

# Elementos subjetivos del injusto en el delito militar de simulación de enfermedad por cobardía

Leticia Adelaida Jiménez Jiménez

Fiscal Jurídico Militar

Diario La Ley, Nº 10118, Sección Doctrina, 26 de Julio de 2022, Wolters Kluwer

## • ÍNDICE

- [I. Introducción](#)
- [II. Antecedentes y análisis comparativo](#)
- [III. «Animus» explícitos e implícitos](#)
- [IV. Conclusiones](#)
- [V. Bibliografía](#)

Normativa comentada

Jurisprudencia comentada

### Resumen

*La Teoría General del Delito se ha ocupado tradicionalmente del estudio completo de los tipos penales mediante la exégesis de los mismos. En particular, alcanzan especial relevancia por su dificultad los controvertidos elementos subjetivos del injusto. Su análisis en Derecho Penal ha hecho correr ríos de tinta, resultando interesante trasladar su debate al ámbito penal militar mediante la valoración de los delitos castrenses. Esta publicación se centrará en la investigación del artículo 52 del Código Penal Militar, comprendido en el Capítulo I, Título IV, Libro II.*

### Palabras clave

*Teoría General del Delito, elementos subjetivos del injusto, Código Penal Militar, artículo 52, actitud interna.*

### Abstract

*The General Theory of Crime has traditionally been focused on the thorough study of criminal legal types by its detailed analysis. In particular, the controversial subjective elements of the unjust attain special relevance due to its difficulty. Its analysis in Criminal Law has been greatly debated; which makes it interesting to move its debate to the scope of the Military Criminal Law by analyzing the military crimes. This paper will focus on article 52*

*established in the Military Criminal Code, regulated within Chapter I, Title IV, Book II.*

**Keywords**

*General Theory of Crime, subjective elements of the unjust, Military Criminal Code, article 52, internal attitude.*

La Teoría General del Delito se ha ocupado tradicionalmente del análisis completo de los tipos penales mediante el estudio de sus elementos, a saber: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. No obstante, se trata de una materia que genera gran debate entre los penalistas de todas las épocas, no solo por el número de los elementos antes citados, sino especialmente sobre el contenido de los mismos. Al margen de la extensa discusión existente en torno a dicha Teoría, resulta de sumo interés el examen de los «elementos subjetivos del injusto» por constituir una materia muy controvertida, cuya dificultad radica en la introducción de una «actitud interna» que, en la mayoría de las ocasiones, no se regula de forma explícita, necesitando una valoración por encontrarse implícita en los artículos, configurándose como un «ánimo» distinguible del dolo, pero exigible junto al mismo, en alguna de sus distintas categorías: «delito de intención», «delito de tendencia», o «delito de expresión». Sin perjuicio de la investigación que se ha venido desarrollando sobre estos conceptos por la doctrina y la jurisprudencia en relación con los preceptos del Código Penal, donde se advierte una tendencia a la negación, parece importante extrapolar su estudio al ámbito penal militar. Por esta razón, a través de esta colección jurídica se pretende realizar un análisis de los delitos militares, concluyendo de antemano la importancia de un tema que es esencial, debido a que permite diferenciar entre una conducta penalmente relevante de otra que cae fuera del tipo. Esta publicación se centrará en el artículo 52 del Código Penal Militar, cuyas conclusiones se espera sean interesantes.

## **I. Introducción**

El presente trabajo forma parte de una colección jurídica, cuyo objeto es el estudio de los «elementos subjetivos del injusto»<sup>(1)</sup> en los delitos regulados en el [Código Penal Militar \(LA LEY 15604/2015\)](#) —aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre— (en adelante CPM). Esta investigación se centra en el artículo 52 del citado texto, con la finalidad de valorar la posible existencia de una «disposición de ánimo»<sup>(2)</sup>, ya sea en su letra o fuera de ella; es decir, tanto de forma explícita como implícita. La importancia de esta materia reside, entre otras cuestiones, en la función negativa que cumple la «actitud interna» del sujeto, toda vez que puede resultar un factor esencial para que una determinada acción, típica y

antijurídica, resulte culpable y, en consecuencia, punible; o, en cambio, por carecer de uno de los requisitos que exige el delito para su consumación la conducta caiga fuera del tipo.

