

COMENTARIO DE URGENCIA AL PROYECTO DE CODIGO PENAL MILITAR

EDUARDO CALDERON SUSIN

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL. III. LO MAS SOBRESALIENTE DEL LIBRO I DEL PROYECTO. IV. SELECTIVA REFERENCIA AL LIBRO II. V. MODIFICACION DEL CODIGO PENAL EN CORRELACION CON EL CODIGO PENAL MILITAR.

1.- En la reunión del día 12 de septiembre de 1984 el Consejo de Ministros, según su Portavoz, aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar, que, dos meses después, el día 12 de noviembre, ha aparecido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) con el número 123 de la serie de Proyectos correspondientes a la II Legislatura; paralelamente, con el número 124, comienza su andadura otro Proyecto de Ley Orgánica de "modificación del Código Penal en correlación con el Código Penal Militar".

Será este un comentario apresurado y breve al haberme sido solicitado con premura de tiempo y limitación de espacio, lo que explica, además de por las propias carencias y limitaciones, que pueda parecer superficial en algún momento y que falte siquiera la referencia a otros muchos aspectos de interés suscitados por la lectura del Proyecto; de otra parte, el enfoque se piensa desde una perspectiva fundamentalmente crítica, en el sentido de resaltar posibles defectos, desaciertos y torpezas, pues entiendo que, si alguna utilidad pudiera tener el comentario, esta vendrá por tal camino.

*Este Comentario ha sido elaborado para abrir la Sección de Derecho Penal Militar que periódicamente proyecta la Revista General de Derecho a partir del año 1985.

Desde luego se contienen indudables aciertos, glosados en la extensa exposición de motivos (en adelante E. de M.), según mi criterio en menor medida de la deseable y, desde luego, de la exigible en una tarea, como la abordada en el Proyecto, que pretende, en palabras iniciales de la dicha exposición, “la elaboración de un nuevo Código que refleje debidamente los principios Constitucionales, el de especialidad de la Jurisdicción Militar y los progresos ofrecidos, tanto por la moderna ciencia jurídico penal como por el derecho comparado de familias jurídicas afines”.

Se estructura el comentario con unas reflexiones iniciales en torno a la inserción de las normas proyectadas dentro del ordenamiento jurídico, así como de carácter general, para pasar a destacar algún aspecto del libro I y después, más selectivamente todavía, del II dedicado a los “delitos en particular”, cerrándose con una escueta referencia al proyecto de “Ley puente” de modificación del Código Penal.

2.- De modo plausible, por lo que supone de avance en el logro de una deseable coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico, el texto proyectado se inspira en el principio de especialidad acuñado con acierto en su artículo 5º, a cuya luz se elabora, según palabras de la E. de M., “un Código Penal castrense limitado a consignar aquellos particularismos que le son propios y necesarios” (I, C), aunque más adelante se diga que las leyes penales “militares se consideran especiales, más que por su naturaleza, por las necesidades a que responden” (III, C).

La especialidad que se predica debe querer decir, no algo puramente formal o de aplicación a determinadas personas, sino que la especie que integran las normas punitivas militares lo es en relación al género constituido por las insertas en el Código Penal, de las que aquellas tan sólo pueden separarse cuando lo exige la protección de los bienes que dan lugar a su existencia; lógico corolario instrumental de la especialidad es que la ley militar se limita, o debe limitarse, a consignar los particularismos especificantes, remitiéndose para todo lo demás al Código Penal (ley común).

En este orden de ideas es axiomático que debe tenerse clara la referencia de cuál es el derecho común, o dicho en otras palabras qué Código Penal es el aludido en el mencionado artículo 5º del Proyecto; se dirá que se trata del vigente Código Penal, pero una simple lectura de aquél no permite tal conclusión, pues ya los primeros artículos muestran un cierto paralelismo con los que se iniciaba el periclitado Proyecto de Código Penal de 1980 (confrontar sus seis primeros artículos con los cuatro

iniciales del texto comentado); y ya desde este indicio es fácilmente detectable que los redactores del Proyecto del Código Penal Militar se han inspirado bien en el citado Proyecto de 1980, bien en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal elaborado en 1983 por el Ministerio de Justicia, y más en aquél que en éste; ¿cómo si no explicar la rebaja sustancial del máximo de las penas privativas de libertad?, ¿y la incriminación autónoma del encubrimiento en el artículo 89, que parece una copia del 515 del Proyecto de 1980 más que del 423 del Anteproyecto de 1983?, ¿y los artículos 50 y 124 aludiendo tan sólo a la tentativa, con lo que da a entender que engloba tanto a la acabada (la actual frustración) como a la inacabada?, ¿y el extrañamente ubicado artículo 37?; y otros ejemplos, algunos de los cuales surgirán en este Comentario.

