial humano y material de la defensa armada» al «servicio del Estado»⁵⁶. Lo dicho por este sector de la doctrina es igualmente predicable del delito

⁵⁴ RODRÍGUEZ DE VESA J. M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español, Parte Especial* (Vol.2), Dykinson, Madrid, 1992, pp. 1283- 1284.

⁵⁵ GARCIA RIVAS, N.: «La reinstauración de la pena de muerte en el Código penal militar», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11, 1986, p. 351.

⁵⁶ En MONTULL LAVILLA, E.: «Delito de rebelión en tiempos de guerra», en: BLECUA FRAGA, R. y RODRIGUEZ-VILLASANTE, J.L. (Coords.): *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 916 -917.

de rebelión que recoge el art. 9.2 del Código Penal Militar de 2015, pues remite a la regulación en su integridad de la conducta típica en el Código Penal.

Siguiendo mi razonamiento anterior, no es la protección de la Constitución, en tanto no es un «bien jurídico» militar, el que hace vincular la rebelión con su regulación en el Código Penal Militar, sino tan solo un «valor o interés» militar, esto es, la *eficacia*. En definitiva, si la conexión del derecho penal militar con las altas misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas está asentada sobre el valor de la eficacia, y no sobre un bien jurídico verdadero, buscar bienes jurídicos en otros ámbitos del derecho penal militar es tarea verdaderamente difícil. En otras palabras, si la dificultad de encontrar auténticos bienes jurídicos militares susceptibles de protección penal es patente, desde alguna perspectiva, lo es por el hecho de que el legislador no ha podido conectar el fin último –o razón de ser- de las Fuerzas Armadas que es la defensa de la Constitución, con un interés que sea a su vez un bien jurídico *sensu stricto* y de carácter militar. Como podemos ver, es la *eficacia* el único criterio que ha permitido conectar el delito de rebelión con el derecho penal militar, en cuanto se debe contar con unas Fuerzas Armadas eficaces para defender el orden jurídico constitucional. Lo mismo podríamos afirmar del resto de las altas misiones de las Fuerzas Armadas recogidas en el art. 8.1 de la Constitución.

Todo lo anterior lo afirmo, sin perjuicio de apostillar que el delito de rebelión ya cuenta con un bien jurídico verdadero, concreto, identificado y que es común, que no militar. Este es, la defensa de la Constitución.

Como hemos visto, la eficacia es un valor que, por supuesto, parece dar sustento a los demás y en otras ocasiones aparece entremezclado con el resto. En todo caso, parece un recurso que, por su omnipresencia en toda norma militar, puede ser empleado como comodín para la militarización de cualquier delito común. Por ello, la eficacia no puede ser un criterio legitimador de tantas sanciones penales militares - al margen de los delitos específicos contra la eficacia del servicio (Arts. 73-78 CPM)-, pues, como diría HASSEMER, «una política criminal y moderna también daña el concepto tradicional de bien jurídico con la utilización de bienes jurídicos vagos y demasiado generalizadores».

Igualmente, esta postura podría quedar censurada por ROXIN, quien defiende para la fundamentación de los tipos penales la huida de «vagos conceptos generales»⁵⁷.

Sin embargo, veíamos que, a tenor del art. 9.2 de la CPM, se produce la militarización de una serie de delitos comunes como la rebelión, la traición y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, si los comete un militar. Tal como rezaba la Exposición de Motivos, dicha militarización se produce de una «especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense». Por todo lo antes expuesto, podemos decir que es la «eficacia» el interés que más presente ha estado en la «militarización» de estos delitos. Si esta idea no ha quedado clara, los vamos a seguir desarrollado en el apartado posterior.

VII. LA PLURIOFENSIVIDAD DE LOS DELITOS MILITARIZADOS QUE REMITEN A LA LEGISLACIÓN COMÚN

Bajo el pretexto de la «pluriofensividad» de determinados delitos (art 9.2 CPM), se ha procedido a la «militarización» de estos a pesar de estar regulados en el Código Penal común, con un incremento de penas. Esta pluriofensividad pretende establecer un vínculo castrense con delitos comunes, para, a su vez, en razón del sujeto activo y de las circunstancias, atribuir su conocimiento al fuero militar, y así revestir artificialmente estos delitos de una estela que los incluye en el ámbito estrictamente castrense *ex art.* 117.5 CE. Se trata de delitos que, regulados en el Código Penal de 1995, ya portan un bien jurídico concreto y común, tal y como hemos señalado *ut supra*⁵⁸. Sin embargo, el legislador recurre a una artificiosa investidura para militarizarlos.

