

EL CONCEPTO PENAL DE FUERZA ARMADA *

Eduardo Calderón Susín

Resumen.- El estudio de los requisitos que figuran el concepto de fuerza armada establecido en el artículo 235 bis del Código Penal Militar, se completa con el análisis de determinados supuestos particulares, no otros que aquellos posiblemente subsumibles en aquel concepto, evidenciándose que, además de la pobreza y descuido técnicos en la formulación de los tipos, la regulación vigente ofrece una distorsionada protección penal de la fuerza armada, fruto de una política legislativa poco clara y coherente.

Introducción

La protección penal de las funciones del centinela y en general de la legalmente denominada "fuerza armada", vino cubierta, en nuestro ordenamiento jurídico, por las leyes penales militares, con lógica consecuencia de atribuir el conocimiento de las infracciones correspondientes a la Jurisdicción militar.

Esa tradicional y privativa regulación de la ley penal militar ha quedado desde la entrada en vigor, el uno de junio de 1.986, de la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, "de modificación del Código Penal y de la Ley Orgánica 8/1.984, de 26 de diciembre, en correlación con el Código Penal Militar", consecuente a la cual se ha incrustado en el texto común un nuevo artículo, el 235 bis, que castiga diversos comportamientos si el que los sufre merece la calificación de fuerza armada; el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 14/1.985, explicando las razones del acarreo desde el código de Justicia Militar al Código Penal de algunas de las infracciones en aquel instaladas, viene a reconocer que lo esencial estriba en la sustracción de las mismas a la competencia de la Jurisdicción militar; por ello, tal Preámbulo, se inicia indicando que "la próxima aprobación del Código Penal Militar hará desaparecer de su contenido determinados tipos delictivos que venía recogiendo hasta el presente el Código de Justicia Militar. En consecuencia, a fin de evitar que se produzca la discriminación 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"¹

(*) Trabajo elaborado para el libro homenaje al Profesor Rodríguez Devesa, aparecido en 1989

(1) La transitoriedad de la incorporación fue una afirmación un tanto gratuita y que hoy en día, pasados ya más de tres años, ni se ha cumplido ni tiene visos de hacerlo, aunque la más que conveniencia de un nuevo Código Penal parezca evidente; ciniéndonos a lo que aquí interesa, desde luego ni el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, ni la Propuesta de

No obstante la inserción en el texto penal común del artículo 235 bis², con la dicha secuela competencial, el vigente Código Penal Militar, promulgado mediante la Ley Orgánica 13/1.985, también de 9 de diciembre, otorga asimismo protección al servicio de armas prestado por los militares, al recoger en su artículo 85 determinados ilícitos contra el centinela, sirviéndose de un concepto extensivo de esta figura³ y construyendo el tipo con sujeto activo indiferenciado, además de castigar conductas parejas, aunque descritas asimétricamente, a las contempladas en el artículo 235 bis del Código Penal, cuando el que las lleva a cabo es militar, o, incluso no mediando tal condición en el sujeto activo, si los hechos se perpetran en tiempo de guerra⁴; de esta manera el artículo 85 del texto militar deja casi sin contenido al artículo 235 bis del Código Penal.

Circunscritas las presentes líneas al estudio del sujeto pasivo de la acción en todas estas figuras delictivas, o más concretamente, al concepto legal de fuerza armada, me remito a otros lugares en cuanto a la dogmática de los correspondientes delitos⁵.

Desde los comienzos de la presente codificación penal militar se ha incluido en nuestras leyes, no ya sólo la protección penal de la fuerza armada, sino un concepto de la misma, arrancando del Código Penal del Ejército de 1.884⁶ pasando por el Código Penal de la Marina de Guerra de

Anteproyecto de un nuevo Código Penal publicada a finales de 1983 por el Ministerio de Justicia, recogían todas las conductas previstas en esta Ley Orgánica 14/1985

(2) Dice el artículo 235 bis del Código Penal: "El que maltratase de obra a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con la pena de prisión menor en los grados medio o máximo. El que, en iguales circunstancias, hiciere resistencia grave a fuerza armada, se le impondrá la pena de prisión menor en sus grados mínimo o medio. El que, en las circunstancias del párrafo primero, desobedeciere órdenes en fuerza armada se le impondrá la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas".

Termina el artículo dando una definición de fuerza armada, que es el objeto de las presentes líneas.

(3) En su artículo 11.

(4) Establece el artículo 85 del Código Penal Militar: "El que desobedeciere o se resistiere a obedecer órdenes del centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. En tiempo de guerra o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de dos a diez años en ambos casos. Si el maltrato fuere efectuado con armas se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior; si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se ocasionare la muerte se impondrá la pena de quince a veinticinco años. En tiempo de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

En las mismas penas incurrirá el militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedeciere órdenes de fuerza armada, y todo aquel que, en tiempo de guerra, cometa este delito".

(5) Sobre el artículo 85 del Código Penal Militar, ver MORALES VILLANUEVA, Antonio, "Comentarios al Código Penal Militar", coordinados por R. Blecua Fraga y J.L. Rodríguez-Villasante, Civitas, Madrid 1988, capítulo XLVIII ("delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar"), pag. 975 y ss.

En relación al artículo 235 bis del Código Penal, además de los manuales de la Parte Especial de Derecho Penal, CALDERON SUSIN, Eduardo, "La protección penal de determinada fuerza armada", en "Comentarios a la Legislación Penal", dirigidos por M. Cobo del Rosal, Ederasa, Madrid 1989, pag. 541 y ss.

(6) Eran los artículos 181 a 185 los que se ocupaban de esta gama de delitos, señalando el último de ellos que "para los efectos de los anteriores artículos, se considerarán como fuerza armada los individuos de la Guardia Civil y de Carabineros, o de cualquier otro Instituto análogo sometido a las leyes militares, estando con sus armas y uniformes en actos del servicio que tengan obligación de prestar o con ocasión de él". Ver, UGARTE, Javier, "Código Penal del Ejército", tomo II, imprenta J. Quesada, Madrid 1885, pag. 353 y ss.

1.888⁷ y el de Justicia Militar de 1.890⁸, para, ya desde el de 1.945⁹, llegar a nuestros días en el vigente Código Penal Militar, ahora, eso sí, coincidiendo con un concepto paralelo en el artículo 235 bis del Código común.

En este último, tras describir determinadas conductas antijurídicas en las que puede ser paciente la fuerza armada¹⁰, se desarrolla, a modo de interpretación auténtica, un concepto a cuyo tenor se entienden por tal a "los militares que, vistiendo de uniforme y portando armas, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado"; proposición construida con poca fortuna gramatical y que, en cuanto a su contenido, ha sido objeto de juicios encontrados.