## II. Antecedentes y análisis comparativo

El [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) se integra dentro del Capítulo I dedicado a la «Cobardía», del Título IV relativo a los «Delitos contra los deberes del servicio», que regula preceptos de naturaleza puramente militar, si bien en este caso se castiga una modalidad concreta de cobardía como es simular una enfermedad o lesión, producírsela, o emplear cualquier tipo de engaño para excusarse del puesto o misión encomendada.

El [CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) se establece en la actualidad como texto complementario, tal y como describe el Preámbulo II: *«El título II está dedicado a regular el delito militar, concepto central del presente Código en torno al cual se construye la especialidad de la ley penal militar y su carácter complementario del Código Penal»*; no obstante, y aunque para la conducta principal de cobardía tipificada en el [art. 51 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) no se estableció ninguna relación con el Libro Segundo del Código Penal —aprobado por [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre \(LA LEY 3996/1995\)](#)— (en adelante CP), en esta investigación se atenderá, aunque no a modo de texto complementario, a los artículos previstos en el Título III «De las lesiones»; a los arts. 390 y 392 de la Sección 1ª «De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación», del Capítulo II «De las falsedades documentales», Título XVIII «De las falsedades»; y a los arts. 456 y 457 del Capítulo V «De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos», del Título XX «Delitos contra la Administración de Justicia». Sin perjuicio de este breve apunte, procedo a continuar con el estudio del [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), cuya letra manifiesta:

### *Artículo 52*

*«El militar que, en situación de conflicto armado, estado de sitio o circunstancias críticas y por temor a un riesgo personal, para excusarse de su puesto o misión, simular enfermedad o lesión, se la produjere o emplease cualquier engaño con el mismo fin, será castigado con la pena de tres años y un día a diez años de prisión».*

De la misma manera que en el estudio del [art. 51 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), cabe destacar que el Preámbulo III del Código castrense declara, en relación con esta figura, que: *«El más extenso de los Títulos del Código Penal Militar (LA LEY 15604/2015) (Título IV) agrupa en ocho Capítulos los delitos contra los deberes del servicio. Su Capítulo I incrimina la cobardía*

*cualificada por un elemento subjetivo del injusto: el temor al riesgo personal que viole un deber castrense exigible a quien posea la condición militar».*

Por razón de la descripción típica del [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), resulta necesario acudir, dentro del Libro Primero «Disposiciones generales», al Título I «Ámbito de aplicación del [Código Penal Militar \(LA LEY 15604/2015\)](#) y definiciones», donde se determina en el art. 2 el concepto de militar, en el art. 6 los actos de servicio, en el art. 7 las «circunstancias críticas», y en el [art. 8 el concepto de orden, todos CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#).

Respecto a la situación de conflicto armado, el Preámbulo II del [CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) especifica que: *«Las referencias que el [Código Penal Militar \(LA LEY 15604/2015\)](#) que se deroga realizaba a la locución "tiempos de guerra" se sustituyen por la utilización en determinados tipos penales de la expresión "en situación de conflicto armado", conforme con el concepto y terminología empleados por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia consolidada en materia de Derecho Internacional Humanitario»*<sup>(3)</sup>. En cuanto al estado de sitio, la [Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio \(LA LEY 1157/1981\)](#), define este supuesto en el art. 32 para: *«Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios».*

Este precepto recoge el contenido del art. 110 regulado dentro del Capítulo I «Cobardía», del Título Sexto dedicado a los «Delitos contra los deberes del servicio» del Libro Segundo «De los delitos en particular», del [Código Penal Militar de 1985 \(LA LEY 2929/1985\)](#)— aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre— (en adelante CPM85). Pueden citarse como antecedentes de este ilícito el art. 122 del Código Penal para el Ejército de 1884 —aprobado por Real Decreto de 17 de noviembre de 1884—; el art. 171 del Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 —aprobado por Real Decreto de 24 de agosto de 1888—; el art. 297 del Código de Justicia Militar de 1890 —aprobado por Real Decreto de 27 de septiembre de 1890—; o los arts. 339 número 1, 351 párrafo 1º y 437 número 9 del Código de Justicia Militar de 1945 (LA LEY 6/1945) —aprobado por Ley 17 de julio de 1945— (en adelante CJM45)<sup>(4)</sup>.