Como muestra de lo referido, la Exposición de Motivos del Código Penal Militar de 2015 ya nos ilustraba su consistencia:

«Así, la noción de delito militar abarca no sólo los definidos específicamente en la parte especial (Libro Segundo) del código castrense como delitos militares, sino también aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos estricta o esencialmente militares incriminados en la legislación penal común, siempre que sean cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense».

⁵⁷ Ver nota 2.

⁵⁸ Ver nota 28.

Su plasmación legislativa veíamos que aparecía en el art. 9.2 del Código Penal Militar, estableciendo que también serán delitos militares: «a) Delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. b) Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional».

A esta técnica legislativa LEÓN VILLALBA⁵⁹ y LÓPEZ LORCA⁶⁰ formulan una crítica que es especialmente relevante en el tema que estamos tratando: a saber, que se pretende otorgar *pluriofensividad* a estos delitos, cuando realmente, en los mismos, no confluyen «bienes jurídicos» militares junto a comunes, sino meros «intereses» militares junto a auténticos «bienes jurídicos» comunes. Es decir, la jerarquía que debe imperar entre los bienes jurídicos que, en este caso, son comunes sobre intereses militares, impide hablar correctamente de *pluriofensividad*, por lo que se debe considerar heterodoxa esta técnica, siendo inviable la absorción por el fuero militar de estos delitos.

LEON VILLALBA considera que el legislador toma como base conceptual de la pluriofensividad intereses militares como «distintas manifestaciones de la disciplina, la jerarquía y unidad». Como decíamos anteriormente, el interés «eficacia», que es la base de todos estos, no puede sino ser el principal criterio de justificación. No en vano este interés es expresamente mencionado en la Exposición de Motivos sobre estos delitos y, como veíamos, su importancia está sumamente demostrada en lo apuntado en el epígrafe anterior.

Las críticas, en general, a la militarización de los delitos del Código Penal de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, así como del delito de rebelión, han de considerarse correctas, a mi juicio, si tomamos como base que en el Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Militar se incluían delitos como aquellos

⁵⁹ LEON VILLALBA, F.J.: «Artículos 9 y 10, el delito militar...», *ob. cit.* p. 210.

⁶⁰ LÓPEZ LORCA, B.: «La antijuridicidad material y su proyección en el Derecho Penal Militar»..., *ob. cit.* p. 117. Señala esta autora que sostener una pluriofensividad para la militarización de un delito sobre la base de la confluencia de bienes jurídicos del Código Penal común junto con meros «intereses específicos del ámbito militar... no guarda relación con el concepto de delito compuesto (aquel que protege varios bienes jurídicos).

que comprometen la paz y la independencia del Estado, «delitos de prevaricación de funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias, malversación y exacciones ilegales, incluidos en el Título XIX como delitos contra la administración pública, siempre que se cause perjuicio o riesgo a los intereses del servicio o de la administración militar y concurra la infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil». Finalmente, fueron excluidos en el texto que entró en vigor, no siendo el fruto de una seria técnica depurativa de lo estrictamente castrense desde el punto de vista del bien jurídico protegido, sino de una mera negociación política en sede legislativa⁶¹. A la sazón, en un informe del Consejo General del Poder Judicial, no se ofreció resistencia para la inclusión de los delitos que finalmente fueron excluidos, pues su posible inclusión estaba justificada, en resumidas cuentas, por la precisa eficacia de las Fuerzas Armadas, en cuanto que la comisión de estos delitos por parte de los militares «con abuso de sus facultades o la infracción de sus deberes profesionales, suponen una especial afección a los intereses, servicio y eficacia de la organización militar, tal como se señala en la EM»⁶².

En relación con los delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, LEÓN VILLALBA parece dar a entender que no hay explicación a que se añada como presupuesto militarizador la circunstancia de «siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los

⁶¹ LEON VILLALBA, F.J.: «Artículos 9 y 10, el delito militar...», *ob. cit.*, p. 217.