Así, mientras hay quien mantiene que "el contenido del concepto se

(7) Se contenía esta serie de delitos en los artículos 276 a 279, estableciéndose en este último: "para los efectos de este capítulo (el dedicado al insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada) se considerarán como fuerza armada los individuos de las brigadas de guardias de arsenales o de cualquier otro instituto análogo sometido a las leyes militares de Marina, estando con sus armas y uniformes en actos del servicio que tengan obligación de prestar con ocasión de él".

(8) Eran los artículos 253 a 258 los referentes a este grupo de delitos, de los que el 257 daba por supuesto el concepto de centinela y de fuerza armada, haciendo, eso sí, una extensión de los mismos; decía así: "Se considerará centinela, para los efectos de los artículos anteriores, el encargado del servicio telegráfico militar, y el imaginaria en el ejercicio de sus funciones dentro del cuartel. Se reputa asimismo fuerza armada a toda pareja encargada de la conducción de pliegos y órdenes". El artículo 7.4 reputaba fuerza armada "a los individuos del Ejército en actos del servicio de armas, o con ocasión de él, y a los de la Guardia Civil y Carabineros, siempre que vistan sus uniformes reglamentarios y presten servicio propio del Instituto, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la Autoridad Civil, administrativa o judicial". Ver CONSEJOS D'OCION, Antonio, "Código de Justicia Militar" imprenta F. Doménech, Valencia 1895, págs. 217, 218, 219, 390 y 391.

(9) En su redacción originaria el artículo 312 señalaba: "Para los efectos de este Código se reputará fuerza armada a los individuos de los Ejércitos en actos de servicio de armas o con ocasión de él, y a los de la Guardia Civil, siempre que vistan sus uniformes reglamentarios y presten servicio propio de su Instituto, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la autoridad civil, administrativa o judicial". Asimismo se reputará fuerza armada a los individuos de los Cuerpos o Institutos militarmente organizados cuando así lo dispongan sus leyes orgánicas y además cuando presten servicio en las circunstancias previstas en el artículo anterior en estado de guerra o a las órdenes de las autoridades militares". El artículo 313 extendía la consideración de centinela al encargado del servicio militar de transmisiones y al imaginaria en el ejercicio de sus funciones dentro del buque, cuartel o establecimiento militar. Ver, por todos, GARCÍA SANTOLALLA, José Luis, voz "Instituto a centinela, salvaguardia o fuerza armada", en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XIII, Barcelona 1968, pág. 163. De ellos sufrió modificación el artículo 312 que, mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre (dictada con la general finalidad de una urgente y transitoria adecuación del Código de Justicia Militar a la Constitución), y para adaptarse a la regulación que, respecto de la Guardia Civil y demás fuerzas de orden público, derivaba en la ley 55/1978 (de 4 de diciembre, de la Policía), quedó así: "A los efectos de este Código se reputará fuerza armada a los individuos que en acto de servicio de armas, o con ocasión de él y vistiendo el uniforme reglamentario presten servicios propios de las Fuerzas Armadas, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la autoridad civil, judicial o administrativa. Asimismo se reputará fuerza armada: 1º. El comandante y la dotación de un buque de guerra en navegación dentro de las aguas jurisdiccionales españolas y además, en alta mar, respecto de los buques mercantes de bandera española y su tripulación; 2º. El comandante y dotación de una aeronave militar en vuelo en el espacio aéreo de soberanía española, además de en los espacios aéreos no estatales respecto de la tripulación y pasaje de las aeronaves privadas o comerciales de matrícula española; 3º. Los miembros de los Cuerpos e Instituciones militarmente organizados, cuando así lo dispongan sus Leyes Orgánicas u otras leyes especiales".

(10) Ver anterior nota (2).

halla delimitado adecuadamente"¹¹, no falta quien lo tilda de "confuso"¹² o piensa que sería deseable una construcción dogmática unitaria para evitar significaciones distintas según el lugar donde lo emplee el legislador¹³.

Por otra parte, es el artículo 10 del Código Penal Militar donde también se define la fuerza armada; y lo hace de modo muy similar al ya visto en el Código Penal¹⁴, si bien conteniendo específicas referencias a la Guardia Civil, como ocurre además en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de marzo, "de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad"; además el propio Código Militar ofrece un concepto de centinela y hace alusión a la Policía Militar como sujeto pasivo de la acción en los tipos de injusto vertidos en el artículo 86; Policía Militar de la que se ocupan, en lo que aquí interesa, el artículo 408 del Real Decreto 2945/1.983, de 9 de diciembre, "por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra", y sus concordantes de las de la Armada (artículo 580 del R. D. 1024/1.984, de 23 de mayo) y del Ejército del Aire (artículo 451 del R. D. 494/1.984, de 22 de febrero).

Todos estos mimbres deberán ser utilizados para lograr una cabal comprensión del concepto legal de fuerza armada; a tal fin debe procederse no sólo al análisis de los elementos establecidos tanto en el artículo 235 bis del Código Penal como en el 10 del Militar, sino también, una vez efectuado este, al estudio de determinados supuestos particulares que pueden restringir el concepto.

2. Análisis de los elementos normativos que configuran el concepto

Los artículos 10 del texto militar y 235 bis del común coinciden sustancialmente, salvedad hecha de la inexplicable diversa construcción sintáctica y de la expresa alusión que aquel hace a la Guardia Civil.

Se exige para la consideración legal de fuerza armada la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a) ser militar
- b) vestir de uniforme
- c) portar armas

(11) Así, VIVES ANTON, Tomás S., en "Derecho Penal. Parte Especial" (de COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTON, T.S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y CARBONELL MATEU, J.C.), 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1988, pág. 154, donde, además, alude a "su defectuosa sintaxis".

(12) Para ROJAS CARO, José, "El fuero procesal de los miembros de la Guardia Civil", en núm. 517-518 (oct-nov. 1987) de la Revista General de Derecho, pág. 5746 y ss.

(13) Según MORALES VILLANUEVA, ob. cit., págs. 262 y 263.

(14) Dice: "a los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución".

d) prestar un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.

Examinemos pues estos requisitos, de los que, adelanto, pueden plantear problemas sobre todo los dos últimos.

2.1. Ser militar

Fuerza armada únicamente pueden serlo los militares; para determinar quienes lo son, hay que acudir a la Ley 85/1.987, de 28 de diciembre, "de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas", donde se hace referencia genérica al militar, en especial a partir del artículo 26, para aludir, desde el artículo 49, a los diversos "niveles de jerarquía militar", empezando por el marinero o soldado; no se ofrece, sin embargo, un concepto general o determinado.