Creo que el principio de especialidad comporta tener claro cuál es la ley común aplicable y, aún más, saber el exacto contenido de esta para decidir el de la ley penal militar; en trance de reforma penal en profundidad el comienzo debe ser por la del Código Penal y, sobre su base, continuar por el militar; dicho con palabras vulgares, pero gráficas, no se puede empezar la casa por el tejado.

De entrar en vigor el Proyecto faltará a veces el sustento de la norma de parte general con difíciles o insolubles problemas de interpretación y con la probable, y frecuente, paradoja de imponer unas penas más benignas que las que resultarían de la aplicación del Código Penal vigente, cuando es clásica la mayor severidad de las leyes militares (como botón de muestra compárese los artículos 83, 84, 85, 91-1º y 103 del Proyecto con el 406 del Código Penal).

Además, llama la atención el que se presente de forma aislada la parte penal, pues si bien es aceptable la dispersión del bloque del actual Código de Justicia Militar en cuatro leyes distintas (reguladora de la Justicia Militar, penal, procesal y disciplinaria) y atendibles, aunque no definitivas, son las razones esgrimidas en la E. de M. (I,A), parece aconsejable someter a estudio conjunto toda la materia, lo que, por otra parte, así venía ordenado por las disposiciones finales de la Ley Orgánica 9/1980, de 8 de noviembre (de reforma del Código de Justicia Militar) y en cuyo momento, por cierto, si estaba ya en tramitación un Proyecto de nuevo Código Penal.

Que al menos sean coetáneas tales leyes, es exigencia de elementales planteamientos: la regulación orgánica de la Jurisdicción Militar porque la solución que se adopte en torno a la tecnificación en mayor o menor grado de la misma influirá, a su vez, en la técnica penal; lo competencial

(la imprecisa disposición final 1ª del Proyecto es insuficiente) porque ahorraría repeticiones de tipos con el Código Penal, una vez sabido el exacto contenido de este, evitando ya los problemas crónicos de doble incriminación en determinadas materias, en parte subsistente en el Proyecto (ejemplo, delitos contra la Defensa Nacional y ultraje a la Bandera), e intentando clarificar, en serio y sin circunloquios, “lo estrictamente castrense” a que se refiere el artículo 117.5 de la Constitución; y ya en esta línea, estimo en todo caso como prioritaria la reforma de la Jurisdicción Militar en su aspecto orgánico y procesal, antes que en el penal, para, como dice la disposición final 2ª de la citada Ley Orgánica 9/1980, reflejar en ella debidamente “los principios jurídicos del orden constitucional nacional”, pues los más graves problemas surgen derivados de los tratados I y III del vigente Código y, hay que decirlo, porque el nudo gordiano no estriba en ser o no cicateros con la competencia de la Jurisdicción sino, aceptando su existencia (de cuestionarse esta el camino es otro), en tratar de racionalizarla, ahondar en las razones de la posible desconfianza o recelo para con ella, pergeñarla, para desvanecer estas, de acuerdo con la Constitución, tener en cuenta su razón de ser, indagándola previamente en su caso.

La gestación simultánea de lo penal y lo disciplinario la da a entender la propia E. de M. cuando, al explicar la no inclusión en el Proyecto de faltas, señala que “van a parar a un nuevo y cuidado derecho disciplinario castrense” (i, B) y, ya al final, dejando constancia “de que se han confrontado cuidadosamente los límites entre lo penal y lo disciplinario...” (V, parf. 2º); lo cierto es que, aunque a principios de diciembre el Gobierno aprobó el Proyecto correspondiente y que la idea es de una conjunta entrada en vigor, la discusión parlamentaria va a ir por separado, cuando lo disciplinario es la primera barrera de protección de los bienes jurídicos a tutelar en la esfera militar, con su lógica continuidad en lo penal; además, y fundamentalmente, es precisa una interpretación conjunto-sistemática, pues, a pesar de lo dicho en el artículo 6º del Proyecto, son constantes las remisiones a lo disciplinario, de modo expreso (vrg. artículos 26, 91 y 115) o implícito (tal y como viene redactado el delito de desobediencia en el artículo 101 con el complemento del 157 ¿es penal toda desobediencia, aún la más nimia?; las expresiones “valor de ínfima cuantía” o la de que el hecho “revistiere escasa entidad” de los artículos 180, 185 y 186 relegan conductas al ámbito disciplinario); y así otras muchas zonas limítrofes que hay que establecer en dicha interpretación conjunta, máxime cuando las actuales faltas del Código de Justicia Militar desaparecen como tales.