⁶² Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código Penal Militar, 2013, pp. 34-35. Respecto al concepto y delimitación del «ámbito estrictamente castrense», y respecto a los deberes y obligaciones de los militares y de la Guardia Civil relacionados con los delitos militares, pone el protagonismo en la eficacia como corolario y base del resto de intereses castrenses protegibles penalmente. En palabras del apartado 81 de ese informe se formula en el siguiente sentido: «Por tanto, para delimitar los límites del “ámbito estrictamente castrense”, además del núcleo relativo a la disciplina, entendido como cumplimiento de deberes que impone al militar su pertenencia a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, ha de atenderse al servicio – en conexión con los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y a la *eficacia*, que podrán verse atacados de diversas maneras, lo que permite considerar como delitos militares determinadas conductas previstas en el CP que afecten a la *eficacia* de las Fuerzas Armadas, atentando contra un bien jurídico que vulnere o ponga en peligro valores, intereses o bienes jurídicos esencialmente militares o vinculados a la seguridad o defensa nacional, respecto de la que las Fuerzas Armadas son elemento esencial». Las letras cursivas me pertenecen.

derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil»⁶³. Para este autor, no puede explicarse la comisión de estos delitos por parte de un militar sin incumplir las facultades y obligaciones de las respectivas leyes orgánicas, por lo que dicha remisión parece que innecesaria. A nuestro juicio, amén de ser una deficiente técnica de aplicación de la ley penal en blanco, que da sustento a la arbitrariedad judicial expansiva del derecho militar, no es sino la elocuencia legislativa en aras de disfrazar la innecesaria militarización de delitos comunes. Y, por supuesto, da pábulo a que con la misma técnica se pueda militarizar legislativamente en el futuro cualquier delito común, pues sería difícil imaginar a un militar que en el ámbito de sus funciones y cometiendo casi cualquier delito del Código Penal no incumpla a su vez cualquiera de las amplísimas disposiciones de tales leyes que regulan con gran holgura los deberes propios del militar.

La vaguedad de los bienes jurídicos que impugnan ROXIN y HASSEMER resulta evidente, pues, como hemos visto, la *eficacia* es un concepto que, si no se considerara ambiguo o vago, al menos su empleo de forma multivalente sí que lo es, puesto que permite militarizar delitos de distinta naturaleza jurídica sin criterio alguno, como son los del art. 9.2 del CPM, por no hablar de la diversidad de delitos que bajo este paraguas se incluyeron en el Proyecto y Anteproyecto del vigente Código Penal Militar. El empleo polivalente de la *eficacia* podemos verlo igualmente en que es sacado de la pretendida función propia de bien jurídico concreto que supuestamente desarrolla dentro del Título III, Capítulo VII, «Delitos contra la eficacia del servicio», para pasar ahora como criterio para militarizar los delitos comunes que hemos visto.

Por otro lado, salta a la vista la vaguedad del otro criterio militarizador de estos delitos que hemos visto, consistente en la realización de un abuso de facultades o infracción de deberes respecto de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil.

Por último, debe indicarse que, por mi parte, se ha puesto el acento en el valor *eficacia* de las Fuerzas Armadas como criterio para la militarización de delitos en el informe del Consejo General del Poder Judicial, pero en el mismo, junto con el preámbulo del Código Penal de 2015, refiere igualmente como criterio militarizador de estos delitos la «especial afección a los intereses, al servicio». No hay explicación alguna de cuáles son los *intereses* concretos que han permitido sustentar un criterio para la militarización de estos

⁶³ LEON VILLALBA, F.J.: «Artículos 9 y 10, el delito militar...», *ob. cit.*, p. 120.

delitos. Por no hablar de que, si son meros intereses, no son bienes jurídicos. El propio empleo del vocablo por el legislador ya le acusa de conculcar el principio de protección de bienes jurídicos. Por otro lado, el empleo polivalente de la *eficacia* se puede predicarlo igualmente del término «servicio» como criterio de militarización de los delitos del art. 9.2 ya que no rebasaría tampoco la categoría de *interés* en aquellos, puesto que, como bien jurídico protegido de manera más concreta, se hace referencia a este en el Código Penal Militar de 2015 en los delitos comprendidos en el Título IV, «Delitos contra los deberes del servicio».