No obstante, en estas Reales Ordenanzas parece haberse inspirado el Código Penal Militar¹⁵, cuyo artículo 8º prescribe que se entenderá que son militares "quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma, y concretamente, durante el tiempo que se hallen en cualquiera de las situaciones de actividad y de las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

1º. Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.

2º. Con carácter obligatorio, se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallan prestando el servicio en filas.

3º. Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas Militares.

4º. Presten servicio activo en las escalas de complemento y de Reserva Naval como aspirante a ingresar en ellas.

5º. Con cualquier asimilación militar presten servicios al ser movilizadas o militarizadas por decisión del gobierno"¹⁶

Nada obsta a que nos sirvamos de este concepto aunque la Ley donde se inserta diga que se entenderá "a los efectos de este "Código", porque, como se ha dicho, está basado en lo prescrito por las Reales Ordenanzas y, además, debido a la idea de elemental congruencia del ordenamiento jurídico, porque alimenta a otro concepto, el de fuerza armada, que si bien se define tanto en la ley militar como en la común, es idéntico, de modo que, si en la definición del artículo 10 del Código Penal Militar forma parte de la misma su artículo 8º, lo mismo debe concluirse en relación al artículo 235 bis del Código Penal.

(15) En el mismo sentido, MORALES VILLANUEVA, "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit. pág. 283.

(16) Ver la exégesis de este precepto en: MARTINEZ-CARDOS RUIZ, Leandro, "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit., pág. 215 y ss.

Por otra parte, no importa entrar aquí en el estudio del intrincado mundo de las escalas y situaciones militares, ni de la vidriosa categoría del militar profesional, puesto que el concepto de fuerza armada viene integrado por otros requisitos que delimitan por sí el círculo de militares que puedan ser calificados de fuerza armada.

En otro orden de ideas, nada impide que un solo militar pueda ser calificado de fuerza armada, aunque en las definiciones legales se utilice el plural, si los demás requisitos, del concepto a examinar a continuación, concurren en un militar aislado.

2.2. Vestir de uniforme

Para reputar fuerza armada al militar se necesita que vista de uniforme, entendiéndose por este el vestido peculiar y distintivo que utiliza como tal¹⁷; ha de ser precisamente el que requiera la prestación del servicio que va a otorgarle la cualidad de fuerza armada, viniendo establecido, cuál sea en concreto, de modo reglamentario y, en ocasiones, incluso en las normas de régimen interior u órdenes particulares.

Lo fundamental es que el uniforme otorga la apariencia por la que se da a conocer externamente la condición de militar; lograda esa apariencia o exteriorización, ello bastará para cumplir el requisito, aunque haya incorrecciones formales, cierto desaliño o falte algún elemento, objeto o prenda. Lo esencial es que se capte, por el sujeto activo, que se trata de un militar vestido de uniforme¹⁸, puesto que formando, la exigencia, parte del tipo de injusto, ha de ser abarcado por el dolo.

2.3. Portar armas

Por lo que se acaba de decir, el requisito de que el militar de uniforme, al objeto de considerarse fuerza armada, ha de portar armas, exige además que las lleve de forma perceptible, o sea, a la vista de los demás, externamente; lo que tiene su sentido, ya que, si se le protege penalmente de forma especial y cualificada, es por el hecho de llevar armas¹⁹.

El punto polémico del requisito consiste en determinar la clase de armas que exige el precepto, si sólo las de guerra, o las de fuego, o incluso basta que se trate de armas blancas (machetes) u otras de defensa (porras, toletes).

La doctrina está dividida, pues mientras para algún autor "es indife-

(17) "Por establecimiento o por concesión" (según dice el Diccionario de la Real Academia, en la acepción 4ª de la voz "uniforme").

(18) Como pone de relieve MORALES VILLANUEVA, "La exigencia de uniforme es debida a la exteriorización de su condición de militar, y aunque su uso es obligatorio en todo acto de servicio, en algunos casos la Autoridad Militar puede dispensar de su utilización (artículo 188 de las Ordenanzas). En esos supuestos carecerá de la protección debida a la fuerza armada" (en "Comentarios al Código Penal Militar", ob.cit.; pág. 263).

(19) En el mismo sentido MORALES VILLANUEVA, ob. cit. pág. 263.

rente o no que sean de guerra o de defensa"²⁰, otros las circunscriben precisamente a las de guerra²¹.

Indudablemente no cabe en este punto trasvasar criterios interpretativos establecidos respecto de otros preceptos, cual por ejemplo el artículo 506, 1º del Código Penal, según los cuales debe entenderse por armas todo instrumento idóneo para la agresión o para la defensa, en especial las armas de fuego y las blancas; ello, el no trasvasar, es obvio, pues la razón de la agravación, para quienes comenten el delito portando armas, estriba en el potencial peligro y en la mayor facilidad de realización del hecho punible, mientras que en el artículo 235 bis es la víctima la que lleva las armas, razón por la que se le protege penalmente de forma enérgica.

La solución, a mi entender, viene dada por el hecho de que en los artículos 235 bis del Código Penal y 85 del Código Penal Militar se tutelan los servicios de armas prestados por militares, y estos, según el artículo 16 del Código punitivo castrense, son "todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza..."; de tal forma, cualquier arma que precise portar el militar para desarrollar el servicio, servirá al fin de conceptuarle de fuerza armada; por ello habrá de ser un arma que esté catalogada como tal para el cumplimiento de las misiones encomendadas a los ejércitos; normalmente serán armas de fuego, pero cabe también que se trate de cualquier otra clase de arma reglamentaria.

La aludida postura de circunscribir las armas, a las que se hace mención en los artículos 10 del Código Penal Militar y 235 bis del común, únicamente a las de guerra²², se fundamenta en lo dispuesto para la Policía Militar, Naval y Aérea en las Ordenanzas particulares de cada uno de los Ejércitos, donde a los miembros de aquellas, en el ejercicio de sus funciones, se les otorga "el carácter de agentes de la autoridad", salvo que, por la índole del servicio que presten, porten armas de guerra, en cuyo caso "tendrán el carácter de fuerza armada"²³.