Dentro de las observaciones de carácter general una rápida alusión

a la técnica del epigrafiado de los artículos y a la disposición final primera.

Sin entrar en la constatación concreta de la numerosas erratas y otras cuestiones de estilo (vrg. el empleo del presente de indicativo en el artículo 84 cuando se utiliza en los demás el subjuntivo, la excepcional numeración de los párrafos en el artículo 114...), si quiero mostrar mi extrañeza por los epígrafes que encabezan todos y cada unos de los artículos, etiquetándolos a modo de rótulo, extrañeza motivada por ser técnica, que aunque va introduciéndose en algunas áreas de nuestro ordenamiento jurídico, no ha sido utilizada hasta la fecha en la legislación penal, y creo que con razón pues, inserto como texto de la ley, integran un elemento para la obtención del bien jurídico protegido, con lo que en ocasiones puede enturbiar su búsqueda o llevar a interpretaciones nada acordes con la "voluntas legis", máxime cuando faltando tradición al respecto es dificultoso etiquetar algunos artículos; en este sentido, da la impresión de precipitadas e imprecisas, cuando no confusas, rotulaciones (vrg. artículos 21, 38, 47, 53, 64, 66, 79, 86, 110, 111 y un largo etc.) cortándose, en otras ocasiones, el curso gramatical del artículo (vrg. 22, 75). No convence la explicación de la E.M. (I,D).

La disposición final derogatoria es oscura en su formulación y discutible en cuanto a la idea que parece anidar en ella.

Oscura porque el inciso "en cuanto se refiere a las mismas" ¿excluye lo disciplinario o gubernativo?, porque es vaga la alusión a las disposiciones que se opongan a lo establecido en la Ley Orgánica (¿tan difícil era en esta materia especificar, respetando así el cardinal principio de seguridad?) y porque lo anterior, unido a la conservación del "por razón del delito" como exclusivo criterio competencial, deja en la duda si las infracciones del artículo 194 continúan bajo la competencia de la Jurisdicción Militar, pues de una parte, a tales efectos, están incluidas en el artículo 6º del Código de Justicia Militar y de otra en su Tratado II; ¿se opone ello "a lo establecido en esta Ley Orgánica"?

Discutible la idea del drástico recorte en la competencia ya que determinados comportamientos, amén de los expresados en el mencionado artículo 194, afectan de modo palmario a la disciplina y eficacia substanciales a los Ejércitos, como pueden ser, a título de ejemplo, determinados tráficos de drogas y las imprudencias con armas. Ya he apuntado que el derrotero, a mi entender, para salvar recelos que pudieran existir contra la Justicia Militar, no es el vaciar su competencia, o restringirla al máximo, sino llevar a ella todas las garantías constitucionales.

3.- Dividido el Proyecto en dos libros, el primero se dedica a "disposiciones generales", abriéndose con una serie de principios y de definiciones.

De entre los principios, los cuatro primeros artículos, así como el 6º, sobran; todos ellos por innecesarios, y aquellos en particular pues, ya dicho el posible origen de los mismos, su lugar propio es otro, nunca en una ley especial, por no tratarse en modo alguno de especificaciones y por el peligro de pecar, en su caso, por exceso o por defecto; además contienen algún que otro concepto discutible, cual puede ser el de la culpabilidad, que no es pacífico en la doctrina y que se contraría claramente en el Proyecto (vrg. artículos 22 y 23), y el de los Bandos, que, repetidos en el artículo 21, serían de más que dudosa constitucionalidad. Los Bandos que permite la Constitución (de la que no es atrevido señalar que rehuye la situación de guerra) ya están regulados en la Ley Orgánica 4/1981; así las cosas, parecería más de recibo acuñar un nuevo delito de desobediencia a las prohibiciones y los mandatos contenidos en los Bandos militares, estableciendo, a efectos de pena, unos márgenes amplios y como tipo agravado las posibles consecuencias graves de tal desobediencia.

Las definiciones desarrolladas en los artículos 8 a 20, que podrían agruparse en un sólo ordinal, son abundantes, pormenorizadas y, aunque discutible el contenido de alguna de ellas, resultan en términos generales precisas y dignas de elogio por lo que supone de elevar el listón de seguridad jurídica.