XIII. CONCLUSIONES

- 1) La entrada en vigor del Código Penal de 2015 es, sin duda, un notable avance en cuanto a la complementariedad y armonización del Derecho Penal militar respecto del común. La desaparición de la vieja cláusula de salvaguarda del art. 5 del Código predecesor de 1985 supone la aplicación de la parte general del sistema penal, esto es, los principios limitadores del derecho penal, por fin imbricados en esta ley penal especial militar. Esto es lo esperable y deseable en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde se consagran la libertad, la igualdad y el pluralismo político, a tenor de nuestra Constitución de 1975.
- 2) Sin embargo, el nivel de complementariedad de nuestro Código Penal Militar de 2015 respecto al Código Penal de 1995, también tiene que ser examinado a tenor del concepto de “delito militar”. Este debe tener los mismos parámetros que el delito común, lo que significa que sea respetuoso con el principio de protección de bienes jurídicos, así como con el de intervención mínima. El primer principio hemos de entender que consiste en que cada tipo penal proteja un ámbito de la realidad que sea digno de protección, pero que, a su vez, sea concreto e identificable para no extender las normas penales a ámbitos innecesarios que produzcan ilegítimas restricciones a la libertad del individuo. Por su parte, el principio de intervención mínima exige que se recurra al derecho penal solo ante los ataques más graves a los bienes jurídicos. Por último, hay una particularidad de esta rama del derecho que no es nada desdeñable: el carácter estrictamente castrense del art. 117 CE que constituye un límite en la creación de los delitos militares. Como no puede ser de otra manera, este carácter estrictamente castrense de los delitos militares viene determinado por esta misma característica aplicada a los bienes jurídicos que protegen. Por tanto, este principio consiste en que, dentro del respeto al principio de protección de

bienes jurídicos e intervención mínima, el delito militar solo debe crearse por el legislador para la protección de un bien jurídico militar que no exceda del ámbito castrense, es decir, sin invadir un espacio que corresponda a un bien jurídico común (BALLBÉ).

3) En relación al concepto de delito militar, entendemos que el nuevo código, al igual que sus predecesores, sigue sin ser respetuoso con el sistema jurídico penal general en el que se inserta, pues parece prescindir, en esencia, del principio de protección de bienes jurídicos. Por “delito militar” se entienden las *«acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este código»*, todo ello, a tenor de la definición de delito militar que nos ofrece el Código Penal Militar de 2015 (art. 9.1). Esta concepción, que parece prescindir de la importancia de la protección de bienes jurídicos, no es solo una apreciación por mi parte, a tenor de la lectura del precepto, sino que, igualmente, tiene un respaldo doctrinal que se desprende de la concepción de delito militar que tiene, por poner un ejemplo, RODRIGUEZ- VILLASANTE PRIETO, en tanto el delito militar se asienta, simplemente, en meros criterios de conexión de la conducta delictiva con el ámbito militar como la condición de militar del sujeto activo actuando con abuso de facultades o infracción de deberes castrenses u otras posibles circunstancias que, consisten, entre otras, en que el delito se cometa en un lugar militar o durante la realización del servicio militar.

4) El hecho de haberse declinado la importancia que merece el principio de protección de bienes jurídicos, entendemos que, igualmente, ha afectado al concepto de *ámbito estrictamente castrense*. Al menos, en términos estrictos, el Código Penal Militar de 2015 tampoco es respetuoso con sus límites, como se ha expuesto en este trabajo dando razones que, ya en clave conclusiva, resumimos en los siguientes puntos.

5) En primer lugar, no parece haber un estricto respeto al ámbito estrictamente castrense si partimos de la base del art. 9.2 de Código Penal Militar de 2015, al establecer que, junto a los delitos del Libro II, se considerarán delitos militares los de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en caso de abuso de facultades o infracción de deberes legales de los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, así como respecto al delito de rebelión en caso de conflicto armado internacional, siempre y cuando estos tres delitos los cometa «un militar», produciéndose un incremento de la pena en un quinto respecto a las establecidas en el Código Penal. La dificultad está, desde mi punto de vista, en que estos delitos ya tienen una previa regulación en el Código Penal de 1995 protegiendo bienes jurídicos comunes,

por lo ya no habría un criterio de peso para que estos delitos guarden relación con un bien jurídico esencialmente castrense.