Sin perjuicio de que quizás tal postura fuera, "lege ferenda", más lógica y coherente, generalizar a toda la fuerza desde unas normas reglamentarias, y además especificadas para unas categorías determinadas, no parece correcto; el tratamiento específico de la Policía Militar, que se deduce asimismo del artículo 86 del Código Penal Militar, es una decisión político criminal inspirada, según parece, en el hecho de que los miembros de aquella, en su patrullar cotidiano y normal por las vías públicas, tienen un roce constante, no sólo con otros militares, sino con los paisanos, que, de derivar a un ataque o menosprecio a su función, se estima no alcanza la enti-

(20) Para ROJAS CARO, ob. cit. pág. 264.

(21) Así MORALES VILLANUEVA, ob. cit., pág. 246.

(22) Según el Reglamento de Armas vigente (Real Decreto 2.169/1981, de 24 de julio) se consideran armas de guerra: a) las que tengan dispositivo ametrallador o automático; b) las pistolas o revólveres a que puede adaptarse un culatín; c) las que el Ministerio de Defensa considere como tales armas de guerra. El artículo 258 del Código Penal ofrece también una catalogación de las armas de guerra que no coincide exactamente con aquella.

(23) Como ya se ha dicho en el apartado introducido, se trata de los artículos 408 de las Orde-

dad y reprochabilidad suficientes para entrar en el tipo agravado, o semi-gravado, que se establece respecto de la fuerza armada en general; de ahí que sólo se la proteja como tal cuando porten armas de guerra, esto es si desarrollan una misión de mayor envergadura a la simple de policía callejera.

2.4. Prestar servicio

Finalmente para que al militar, uniformado y visiblemente armado, se le repute fuerza armada, ha de prestar un servicio legalmente encomendado a la Fuerzas armadas y que reglamentariamente les haya sido ordenado.

Para apreciar la concurrencia del dolo en el sujeto activo bastará normalmente que conozca la condición de militar uniformado y armado de la persona a la que desobedece o ataca, pero, si en un militar no concurre este otro requisito, le faltará el carácter de fuerza armada y por lo tanto no podrá realizarse alguno de los hechos del artículo 235 bis del Código Penal (o 85 del Código Penal Militar).

El Proyecto del Gobierno tan sólo exigía la prestación de un servicio reglamentariamente ordenado²⁴; y en efecto la idea clave se encuentra en el concepto de servicio; de nuevo las definiciones del Código Penal Militar pueden ser utilizadas; así, su artículo 15 entiende como actos de servicio "todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos"²⁵.

Por lo tanto la consideración de fuerza armada vendrá otorgada a aquellos militares que para cumplir, dentro de sus funciones, un específico cometido, precisen para ello vestir el uniforme e ir con el armamento reglamentario.

La doble, y expresa, exigencia, de que el servicio esté legalmente encomendado a las Fuerzas Armadas y de que hay sido reglamentariamente ordenado, hay que entenderla como redundancia a lo ya dicho; el que haya sido reglamentariamente ordenado lo conlleva todo servicio, en tanto que por ello se presta.

Lo que se pretende es reforzar la idea de que deben cumplirse una serie de requisitos de competencia, forma y contenido, cuando el servicio en cuestión los exija; de todas maneras debe tenerse en cuenta que se engloban en el requisito no sólo los mandatos concretos, personales y directos, sino también las órdenes generales²⁶.

nanzas del Ejército de Tierra (R.D. 2945/1983, de 9 de noviembre), 451 de las del Ejército del Aire (R.D. 494/1984, de 22 de febrero) y 580 de las de la Armada (R.D. 1024/1984, de 23 de mayo).

(24) También en la definición de fuerza armada del Proyecto de Código Penal Militar.

(25) "Y que legalmente les corresponda", según apostilla también añadida al Proyecto del Gobierno. El artículo 16 del Código Penal Militar define, a efectos penales, el servicio de armas y no constituye sino una especificación del concepto general del artículo 15; sin embargo como contiene un concepto expansivo del servicio de armas, extendiéndolo a supuestos en que ni se precisa llevar armas, no tiene exacta correlación con el concepto de fuerza armada.

(26) Respecto de los primeros se contiene su definición en el artículo 19 del Código Penal Mili

El requisito de que se trate de un servicio "que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas", fue añadido al Proyecto originario en el Pleno del Congreso de los Diputados, aceptando un bloque de enmiendas a varios preceptos, tanto del Código Penal Militar como de la denominada "Ley puente"²⁷, con la explicación de que así se lograba "una mayor precisión" y se evitaban "terminologías equívocas"²⁸; lo que se ha logrado sin duda es una tautología, por cuanto en el artículo 15 del Código Penal Militar el servicio supone, por definición, un específico cometido que "legalmente les corresponde" (a los militares), y ya en este mismo artículo 15 entiendo que es redundancia, pues el concepto de servicio lleva implícito que toda actuación del militar sea conforme a derecho.

En último extremo, so pena de dejar vacío de contenido el concepto de fuerza armada, hay que entender el inciso en cuestión por referencia a las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8º de la Constitución y que están desarrolladas de forma general en las Reales Ordenanzas, de modo que la exigencia de que el servicio esté legalmente encomendado se cumplirá siempre que estas y las demás leyes ofrezcan una "cobertura legal del servicio", aunque esté desarrollado en Reglamentos²⁹.

3. Examen de determinados supuestos particulares

Examinados los requisitos que establece el artículo 235 bis del Código Penal en orden al concepto que ofrece de fuerza armada, es preciso, para acabar de aprehenderlo, efectuar el análisis de determinados supuestos particulares que pueden restringirlo, acotando así el ámbito de aplicación de los tipos acuñados en el precepto.

En esta línea conviene hacer expresa y separada referencia a los centinelas, a los guardias civiles y la Policía Militar, con una última alusión a los demás militares y otros Cuerpos e Institutos Armados, así como, por recuerdo histórico, a las llamadas "salvaguardias".

tar", ob. cit., pág. 346 y ss., en especial las 352 y 353, donde me refiero también a las órdenes generales). Con relación al requisito que se comenta, creo que en la misma línea que la expuesta, MORALES VILLANUEVA, mantiene que "el cumplimiento de estos servicios conlleva unos requisitos en cuanto a la forma adecuada en que la orden ha de interpretarse, la competencia de quien la da y la relación de dependencia de quien la recibe" (ob. cit. pág. 246).

(27) La Ley Orgánica 14/1985.