La expresa conceptualización del delito es innecesaria, no convenciendo los endeble argumentos de la E. de M. (III, D); en cuanto al párrafo 3º del artículo 21, demostrativo también de que quienes lo han confeccionado se han inspirado en el Proyecto de 1980 y en el Anteproyecto de 1983, también sobra pues basta a tal idea (la excepcional y en "numerus clausus" incriminación de la imprudencia) el resto del articulado; desde luego devendrá completamente superfluo cuando la "definitiva reforma penal" cristalice.

Los temas clásicos del derecho penal militar afloran en los artículos 22 y 23:

a).- El miedo obtiene un tratamiento menos severo que en la formulación vigente, en cuanto se recorta el ámbito de inaplicación; se refuerza la misma idea de mayor exigibilidad para el militar con el establecimiento de los delitos recogidos en los artículos 106 a 109, pero, quedan-

do la duda de si cabe apreciar el miedo como atenuante, la formulación sigue siendo demasiado tajante (¿está justificada la restricción para todas las situaciones y delitos militares?).

b).- En sede de obediencia, con el añadido del epígrafe perturbador, se repite la proposición en vigor desde 1980, con una explicación contradictoria, confusa y excediendo el tenor literal del artículo 22,2, ofrecida por la E. de M. (III, E, prs. 4 y 5º).

Desde luego la regla que se mantiene es repetitiva (sobra en puridad la referencia a las leyes y usos de la guerra y a la Constitución), plantea problemas no pacíficos de interpretación (¿qué abarca el adverbio “manifiestamente”?), contradice la probable razón de ser, si es que existe, del tratamiento especificante, que no sería otra que, al revés de lo que ocurre en el miedo, bajar los niveles de exigencia del deber de respeto a la norma en los militares, por sublimarse en su esfera la subordinación, en aras a la eficacia (servida por la insoslayable y rigurosa disciplina) de las importantes misiones asignadas a los Ejércitos.

Y en último extremo ¿qué se añade?. Como se ha puesto últimamente de relieve, con las eximentes de cumplimiento del deber y estado de necesidad así como con la regulación correcta del error sobre la prohibición, huelga reconocer efectos de exclusión de responsabilidad criminal a la obediencia; de particularizarse en este punto algo para el orden castrense lo lógico sería en sentido contrario al del Proyecto y más aún para el caso de guerra; y finalmente ¿por qué no se dice nada en el delito de desobediencia del artículo 101?

c).- Sobre la desaparición de la atenuante de no haberse leído las leyes penales militares ya me manifesté rotundamente contrario hace años (en el número 39 de la Revista Española de Derecho Militar), pero el sustituto ideado en el artículo 23-1ª (la atenuante de breve estancia en filas), traído de la legislación italiana y concebido de manera objetiva, da pábulo a pensar que se ignora la ya vigente, y por cierto muy perfectible, regulación del error en el artículo 6 bis a) del Código Penal; la superposición de ambas disposiciones es incoherente.

d).- Aunque preferible a la lacónica frase que cierra el artículo 186 del todavía con vida Código de Justicia Militar (aunque si bien se mira amplía por otra parte la restricción al extenderla a “otras intoxicaciones análogas”), es hoy de difícil defensa el no reconocer efectos atenuatorios a la embriaguez (u otras intoxicaciones análogas) si supone una disminución de la imputabilidad; no hay ni argumentos lógicos, ni históri-

cos, ni siquiera la minuciosa E. de M. apunta defensa alguna (III, F, par. 3º), más bien al contrario alude de pasada a la posible inimputabilidad (III, E, par. 2º). ¿Es pura inercia la que mantiene la regla? No cabe ni hablar de tradición porque las Ordenanzas de la Armada en el Siglo XVIII y el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 (artículo 13,6ª) reconocían los efectos atenuatorios de la embriaguez, incluso en el Código Penal para el Ejército de 1884 se los otorgaba en algún caso (artículo 9,2º); la línea que llega hasta el Proyecto comentado tiene su origen en las Ordenanzas para el Ejército de Tierra de Carlos III (1768), donde la embriaguez se consideraba incluso agravante; pero es lo cierto que, aún en el Ejército, se había ido limando progresivamente aquel rigor.

El fundamento más comúnmente aludido para mantener que la embriaguez no puede ser motivo de atenuación es el de que se trata de una infracción autónoma; pero ello supone una inspiración versarista y volviéndolo (el argumento) por pasiva se llega a la solución contraria: a la prohibición de colocarse en estado de intoxicación perturbador de las facultades psíquicas basta con la incriminación del hecho de intoxicarse, y ahí si es correcto el Proyecto en el artículo 147, que, sin duda, se completará en vía disciplinaria, espero que con simplificación respecto de las fórmulas hoy día vigentes.