6) En segundo lugar, el Libro II del Código Penal Militar de 2015 regula, supuestamente, delitos de ámbito estrictamente castrense. Sin embargo, se prevé una mayoría de delitos que, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, no son militares sino comunes. Así, por ejemplo, si el sujeto pasivo de un delito es, según la doctrina, el titular del bien jurídico protegido, está claro que en muchos casos el titular es el propio Estado, que no el Ejército, a saber: Título I «Delitos contra la seguridad y defensa nacionales», que, además, cuenta con una regulación paralela en el Código Penal, así como los delitos del Título V, «Delitos contra el patrimonio militar», puesto que, en el fondo, no son más que delitos contra la Hacienda pública, no pudiéndose hablar propiamente de una “Hacienda Militar”. En otros supuestos, el vínculo con un bien jurídico castrense es igualmente escaso. Así, por ejemplo, en el Título III, «Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares», se ve muy claramente la naturaleza común del delito, ya que en su regulación se remite al Título relativo a los delitos contra la *disciplina*, con la salvedad de que en aquellos la disciplina no queda afectada. Por tanto, si no está presente el bien jurídico disciplina de estos delitos ¿cuál es la naturaleza jurídica de los bienes jurídicos protegidos por estos delitos del Título III? Sin duda, la integridad corporal, la salud física o mental, la libre determinación en ámbito sexual y su dignidad, la libertad de obrar, la indemnidad física y moral, libertad, seguridad, integridad moral y dignidad humana, son bienes jurídicos comunes, en tanto tienen protección en los correspondientes tipos penales en el Código Penal de 1995, y pertenecen a la esfera personal del sujeto pasivo, que en este caso es una persona física. En resumidas cuentas, si el sujeto pasivo del delito no es el Ejército, el delito no podría ser tildado de estrictamente castrense.

7) ¿Cuáles son los criterios para que los delitos del art. 9.2 CPM y los anteriores del Libro II sean militares? Como podemos ver, el punto de conexión de estos delitos con el ámbito estrictamente castrense no se debe al bien jurídico protegido, sino a otras cuestiones menos importantes, como la condición de militar del sujeto activo del delito, el lugar donde ocurren los hechos delictivos o si se comete durante un acto de servicio. No se trata de una apreciación nuestra, sino que tiene un respaldo doctrinal.

8) Por otro lado, podemos apreciar por el legislador el indebido empleo de *valores*, que no *auténticos bienes jurídicos*, para considerar que los delitos son militares. Así, por ejemplo, la *eficacia*, que sería un pretendido *bien jurídico* a tenor de lo establecido en el Capítulo VII, denominado «Delitos contra la eficacia del servicio», dentro del Título IV del libro II, es igualmente empleado como un mero *valor o interés* para la militarización de los delitos comunes del art. 9.2 CPM. Este empleo polivalente de conceptos jurídicos, como si hicieran la función de auténticos bienes jurídicos, va en contra de la determinación y concreción de estos, predicada por ROXIN y HASSEMER, respecto a los tipos penales a los que están vinculados. Si esta opinión no llegara a convencer, contamos con que el propio Preámbulo del Código Penal Militar de 2015 refiere como criterio militarizador de estos delitos comunes la «especial afección a los intereses, al servicio». ¿Cuáles son estos intereses? ¿Estos intereses son bienes jurídicos? El empleo por el legislador del vocablo *interés* es más que elocuente acerca de la tesis que sostenemos. En cuanto al término *servicio*, ¿cómo puede emplearse ahora como un bien jurídico capaz de militarizar delitos comunes si contamos con otros delitos que, pretendidamente lo protegen de forma específica, con supuesta concreción en el Título IV. «Delitos contra los deberes del servicio»?

9) A tenor de los puntos anteriores, podemos comprobar que, el hecho de prescindir de un concepto de delito militar que tome como núcleo el principio de protección de bienes jurídicos produce, a su vez, un concepto patológico del «ámbito estrictamente castrense», que marca la Constitución en el art. 117.5. Esta patología produce la posibilidad de extender indebidamente el fuero castrense, como ha realizado nuestro vigente Código Penal Militar de 2015, a un número elevado de delitos que, son más bien comunes, ya sean contemplados en el art. 9.2 o en el Libro II.