(28) En efecto el adverbio "legalmente" se introdujo así en una serie de preceptos (artículos 10, 15, 19, 53, 56 y 70 del Código Penal Militar y 135 bis a), 135 bis c), 135 bis d) y 235 bis del Código Penal) en virtud de enmiendas presentadas por el Diputado Rodríguez Sahagún. Sobre el mecanismo y debate parlamentario de esta innovación a los Proyectos del Gobierno, ya me he ocupado en otro lugar (comentando el artículo 19 del Código Penal Militar, en "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit., págs. 346, 347, 358, 359 y 360). Concretamente, respecto de este artículo 235 bis del Código Penal, era la enmienda 27 presentada, en el Congreso, al proyecto de "Ley Puente".

(29) Más extensamente, ver mi comentario al artículo 19 del Código Penal Militar citado en la nota inmediatamente anterior (págs. 358 a 360).

3.1. Los centinelas

Respecto del centinela dice textualmente el artículo 11 del Código Penal Militar que "a los efectos de este Código se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los Centros o estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos u observadores visuales de los mismos espacios".

Sin necesidad de entrar en un análisis pormenorizado³⁰, y, dejando aparte la extensión que se hace del concepto a diversas categorías de operadores³¹, es obvio que los principales servicios de armas los desempeña el centinela, bien en la acepción más primigenia de guardar un puesto cumpliendo una consigna, bien más extensivamente en cuanto tienen la misma consideración, a efectos penales, las patrullas de las guardias de seguridad; en ambos casos nos encontramos con una especificación de la fuerza armada, puesto que, de no existir el concepto de centinela, los que se consideran tales, entrarían en aquella categoría.

Como quiera que los primeros párrafos del artículo 85 del Código Penal Militar establecen la protección penal del centinela, construyendo unas tipologías con sujeto activo indiferenciado (no constreñida al militar), habrá que convenir la especialidad material de estas figuras respecto de las de su párrafo tercero, y además también la especialidad formal en relación al artículo 235 bis del Código Penal, que quedaría desplazado en un concurso aparente de leyes³²; ello aunque pueda, en muchos casos particulares, derivar en penas más benignas que si se aplicara el artículo 235 bis, lo que no significa sino una clara distorsión del sistema, ya que ha sido tradicional la más enérgica protección penal del centinela, tanto por la soledad del mismo, como por la relevancia de su misión³³.

2.2. Los miembros de la Guardia Civil

Los miembros de la Guardia Civil, vistiendo uniforme y prestando

(30) Ver su exégesis, por MORALES VILLANUEVA, ob. cit., pág. 267 y ss.

(31) Que suponen la actualización de supuestos extensivos ya previstos desde hace tiempo. Ver notas 8 y 9.

(32) QUERALT JIMENEZ, aunque en principio afirma que en el concepto de fuerza armada quedan incluidos los centinelas y los miembros de la Policía Militar (pág. 160), lo que comparo, afirma más adelante (pág. 161) que "si el centinela recibe los ataques será el Código Penal Militar y la jurisdicción militar quienes entren en juego" (En "Derecho Penal Español. Parte especial", volumen II, Librería Bosch, Barcelona 1987).

(33) La distorsión apuntada parece querer corregirse con una extraña regla competencial introducida en el Proyecto de Ley Procesal Militar, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 15 de abril de 1988 (serie A, núm. 791). En él se con

servicio propio del Instituto, tuvieron, desde el origen del Cuerpo en 1.844, la consideración de fuerza armada a efectos de protección penal³⁴, de modo ininterrumpido, hasta que la Ley 55/1.978, de 4 de diciembre, "de la Policía", les sustrajo de tal calificación; hasta entonces las estadísticas penales militares, en lo que se refiere a delitos contra fuerza armada, estuvieron prácticamente copadas por infracciones cuyos sujetos pasivos (de la acción) eran componentes del Benemérito Instituto³⁵.

La dicha Ley de 1.978, en su artículo 5º, mantuvo el fuero militar de la Guardia Civil "salvo en lo que se refiere a los delitos que se cometan contra sus miembros en el ejercicio de las funciones señaladas en esta Ley, de cuyo conocimiento será competente la Jurisdicción Ordinaria".

El artículo 235 bis del Código Penal no menciona expresamente a la Guardia Civil; en cambio, sí lo hace el artículo 10 del Código Penal Militar, que, a la definición de fuerza armada, añade la coletilla de: "... así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución".

De esta manera quedaba diferida la cuestión a una ley posterior, que se promulgó poco tiempo después³⁶; fue la vigente Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de marzo, "de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", cuyo artículo 7.3 dispone que la Guardia Civil sólo tendrá consideración de fuerza armada en el cumplimiento de misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Comparando ambos preceptos, el Código Penal Militar y el de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, se ha dicho que hay un peloteo de normas que genera una oscura antinomia³⁷.

tiene una disposición adicional quinta que pretende redactar el artículo 12, 1ª de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de junio, "de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar", en el sentido de que "salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la jurisdicción militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal Común les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este". Tal previsión ha pasado, cuando esto se escribe, el trámite del Congreso de los Diputados, cuyo Pleno del día 15 de diciembre de 1988 aprobó el proyecto sin modificación alguna de la transcrita disposición adicional. Una vez más, de convertirse en ley, cual con probabilidad habrá ocurrido cuando estas líneas vean la luz ya impresas, se mezclarán indebidamente, con repercusiones prácticas, creo que imprevistas, los planos de la competencia con los estrictamente penales (de concurso aparente de normas). Todo es debido a algo que difícilmente tiene solución técnica: de una parte a la postura de adscripción de la competencia de la jurisdicción militar con el único criterio del delito y de otra al hecho de haber adelantado unos criterios de política criminal (cual por ejemplo el de la benignificación de las penas privativas de la libertad en una ley especial, el Código Penal Militar, a la promulgación de un nuevo Código Penal común).

(34) Las Reales Ordenes de 7 y 9 de octubre de 1878 recuerdan y enfatizan el carácter de fuerza armada de los componentes de la Guardia Civil; y a partir de la codificación penal, procesal y substantiva, militar se hizo expreso hincapié en tal carácter (ver notas 6, 8 y 9).

(35) Incluso durante la 2ª República; basta ver la jurisprudencia de la Sala Militar, del Tribunal Supremo, que funcionó hasta 1936.

(36) Aunque curiosamente entró en vigor antes que el Código Penal Militar y la "Ley Puente", dada la larga "vacatio legis" de estas.

(37) Ver ROJAS CARO, ob. cit., pág. 630.

Sin duda, hubiera sido deseable una mayor claridad.

Con todo, del análisis del ordenamiento jurídico, debe sentarse como presupuesto la naturaleza militar de la Guardia Civil³⁸ y en consecuencia, la condición de militares que tienen sus miembros, en este momento³⁹.