Una pregunta que, tangente al tema, me hago en voz alta ¿por qué nuestros legisladores, en tren de reforma del Código Penal, no consideraran la posibilidad de incluir en nuestro ordenamiento un precepto similar al del artículo 263 del Código Penal suizo, 323 a del alemán ó 267 de la Ley Penal austríaca, elevando a la categoría de delito el cometer un tipo de injusto en estado de completa embriaguez?

A las penas se circunscribe el título III, que, a pesar de sus diecinueve artículos, supone una notable reducción comparándolo con la misma materia del Código vigente; para ello se ha operado con criterios de rudimentaria sencillez; una vez más creo que, esperando el elenco y la mecánica de las penas que ofrezca el nuevo Código Penal, se hubiera actuado con más rigor.

La pena privativa de libertad sigue siendo el eje del repertorio de sanciones partiendo del mínimo de tres meses y un día hasta llegar al máximo, como norma general, de veinticinco años.

El tope de tres meses y un día indica que hasta ahí llegará el arresto disciplinario ¿por qué sino el día?; ello lo estimo excesivo pues configura un derecho disciplinario fuerte, que no tiene paragón con ningún or-

denamiento de los cercanos al nuestro.

Si parece irrenunciable en el campo militar mantener las sanciones privativas de libertad de corta duración, a pesar de su justificado descrédito y de su consiguiente progresivo destierro de las leyes penales, no ocurre lo mismo en lo tocante a las penas largas, respecto de las que se está abriendo paso la regla de una duración máxima de veinte años, basándose, además de en razones humanitarias, tanto en la idea de que a partir de los quince años se suele producir una destrucción de la psique del sujeto como en la beccariana de la infalibilidad de las penas (cabiendo sólo la libertad condicional, sin perjuicio de regímenes penitenciarios más o menos flexibles). En estas coordenadas se quiere mover, tímidamente, el Proyecto, pero se queda a medio camino ¿por qué los veinticinco años y no los veinte? ¿en base a qué la posibilidad de los treinta? Sólo una unidireccional perspectiva de prevención general exacerbada lo explica; desde luego no es la expresada en la E. de M. (II, C: “la nota de severidad tradicionalmente atribuida a las leyes penales militares, no está tanto en la cuantía de las penas como en la incriminación especial y aún rigurosa de actos que, desde una óptica común, pueden parecer no muy trascendentales”).

La misma explicación, de excesivo culto a la prevención general (y no es que se me olvide que la atención especial a la misma es nota caracterizadora del derecho penal militar), se vislumbra en el artículo 42 que, “a sensu contrario”, veta la posibilidad de condena condicional a los militares en los delitos del Proyecto; otra razón de la rotunda imposibilidad de acceder a tales beneficios podrá estribar en una desconfianza hacia el juzgador, pero el amplio arbitrio que, en otros aspectos, se le concede, la descartaría.

¿Por qué no permitir la condena condicional excepcionalmente, cuando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sea mínima, cuando la aplicación de la Ley resulta en extremo rigurosa en un caso concreto?; y, si se establece en la ley común la suspensión del fallo o algo parecido, ¿será de aplicación en el ámbito que nos ocupa?

El indicado amplio arbitrio se desprende básicamente del artículo 34 y sus concordantes, que, sin entrar en detalle, configuran aquel al modo del vigente 192 del Código de Justicia Militar, con distintas y mejores maneras, y sin sujeción a las reglas, todavía acorsetadoras, del Código Penal; esta no sujeción, aunque innecesaria en el juego de la estricta dialéctica ley común —ley especial, me parece correcta. A destacar el párrafo que cierra el dicho artículo 34, cuya regla estimo aplicable a los

supuestos de los artículos 35 y 36, sobre todo para el caso de que no se imponga la pena inferior en grado, a fin de propiciar el recurso de casación, como aclara la E. de M. (II, C in fine).

El artículo 38 ¿sobreentendiendo que son aplicables "in integrum" las reglas del artículo 70 del Código Penal? o, al referirse a los treinta años, ¿se está pensando en el 87 del Proyecto de 1980 ó en el 71 del Anteproyecto de 1983?

La referencia al Tribunal que haya entendido de la Causa contenida en el artículo 45 es demostrativa de que lo orgánico debe prevalecer o ser simultáneo a la reforma penal, así como el 46 lo es de que se ha tenido como modelo de derecho común el Proyecto de 1980 (artículo 118,1º) o al Anteproyecto de 1983 (artículo 125,1º) ¿por qué es responsabilidad civil subsidiaria y no directa? ¿hay coordinación con la legislación y doctrina administrativas, si se parte del artículo 106.2 de la Constitución?