10) A su vez, este pretendido vínculo de los delitos militares, en la propia ley penal militar, con bienes jurídicos comunes que pertenecen al Estado o a la persona física, hace sospechar sobre la inviabilidad de un Código Penal Militar distinto del general, ya que si, igualmente, se pretenden tales vínculos entre delitos militares y delitos comunes, se hace, evidentemente, para acentuar la importancia y sustantividad de los bienes jurídicos en juego, que, a su vez, justifiquen la viabilidad del derecho penal. Pero, como puede desprenderse, que se justifique la intervención del derecho penal en general, no necesariamente justifica que sea del militar, ya que con esta técnica legislativa se puede

originar serias dudas acerca de si existen bienes jurídicos estrictamente castrenses, o son, más bien, meros intereses susceptibles de protección por vía disciplinaria (LOPEZ LORCA, LEON VILLALLBA, SANDOVAL). Es decir, el hecho de que el legislador cree delitos militares de una manera tan vinculada a bienes jurídicos o delitos comunes parece dar a entender, a nuestro juicio, que es el propio legislador quien duda de la existencia de bienes militares susceptibles, por sí solos, de ser protegidos por el derecho penal.

11) Esta sospecha de ausencia de auténticos bienes jurídicos estrictamente castrenses se desprende también de lo explicado *ut supra* sobre el indebido empleo polivalente de términos como el de *eficacia*, *servicio*, para justificar la militarización de delitos comunes, y, de forma más clara del uso vocablo *interés* para justificar esta práctica. Como se puede ver, con esta técnica se puede militarizar cualquier delito a futuro prescindiendo del concepto de bien jurídico.

12) De ámbito estrictamente castrense parecen serlo excepcionalmente los delitos del Título IV relativo a los «Delitos contra los deberes del servicio», que engloba una serie heterogénea de conductas cuyo bien jurídico viene conformado parcamente por «la adecuada prestación del servicio» (DOMINGUEZ BASCOY y MARTINEZ ALCANIZ). Se trata de una formulación del bien jurídico que debe ser pulida de cara a su concreción, desde mi punto de vista. Respecto al principio de intervención mínima, se puede objetar que dada la heterogeneidad de infracciones del deber del servicio que comprende este espacio, no todas las conductas recogidas guardan la misma peligrosidad. Por ejemplo, no todas se producen en las graves circunstancias de conflicto armado, estado de sitio, o ante rebeldes o sediciosos o cualquier otra situación crítica. Es por ello por lo que algunas conductas menos lesivas podrían pasar al derecho disciplinario.

13) Si el Código Penal de 2015 soslaya, como se ha visto, la esencialidad del principio de protección de bienes jurídicos, evidentemente, no podemos hablar aún de un derecho penal complementario, sino integral o, al menos, parcialmente complementario. Esta realidad es indeseable a tenor del Estado Social y Democrático de Derecho consagrado en la Constitución Española de 1978.

BIBLIOGRAFÍA

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: «La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias», *Anuario de filosofía del derecho*, N.º 23, 2006, págs. 187-204.

- BALLBÉ, M.: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2.ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1985.
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Derecho penal comparado. La definición de delito en los sistemas anglosajón y continental*, Editorial Atelier, Barcelona, 2011.
- BLANQUER, D.: *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996.
- CALDERÓN SUSÍN, E., «La Ley penal militar alemana de 1974. Comentarios y notas», *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, n.º 8, 1984, págs. 119- 154.
- COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de las fuerzas armadas*. Universidad de la Rioja, Logroño, 2007.
- DOMINGUEZ BASCOY, J.- MARTÍNEZ ALCANIZ, A.: «Artículos 56 a 60. Los delitos contra los deberes del servicio (II)» en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (Dir.): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, págs. 733- 798.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA ARROYO, C.: «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales- institucionales», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N°24, 2022, págs. 1- 45.
- GARCIA RIVAS, N.: «La reinstauración de la pena de muerte en el Código penal militar», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11, 1986, págs. 347- 354.
- HASSEMER, W.: *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 95- 104.
- HEFENDEHL, R.: «De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico», en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 459- 476.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F. Y PASCUAL SARRÍA, F. L., *Código Penal Militar. Legislación complementaria, jurisprudencia, comentarios y concordancias*. Índice analítico, Colex, 1ª edición, 2011.
- JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura económica, Madrid, 2012.
- JUANES PECES, A.: «Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar». *La ley Penal*, núm. 7, julio 2004, págs. 5- 13.
- JUANES PECES, A.: «Artículos 45 a 48. Los delitos contra la disciplina (III)», en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (DIR): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 550- 654.
- JUANES PECES, A.: «Artículos 49 y 50. Los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares»», en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (DIR): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 655- 659.