Siguiendo la orientación esquemática de este trabajo, centrándonos en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cabe sintetizar que los guardias civiles tienen a efectos de protección penal una triple y distinta consideración:

a) La de agentes de la autoridad, en el ejercicio de sus funciones policiales (artículo 7.1).

b) La de autoridad, "cuando se comete delito de atentado, empleando en la ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física". (artículo 7.2)⁴⁰.

c) La de fuerza armada, como ya se ha dicho, "en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico" (artículo 7.3).

El sistema no es precisamente sencillo, y, en lo que aquí interesa, conviene establecer cuáles son esas misiones de carácter militar.

Siguiendo al especialista en esta materia⁴¹, cabría considerar como

(38) "De lege lata" me parece incontrovertible, a pesar de que la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dé a veces la impresión de que se esté haciendo "encaje de bolillos"; son militares en los delitos especiales propios del Código Penal Militar, igualmente a los efectos de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y la propia Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad reitera la "naturaleza militar" del Instituto (artículos 7, 8, 9, 13, 14 y 15) aunque el Preámbulo de la misma sea un tanto equívoco (en su apartado III, b, si bien al principio de ese mismo apartado se alude a la fundamentación directa en el artículo 104 e "indirecta en el artículo 8º de la Constitución"). Recientemente la Orden (del Ministerio de relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno) de 20 de mayo de 1988, "de reorganización de la Dirección General de la Guardia Civil" (Boletín Oficial del Estado núm. 124 de 24 de mayo), estructura tal Dirección General en congruencia con la naturaleza militar del Benemérito Instituto. El Proyecto de Ley de la Función Militar, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, del día 16 de febrero de 1989, serie A, núm. 108-1) sienta de modo tajante la condición de militar de la Guardia Civil (artículos 1º.3 y 4º), de modo que si entra en vigor quedará despejada cualquier duda; de cualquier manera lo que traerá consigo es la ineludible toma de postura por las Cortes Generales, siendo previsibles unos enconados debates al respecto. No obstante, y aunque desde la legalidad vigente, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha sentado que los guardias civiles son militares a los efectos del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y del Código Penal Militar, lo que puede resultar definitivo es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, del que pende, según noticias, asunto en que va a tener que afrontar la cuestión. Otra cosa es que, desde antiguo, venga preconizándose, por algún sector, la desmilitarización "de lege ferenda"; ver, en ese sentido, dentro de los estudios más recientes: BALLBE, Manuel, "Orden jurídico y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)", Alianza Universidad, Madrid 1983 (en especial pág. 480 y ss.); y LOPEZ GARRIDO, Diego, "El aparato policial en España", Ariel, Barcelona, 1987. Y también que, tomando algún precepto de nuestro ordenamiento jurídico en forma aislada y con un apoyo constitucional sesgado, se llegue a concluir la naturaleza no militar de la Guardia Civil. Como adalid del carácter militar de la Guardia Civil cabe considerar a MORALES VILLANUEVA (ver bibliografía que el mismo cita, ob. cit., pág. 270). Ver nota (58).

(39) En contra QUERALT, ob. cit., pág. 630.

(40) Recuerda en cierto modo aquella regulación referente a la Policía Armada, luego Nacional, cuyos miembros, hasta la Ley 55/1978, tenían a efectos penales, la consideración de fuerza armada en los "insultos de obra y actos de violencia" que se les infringía.

(41) MORALES VILLANUEVA, ob. cit., págs. 265, 976 y 977.

misiones militares de la Guardia Civil en tiempo de paz, la custodia de costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros o instalaciones que lo requieran cuando se efectúen bajo las directrices emanadas del Ministerio de Defensa; también la conducción de presos por disposición o condena de Jueces y Tribunales militares; asimismo tendrían carácter de fuerza armada los guardias civiles que presten servicio de protección de centros e instalaciones y dependencias de las Fuerzas Armadas (v. gr. en la actualidad, entre otros, en el Ministerio de Defensa y en el edificio del Estado Mayor de la Defensa); finalmente habrá que considerar fuerza armada a los guardias que prestan servicios en sus propios acuartelamientos⁴².

No obstante, y de ahí que sentara como presupuesto la condición militar del guardia civil, cuando en las mencionadas misiones actúen como centinelas, en el significado del artículo 11 del Código Penal Militar, deberá considerárseles, a efectos penales, de tal cualidad; y, si sólo ostentan la de fuerza armada, será de aplicación el artículo 235 bis del Código Penal, caso de que el sujeto activo sea paisano, mientras se incurrirá en el delito del párrafo 3º del artículo 85 del Código punitivo castrense, si el agresor o desobedeciente es militar (o, lo que lo incluye, otro guardia civil).

Por tanto, cuádruple consideración.

¿Todo esto es lo que pretendía el legislador?

3.3. La Policía Militar

Régimen específico tiene también la Policía Militar.

En el artículo 86 del Código Militar se castiga como delito especial propio del militar, el maltrato de obra y la desobediencia a los miembros de la Policía Militar "en su función de agentes de la autoridad".

Su consideración, a efectos penales, había ya sido establecida, de modo reglamentario⁴³, pues, como ya se dijo⁴⁴, los componentes de la Policía Militar, en el ejercicio de sus funciones, tendrán el carácter de agentes de la autoridad; salvo que, por la índole del servicio que presten, porten armas de guerra, supuesto éste en el que se les considerará fuerza armada⁴⁵.

Tal vez generalizar esta postura respecto de todos los servicios de armas, cual ya apunté, sería lo más claro, lógico y coherente, y convendría re-

(42) Ver las distintas argumentaciones en la bibliografía citada en la nota anterior (41); respecto del último supuesto, ver QUERALT, ob. cit., pág. 630.

(43) De ahí que quepa considerarla como una ley penal en blanco, con todos los problemas de constitucionalidad que ello conlleva.

(44) Ver nota (23).

(45) Queda superado pues, y demuestra lo movedido e inseguro del sistema, el Acuerdo del Pleno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 28 de diciembre de 1981 en el sentido de que "la Policía militar cuando llevas armas de fuego el carácter de fuerza armada a todos los efectos penales... Por el contrario cuando no está de servicio o, por la índole de éste, no lleve más que la defensa de goma, no tiene tal carácter, pero sí el de agentes de la Autoridad..." La Simple dotación de una pistola, ordenado por cualquier mando, puede cambiar el carácter de quién la porta, a efectos penales.

tocar en este sentido todas las definiciones pertinentes el Código Penal Militar.