4.- Sobre el Libro II, rubricado "De los delitos en particular", que merecería unas largas acotaciones críticas, el comentario, por los apremios de espacio y de tiempo, cursa no ya sólo de síntesis y muy selectivamente, sino quedando en el tintero la mayor parte de las ideas que su simple lectura me ha sugerido.

La primera impresión del conjunto es la de su complicada o compleja utilización, de que la difícil cualidad de la sencillez falta en muchas ocasiones, lo que va en perjuicio de la claridad de la norma y conlleva el riesgo de que no surta los buscados efectos de protección al bien jurídico de que se trate.

Así, los problemas de concurso de delitos y aparente de normas, internos y también con las demás leyes penales y la futura ley disciplinaria, son constantes y a veces complicados (vrg. confrontar artículos 105 y 137, 129 y siguientes, 106 y 153, en los delitos contra los deberes del mando y los relativos a la navegación, los contra la Hacienda y un extenso etc.); también la utilización de la técnica de las leyes penales en blanco (vrg. artículos 156,4º y 159,4º) y de términos de significación difusa (vrg. artículo 105), o de conceptos indeterminados (vrg. los actos preparatorios del artículo 64)...

A la deseable coherencia nada ayuda tampoco el que se ofrezca un tratamiento desigual de los temas, ya que junto a los concienzudamente elaborados, hay otros en los que se ha copiado lo existente, aunque cupiera mejora (vrg. en materia de insubordinación) o debiera haberse lle-

vado a cabo una elemental coonestación con el resto del trabajo (vrg. en el tratamiento de la imprudencia pues, mientras la tónica general es emplear dicho término, y no distinguir categorías de gravedad, no obstante en aislados preceptos se sirve el Proyecto de las locuciones “negligencia”, “impericia”, “temeraria”; cfr. artículos 55, 61, 154, 157, 158 y 166; también a veces se destaca sólo por razones de estilo el dolo y se incrimina la forma culposa; cfr. artículos 58 con 61 y 164 con 166).

Uno de los aspectos menos afortunados del Proyecto es el relativo a aquellos delitos que se configuran en base a resultado de muerte o de lesiones, todos ellos pluriofensivos pues, junto al bien jurídico estrictamente militar en virtud de cuya tutela figuran en la Ley marcial, se tiene en cuenta los de la vida y la integridad física; me estoy refiriendo a los siguientes preceptos: artículos 67 y 84 (delitos contra las leyes y usos de la guerra), 83 y 84 (delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar), 85 (atentado a Autoridad Militar), 97 y 98 (maltrato de obra a superior) y 103 (maltrato de obra a inferior).

Llama ya de entrada la atención que, diferenciándose tan sólo por el sujeto pasivo o la situación y, sobre la abrazadera del maltrato de obra, ya discutible de por sí (¿por qué no precisar más los verbos, por ejemplo en la línea del artículo 231-2º del Código Penal?), las fórmulas divergen la mayoría de las veces sin razón alguna, e incluso se introducen términos perturbadores de una recta interpretación (vrg. el adverbio intencionadamente del artículo 74) o se omite el que lógicamente pudiera ser el tipo básico (vrg. en el artículo 85 queda impune el maltrato sin resultado lesivo).

La técnica que se emplea es la decimonónica (y entro ya en el núcleo de la cuestión): sobre la acción de maltratar de obra se construyen unas agravaciones por el resultado sin más distingos, de modo mecanicista, puramente causal; si concurre dolo en relación al resultado no hay en principio problema, pero ¿si este es imprudente o fortuito? Ya sabemos lo que ocurría en la práctica forense con el homicidio y las lesiones preterintencionales hasta la reciente modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, propiciando, sobre la poca claridad de la reforma, una jurisprudencia diametralmente opuesta.

Pues bien, volvamos al Libro I, cuyo artículo 2 nos excluiría el castigo de lo fortuito, y, más adelante toparemos con el párrafo 3º del artículo 21 y con el artículo 37; si a ello le unimos el párrafo 2º del artículo 1º y la atenuante 4ª del artículo 9, ambos del Código Penal, habremos obtenido unos mimbres con los que construir las más variadas hipótesis.

Preceptos poco claros los de la parte general con los que, además, no es coherente la hilvanación de los de la Parte Especial, por existir disociación, por partir de concepciones distintas.

Si a eso le añadimos que cuando se reforme en su integridad el Código Penal los delitos de lesiones adquirirán de seguro una configuración distinta a la actual, poco se me podrá objetar al calificativo de “menos afortunado” aplicado.