- LEÓN VILLALBA, F. J.: «Condicionantes normativos y extranormativos, del ilícito militar», en LEON VILLALBA, F.J.: (Dir.) *Derecho penal militar. Cuestiones fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 17- 64.
- LEON VILLALBA, F.J.: «Artículos 9 y 10, el delito militar» en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (Dir.): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 182- 235.
- LOPEZ LORCA, B.: «La antijuridicidad material y su proyección en el derecho penal militar. La delimitación del bien jurídico militar», en LEON VILLALBA F.J. (DIR.): *Derecho Penal Militar, cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 71- 128.
- LOPEZ LORCA, B.: «Artículos 24 a 29. Los delitos contra la seguridad y defensa nacional (I)» LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (DIR): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Valencia 2017, ed. Tirant Lo Blanch, págs. 263- 326.
- LOZANO RAMÍNEZ, A.: «Artículos 81 a 85. Los delitos contra el patrimonio en el ámbito militar», en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (DIR): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- LUZON CUESTA, J.M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª ed, Dykinson, Madrid, 2022.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.
- MONTULL LAVILLA, E.: «Delito de rebelión en tiempos de guerra», en: BLEGUA FRAGA, R. y RODRIGUEZ –VILLASANTE, J.L. (Coords.): *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988.
- MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho Penal, Parte general*, 1ª ed. Dykinson, Madrid, 2021.
- PIGNATELLI i MECA, F.: «Artículos 42 a 44. Delitos contra la disciplina (II). La insubordinación», en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (Dir.): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 436- 546.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español, Parte Especial* (Vol.2), Dykinson, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Recensión a la Rassegna della Giustizia Militare. T. XVII, vol. 3-4». *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 59-60, 1992, págs. 628- 636.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «El derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal militar complementario», *Revista española de Derecho militar*, Nº. 77, 2001, págs. 91- 134.
- RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L.: «Artículo 1. Ámbito de aplicación» en LEON VILLALBA, F.J.; JUANES PECES, A.; RODRÍGUEZ VILLSANTE Y PRIETO, J. L (Dir.): *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 52- 90.
- ROXIN, C.: *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura del delito*, Traducc. De la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, Aranzadi, 2008.

ROXIN, C.: «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en HEFENDEHL, R. (ED.): *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

SANDOVAL, J.C.: «Razones para una nueva concepción del delito militar en la política criminal y la política legislativa», en PEREZ ALVAREZ, F. y DÍAZ CORTÉS, L.M.: *Temas actuales de investigación en ciencias penales: Memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, 26, 27 y 28 de octubre de 2009, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, págs. 303- 325.

SANDOVAL, J. C.: *El delito de rebelión, Bien jurídico y conducta típica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

SERRANO PATIÑO J.V.: «La ejecución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 69, Fasc/Mes 1, 2016, págs. 409-447.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional, Auto 375/1983, de 30 de julio, recurso nº 499-1982. ECLI:ES:TC:1983:375A

Tribunal Supremo, Sentencia 6382/1988 de 21 de septiembre. Ponente Magistrado Excmo. Sr. don José Jiménez Villarejo. ECLI:ES:TS:1988:6382

Tribunal Supremo, Sentencia 3030/1997 de 29 de abril, recurso de casación nº 1/12/97. Ponente Excmo. Sr. don José Luis Bermúdez de la Fuente. ECLI:ES:TS:1997:3030

Tribunal Supremo, Sentencia 5853/ 1998 de 13 de octubre de 1998, recurso nº 341/1998. Ponente Excmo. Sr. don Adolfo Prego de Oliver Tolivar ECLI:ES:TS:1998:5853

Tribunal Supremo, Sentencia 5072/2014 de 24 de noviembre, recurso nº 698/ 2014, Ponente Excmo. Sr. don Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. ECLI:ES:TS:2014:5072

Tribunal Supremo, Sentencia 923/2020 de 11 de marzo, recurso 306/2018. Ponente Excmo. Sr. d. Pablo Llarena Conde. ECLI:ES:TS:2020:923

Tribunal Supremo, Sentencia 2942/2021 de 14 de julio de 2021. Ponente Excmo. Sr. d. Vicente Magro Servet, recurso 4122/2019. ECLI:ES:TS:2021:2942

Tribunal Supremo, Sentencia 1224/2023 14 de marzo de 2023; recurso nº 2972/2021. Ponente Excmo. Sr. d. Andrés Martínez Arrieta. ECLI:ES:TS:2023:1224