De todas formas, debe tenerse en cuenta que, so pena de atormentar aún más el sistema, esta regulación de la Policía Militar cabe entenderla a los efectos de los artículos 235 bis, 236 y 237 del Código Penal, y, además, que, en todo caso, los miembros de la Policía Militar tendrán la consideración de centinelas, cuando, por el servicio que presten, reúnan los requisitos que se prevén en el artículo 11 del Código Penal Militar. Triple posible condición, a efectos penales, de los policías militares.

3.4. Los militares en general

El resto de los militares, que no quepa encuadrar en las anteriores categorías (incluida la del centinela), no tienen protección penal específica; en modo alguno ello significa que, de menoscabarse el ejercicio de su servicio o función, o si se les ataca en consideración al mismo, tal menoscabo o ataque quede impune por ser atípico,

Deberá distinguirse según se reúna la cualidad de Autoridad o no.

De tratarse de una Autoridad militar (lo que tendrá que determinarse, no sólo conforme a la definición o concepto que ofrece el artículo 119 del Código Penal, sino también siguiendo las especificaciones o concreciones que efectúa el artículo 9º del Código Penal Militar)⁴⁶, los artículos 87 y 88 de este último texto castigan los atentados, resistencias y desacatos a las autoridades militares en tiempo de guerra y, en todo caso, como delito especial propio del militar⁴⁷; en tiempo de paz, la protección de las autoridades militares frente a los atentados, resistencias, desobediencias y desacatos, de que sean objeto por paisanos, queda encomendada a la Jurisdicción ordinaria que aplicará los tipos correspondientes del Código Penal, relativos a las autoridades en general, sin calificativo alguno.

Cualquier otro militar deberá ser considerado, según las circunstancias, funcionario público o agente de la autoridad, pues, incluso los que prestan su servicio militar en filas con carácter obligatorio, tienen clara caída en la consideración que establece el párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal, ya que "por disposición inmediata de la ley" participan del ejercicio de funciones públicas⁴⁸.

(46) Donde se definen, por el sistema de lista o repertorio, quienes se entiende que son Autoridades militares "a los efectos de este Código".

(47) Sobre esta especialidad de la ley militar, todavía se construye, incomprensiblemente, otra, la de los artículos 186 y 187 del Código Penal Militar que contiene delitos de atentado o de ejercicio de violencia o de coacciones contra miembros de los Tribunales Militares de Justicia o Auditores, Jueces, Fiscales y Secretarios de procedimientos judiciales militares en el desempeño de las respectivas funciones o con ocasión de ellas; y también (el artículo 187) la de desacato y desobediencia contra los Tribunales o Jueces Militares; delitos todos ellos cuyo sujeto activo es indiferenciado o indeterminado, pudiéndose pues cometer por persona no militar.

(48) Otra cosa sería que tuviéramos que ceñirnos al vidioso y controvertido concepto administrativo del funcionario público, en cuyo caso los conscriptos o requisados, y alguna otra categoría, tendrían difícil encaje. La extensión y autonomía de la consideración penal que hace el artículo 119 del texto punitivo, abarca sin duda a todo militar, aunque específicamente no

De esta suerte, el ataque que sufra por parte de cualquier paisano, deberá ser cubierto por el Código Penal como si de funcionario público o de agente de la autoridad se tratara; si es otro militar el que produce el ataque, la cobertura vendrá dada por la ley penal castrense, o la disciplinaria, según los casos; en estas se prevén diversas infracciones, sobre todo protegiendo al superior del inferior y viceversa, quedando la ley penal común como subsidiaria para los supuestos que la militar no abarque.

3.5. Otros cuerpos o institutos armados

Respecto de otros Cuerpos o Institutos Armados que no tienen carácter militar, desde la entrada en vigor de la Constitución nada que ver tienen con lo militar; ello ha quedado remachado por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

No obstante, caso de ser sus componentes militarizados o movilizados por decisión del Gobierno⁴⁹, podrían, si se dan los requisitos establecidos para la consideración de fuerza armada, reputarse como tal.

Declarado el estado de sitio o la guerra, el Decreto que lo establezca o los correspondientes Bandos pueden tener prescripciones relativas a estos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, de modo que incidan en su consideración de fuerza armada⁵⁰.

3.6. Las denominadas salvaguardias

Ya las ordenanzas de Carlos III para el Ejército, de 1768, protegían a las llamadas salvaguardias, con la misma, y extrema, contundencia que a los centinelas, de cualquier ataque a las mismas⁵¹.

El Código Penal para el Ejército de 1.884 marcó la pauta a todos los textos posteriores, incluido el de la Marina de Guerra de 1.888, rubricando toda esta gama de delitos con la mención de "insultos a centinela, salva-

nozco haya sido abordada la cuestión (sólo de modo sucinto y muy particularizado. FERNANDEZ AREAL, José Ramón, "Los atentados a los agentes de la Autoridades militares", en número 10 de la Revista Española de Derecho Militar, 1960, pág. 205 a 208). Sobre la consideración en general del artículo 119, puede verse selectivamente: COBO DEL ROSAL, Manuel, "Exámen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal Español", en número 112 de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1962, pág. 213 y ss. (en especial a partir de la 234); y QUERALT, Joan J. "El concepto penal del funcionario público", en número 27 de Cuadernos de Política Criminal, 1985, pág. 477 y ss. De la interpretación que estos y otros autores (en obras de carácter general o centradas en otras cuestiones) efectúan del artículo 119 del Código Penal, ningún obstáculo se deriva para la consideración penal, como funcionario público, del militar. Otra cosa, más bien anecdótica, es la resistencia de algunos militares a ser calificados como funcionarios, y otra, la maraña de situaciones, asimilaciones, consideraciones, equiparaciones y escalas militares, cuyo estudio excede al de este comentario, si bien, como criterio herméutico rector, habrá de tenerse en cuenta, para la consideración penal como militar, el "efectivo ejercicio de funciones militares" y lo dispuesto en el artículo 8º del Código Penal Militar.

(49) Por emplear la expresión del artículo 8.5º del Código Penal Militar.

(50) Con la legalidad anterior a la reforma del Código de Justicia Militar mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, se convertían automáticamente en fuerza armada con la declaración del estado de guerra o por el sólo hecho de prestar servicio a las órdenes de las autoridades militares.

(51) En el artículo 55.

guardia o fuerza armada", parigualando, en los distintos tipos, las dos primeras figuras; la regulación pervivió durante toda la vigencia del Código de Justicia Militar de 1.945.

Sin embargo el Código Penal Militar de 1.985 para nada alude a las salvaguardias.

La tal figura no es fácil de precisar; los Códigos en que expresamente se protegía, no contenían dato definitorio alguno, a pesar de sí hacerse en relación al centinela y a la fuerza armada.