En los delitos, paralelos a los anteriores, en que la acción es desobedecer, resistirse a obedecer, resistirse, amenazar, calumniar, injuriar, ofender, ultrajar, ejecutar actos o demostraciones con tendencia a maltratar, coaccionar, tratar degradantemente (están tomadas de los artículos 83, 84, 86, 90, 99, 100 y 105), se impone una elemental racionalización y una deseable homologación con sus equivalentes del Código Penal.

Por tratarse de un delito que “cubre la mitad del espacio criminológico reflejado en las estadísticas judiciales castrenses” (E. de M. IV, F, C), cual es la desertión, no quiero que sea uno de los muchos temas ni tan siquiera aludidos.

¿Qué destacar? Brevemente: que se siga distinguiendo según el sujeto activo sea Oficial-Suboficial o no lo sea (artículos 118 y 119; ¿respetta el principio de igualdad?; la E. de M. lo explica sólo en base a la tradición y el derecho comparado no abona la distinción, y no me refiero sólo al “nomen iuris” sino sobre todo a la diferencia de plazos); que, manteniendo el vigente sistema objetivo de plazos (y aquí si parece que ha pesado la tradición y no la inercia, prefiriéndose el mayor nivel de seguridad jurídica y la facilidad probatoria que así se brinda), aparezca a modo de quiste el párrafo 2º del artículo 119; que, si esto último comporta un endurecimiento de la ley, la tónica es de mayor benignidad sobre todo al desaparecer, como tales, tanto las circunstancias calificativas como la desertión al extranjero; que es más preciso el vigente 376 que el 121 que se proyecta; que el “facilitase” del pr. 2º del artículo 125 y el “incitare” del 128 no respetan los conceptos asentados en las leyes y en la dogmática (participación, favorecimiento, provocación); que la regulación del encubrimiento del artículo 128 es inútil, repetitivo y fuente de confusiones, dado el tenor del artículo 89); que ninguna objeción permite el trasvase de la regla del artículo 381 vigente al 41 que se propone, y en la forma en que se hace).

5º.- El Proyecto de Ley Orgánica de “modificación del Código Penal en correlación con el Código Penal-Militar” (que es el número 124

de los de la Legislatura en curso) supondrá, según mis cuentas, la vigésima reforma de las que, desde el año 1976, han incidido en el Código Penal (la decimonovena será la relativa a “delitos contra la Hacienda Pública”, actualmente también en trámite parlamentario como Proyecto de Ley número 114); e incidirá, una vez más, barrenando la ya de por sí desmochada y vieja estructura, concebida hace más de ciento treinta años, de nuestro Código Penal.

Su razón de ser, expresamente declarada en el inicio de la E. de M., es la de que, desapareciendo de la ley penal militar determinados delitos, “a fin de evitar que se produzca la discriminación (sic) de estas conductas que merecen reproche, y que serán competencia de la jurisdicción ordinaria, es necesario que hasta tanto se apruebe el futuro Código Penal que las recogerá sin duda, se incorporen con carácter transitorio al vigente Código Penal”.

Frase transcrita que, amén de ser otro indicio de que el “futuro Código Penal” no lleva visos de ser fruto de esta Legislatura, sugiere que el proyecto tiene como primordial finalidad sustraer a la jurisdicción militar lo que ha venido siendo tradicional competencia suya.

Errado andaré quien me tilde partidario de una justicia castrense extensiva, omnipresente o de fácil y cómoda utilización política; lo que sí pienso es que, de existir, debe dotársela de su lógico contenido, sin ahogamientos y conformándola (como ya he dicho en el punto 2) de modo que su funcionamiento evite todo tipo de suspicacias o desconfianzas, quitando visceralidad a la cuestión, racionalizándola.

La poda progresiva que ha venido experimentando la competencia de los tribunales militares se ha alimentado de unos criterios rectores, válidos como hipótesis de trabajo, pero discutibles en cuanto se toman como principios o dogmas que no admiten fisura.