Las aludidas Ordenanzas de 1.768 parecen aludir como salvaguardias a los parlamentarios o comisionados que cruzan por territorio o entre tropas en operaciones⁵²; mientras que en el Reglamento para el Servicio en Campaña, aprobado por la Ley de 5 de enero de 1.882, y que hay que entender formalmente vigente⁵³, se refiere a guardias de protección de lugares neutrales o enemigos⁵⁴.

Debe entenderse que el hecho de haber obviado el legislador toda referencia a las salvaguardias, más que a olvido, parece venir motivado en la innecesariedad de la misma, evitando así la fijación de un concepto difícil de especificar y que recargaría el ya abundante mazo de definiciones que ofrece el Código Penal Militar, cuando lo que podría ser calificado de salvaguardia tiene cabida en el concepto de centinela o, en todo caso, en el de fuerza armada, máxime cuando, operando siempre las salvaguardias en tiempo de guerra, el vigente artículo 85 del Código Penal Militar equipara las penas de los ataques al centinela y a la fuerza armada, de suerte que daría lo mismo calificarlas de una u otra forma.

4. Algunas consideraciones finales

La complejidad que queda manifiesta en lo hasta ahora dicho, unida a la indudable pobreza y descuido técnicos predicables de la construcción de los distintos tipos delictivos plasmados en los artículos 235 bis del Código Penal y 85 del Código Penal Militar⁵⁵, permite afirmar que de la regulación vigente resulta una distorsionada protección penal de la fuerza armada, por lo que, habida cuenta además de la transitoriedad con que fue concebido aquel artículo 235 bis⁵⁶, debe demandarse una línea más clara y coherente de política criminal o legislativa, que se traduzca en unas soluciones técnicas correctas y bien elaboradas.

Al respecto cabe apuntar que las pautas ofrecidas, tanto por el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1.980, como en la Propuesta de

(52) Ver UGARTE, ob. cit., pág. 347.

(53) Aunque muchas de sus previsiones sean palmariamente obsoletas.

(54) Ver GARCIA SANTOLALLA, ob. cit., pág. 163.

(55) Su estudio excede los límites puestos a este trabajo; ver bibliografía citada en nota (5)

(56) De escasa, por no decir nula, aplicabilidad.

Anteproyecto de un nuevo Código Penal de 1.983, ni me parecían claras ni completas.

En el Proyecto de 1.980 se decía que cometerían atentado, además de quienes se dice ahora en el vigente artículo 231, "los que acometieren a un miembro de las Fuerzas Armadas, si el ataque tuviere por causa u origen su condición o actividad militar" (artículo 540-3º). La referencia a miembros de las Fuerzas Armadas ofrecería problemas de delimitación, pero, además, no comprendo porque el atentado se circunscriba al acometimiento, y que para nada se mencionara a los miembros de las Fuerzas Armadas en la resistencia y desobediencia, haciéndolo en cambio en relación a las injurias, calumnias y amenazas (artículo 548). Por otra parte, como quiera que el artículo 30 del Proyecto extendía la misma consideración de funcionario público, al modo que ahora lo hace el artículo 119 del texto en vigor, no veo razón para la específica mención de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuando todos los militares son funcionarios públicos, a efectos penales, y algunos pueden ejercer de agentes de la autoridad. Finalmente, la expuesta regulación proyectada en nada prejuzgaba la que pudiera darse en la ley militar respecto del centinela y de la fuerza armada.

La Propuesta de 1.983 seguía parecidos pasos, si bien no reducía el atentado, a miembros de las Fuerzas Armadas, al acometimiento (artículo 467); pero ni los mencionaba en los delitos de resistencia (no grave) y desobediencia (artículo 470), ni tampoco, a diferencia del Proyecto, en los de calumnia, injuria o amenaza (artículo 473). Quitada la extensión del atentado y añadida la reducción del artículo 473, los mismos reproches, que los hechos al Proyecto de 1.980, cabe hacer a la Propuesta⁵⁷.

Lo que debe decidirse es si se considera necesario, o conveniente, seguir otorgando una protección penal más enérgica al centinela y a la fuerza armada, y si ha de ser distinta frente al militar que frente al paisano. Piénsese que, por contestarse afirmativamente, vino teniendo hasta 1.978 la Guardia Civil la consideración de fuerza armada.

La decisión que se adopte debe venir acompañada de soluciones técnicas que eviten, en la medida de lo posible, enojosos problemas de concurso y de participación, así como competenciales.

Cabría otorgar al centinela mayor protección y relegar a la fuerza armada, que no tenga aquella consideración, a la de agente de la autoridad.

(57) La crítica hecha por GARCIA RIVAS me parece desenfocada, por que, ¿cuál es la razón para no ver mermado el ejercicio de la función pública si un militar es acometido o intimidado en el desempeño de sus misiones o cometidos?, ¿es que la Defensa Nacional no es una función pública?. Da a entender además que, si lo que se pretende es dar protección por el hecho de vestir el uniforme, es aplicable la ley penal militar, lo que no queda claro si desconocemos la que resultara tras el nuevo Código Penal; su afirmación de que la mención (a los miembros de las FAS) no tiene un fin político criminal sólido, yo la mantendría cambiando este último adjetivo por el de claro; y su última, en relación al artículo 468, 1º y 2º, no la comprendo (ver GARCIA RIVAS, Nicolás, "Delitos contra poderes y orden públicos", en Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de 1983, números 37/40, enero-diciembre 1983, volumen II, pág. 498).

Personalmente creo que las nociones de centinela y de fuerza armada deberían refundirse, protegiéndose ésta en el Código Penal Militar, con una homologación de los diferentes tipos a los comunes de atentado, resistencia, desobediencia y desacatos en sentido amplio (precisados también de una remodelación), y dando entrada en la ley militar a algunas faltas penales.

Procedería asimismo fijar sin ambages la naturaleza y condición penal de la Guardia Civil⁵⁸ y desde luego es imprescindible que se desvanezcan los recelos hacia una jurisdicción militar, constitucionalizada, y no sólo en cuanto a su reconocimiento, sino en su configuración y ejercicio.

(58) Ver nota (38). La decisión última depende del pronunciamiento del Tribunal Constitucional; a mi entender, de la Constitución no deriva que la Guardia Civil tenga necesariamente naturaleza o carácter militar, pero tampoco que no pueda tenerlo, y ni siquiera que deba existir; la Constitución deja en manos del legislador ordinario, o no se la impide, optar por cualquiera de tales alternativas.