Uno de ellos es que sólo los militares pueden ser justiciables de aquellos Tribunales, tesis que no tiene directo o expreso aval en la Constitución; lo tendría de haber optado nuestros constituyentes por la postura de la italiana de 1947, cuyo artículo 103, en su párrafo 3º, establece que “los tribunales militares en tiempo de paz tendrán jurisdicción en los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas”, pero no es descabellado pensar que, al no hacerlo, quisieron evitar tal criterio (y así también los arduos problemas que, en consecuencia, los italianos han debido afrontar), y que además prefirieron respetar nuestra tradición jurídica, por supuesto revisable si media justificación, poniendo,

eso si, un freno a fáciles y extensivos alargamientos de la competencia. El propio Proyecto de ley militar, no obstante servir a tal restrictiva idea (vrg. construyendo un deslavazado título de “delitos contra la Institución Militar” con los artículos 83 y siguientes), acaba sin embargo manteniendo infracciones cuyo sujeto activo es indiferente sea o no aforado; item más, ¿qué hacer si se siguiera a rajatabla tal criterio con los partícipes no militares?

Otro criterio que se baraja en concurrencia con el anterior es el de que tan sólo sean delitos militares los comportamientos que ofendan intereses de las Fuerzas Armadas (lesión o puesta en peligro de bienes que afecten estrictamente a las mismas); ocurre que ello es pauta segura cuando el interés o valor a tutelar nada tiene que ver con los Ejércitos, pero, a veces es de difícil determinación si es así o no, y hasta qué punto (vrg. la propia E. de M. IV, A en relación a la Defensa Militar y a la Defensa Nacional), y además son frecuentes los supuestos de pluriofensividad, en los que el hallazgo de un subcriterio discernidor de la adscripción a un campo o a otro se presenta como algo arduo, sino imposible, y ahí es donde entran en juego factores de lo más variopinto (tradicción, coyuntura o circunstancia política, conveniencias prácticas, eficacia, utilidad...).

Pues bien, con la modificación del Código Penal propuesta lo que se hace es llevar a este lo que ha sido concebido en sede de ley militar, dando entrada a unos nuevos artículos (122 bis, toda la serie de 135 bis y 235 bis) que, con las variantes ora del sujeto activo ora de la situación (paz o guerra), y otras inexplicables, son casi transcripción de los artículos 48, 50, 53 a 56 pr. 2º, 58, 59 y 83 del proyecto de Código Penal Militar, causando la impresión de un hacer apresurado e inconexo cuanto menos.

Pero dónde la técnica no solo podrá calificarse de desmañada sino de torpe, confirmando la impresión, de que se ha confeccionado con precipitación y demasiadas premuras (circunstancias que pueden explicar tan nula destreza), es respecto del delito de rebelión (en cuya regulación ya medió, con la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, una modificación también muy defectuosa, debida esta si claramente a la situación y prisas en su concepción y gestación).

La E. de M. afirma que se mejora el artículo 214 pero ¿lo es la redacción proyectada para su número 3º, haciendo reos de rebelión a los que se alzaren para “impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos”?, ¿qué hacer con el artículo 218-1º que seguirá diciendo

lo mismo? Desde luego esta concreta novedad ni estaba prevista en el artículo 523 del Proyecto de 1980, ni en el 452 del Anteproyecto de 1983, en los que impedir las elecciones generales configuraba la rebelión, mientras que el resto de elecciones para cargos públicos iban a parar a la sedición. Ha ocurrido que se ha vuelto a transcribir, aquí el artículo 77-3º del Proyecto de Código Penal Militar, donde puede tener explicación el no distinguir entre clases de elecciones, al no tipificarse, nunca se ha hecho, una sedición equivalente a la del Código Penal, pues nada tiene que ver con esta la sedición militar.

La confusión entre sedición y sedición militar (que insisto son tipologías radicalmente distintas) aflora de nuevo en el incomprensible párrafo 1º del artículo 221 que se proyecta ¿por qué sólo la incitación a la sedición militar?, ¿a qué categorías, de entre las elaboradas por la ley penal, es reconducible la “incitación”? y ¿por qué se desincrimina una conducta más grave cual es la contenida en el vigente párrafo 1º?

¿Tiene sentido el tipo agravado de “esgrimir armas” del párrafo 2º del artículo 215? No niego que sea posible alzarse sin tal alarde, aunque de ocurrir así ¿no merecería una atenuación?

Por último, se pretende dejar sin contenido el artículo 226, pero subsistente el desfasado 225 (e inaplicable, por innecesario, sin la vigencia de aquel); a cambio con un nuevo 217 bis a) se establecería una excusa absolutoria (párrafo 1º) para quienes ahora no la tienen (los conspiradores), quedando en mera atenuación lo que hoy es excusa (párrafo 2º), pero ambas posibilidades circunscritas tan sólo a la rebelión y vetadas para la sedición: ¿tiene todo esto algún sentido?

La urgencia, en mi comentario, no dá ya más que para expresar mi deseo de que ambos Proyectos se mejoren en un fructífero camino parlamentario.