### **III. «Animus» explícitos e implícitos**

El [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) regula una forma concreta de cometer el delito de cobardía, pues se circunscribe a aquellos supuestos donde por temor a un riesgo personal, y siempre que se den las condiciones de situación de conflicto armado, estado de sitio o

circunstancias críticas, el militar simule una lesión o enfermedad, se autolesione con el objetivo de excusarse de su puesto o misión, o haga uso de cualquier otro engaño dirigido al mismo fin. Con esta redacción se pretende castigar la falta de valor en las Fuerzas Armadas como elemento esencial<sup>61</sup>. La conformación del Capítulo I dedicado a la «Cobardía» del Título IV relativo a los «Delitos contra los deberes del servicio», se construye sobre la tipificación expresa de un «elemento subjetivo del injusto» tradicionalmente denominado con el término cobardía, modificado en el vigente [CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) por la expresión «temor a un riesgo personal».

Esto supone el reconocimiento expreso de una disposición de ánimo que acompaña a todos los artículos de esta figura, para lo cual resulta necesario remitirse al anterior trabajo sobre el [art. 51 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) donde fue tratada esta cuestión, y donde a modo de resumen puede decirse que el elemento central de este delito reside en el «ánimo por miedo», pues *«el [art. 51 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) exige que el militar cometa alguna de las conductas descritas por "temor a un riesgo personal" como disposición de ánimo que supone una vinculación psicológica del sujeto con el miedo que causa la comisión del delito por la realización de alguna de las conductas típicas»*; de modo que el *«"elemento subjetivo del injusto" que se tipifica de forma expresa en el [art. 51 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), cuando exige para la comisión del delito de cobardía que sea "por temor a un riesgo personal", no parece que esté buscando un resultado independiente a las conductas descritas..., sino que realiza este por cobardía, confiriéndole ese sentido subjetivo específico que acompaña a todo el tipo en cualquiera de sus modalidades»*; es decir, *«el sujeto no comete cualquiera de las acciones tipificadas esperando un resultado independiente a las mismas, sino que comete estos comportamientos precisamente por miedo como ánimo que domina la conducta. Por este motivo, se considera que el "ánimo por miedo" se corresponde mejor con la forma delito de tendencia, pues expresa una actitud subjetiva interna que el sujeto sufre de forma específica, donde no busca ningún resultado independiente, sino que este se produce a causa del "temor a un riesgo personal"»*<sup>62</sup>.

Además, en caso de no producirse el «elemento subjetivo del injusto» no cabría aplicar esta norma sino otras conductas que castigan similar comportamiento cuando no concurre dicha motivación. También se significa la necesidad de concretar el «temor a un riesgo personal» como grave, real e inminente, en cumplimiento del principio de taxatividad, tal y como ya puso de relieve el Informe del Consejo General del Poder Judicial, Comisión de Estudios e Informes, elevado al Pleno el 7 de octubre de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal Militar, en su apartado Vigésimo Quinto. La tipificación expresa de esta disposición de ánimo impide aplicar la exigente completa o incompleta de miedo

insuperable, pues aunque el miedo insuperable actúa como causa de exención de la responsabilidad criminal del [art. 20 apartado 6 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) dentro del elemento culpabilidad —que no como causa de justificación de la antijuridicidad— es inherente al delito, y tampoco podrá servir para atenuar la pena empleando el [art. 21.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) en aquellos casos donde el miedo no sea absolutamente insuperable para el hombre medio, en cumplimiento del [art. 67 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), es decir, «*Si el miedo era insuperable, habrá una eximente de responsabilidad del sujeto, en cambio si el miedo era superable, pudiendo el sujeto haber actuado de otra manera, pese a sufrir miedo, la exención será incompleta (STS 340/05, 8 marzo (LA LEY 1341/2005))*»<sup>10</sup>.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, en su sentencia de 20 mayo 2005 —núm. rec. 102/2004—, Fundamento de Derecho (FD) Primero, admite esta postura como puede leerse en el siguiente pronunciamiento: «*No ofrece duda que, una vez derogado el Código Penal Militar de 1945 (LA LEY 6/1945) cuyo artículo 185.10ª impedía la aplicación de dicha eximente al militar en los delitos y faltas castrenses, en términos generales cabe apreciar en los delitos militares la eximente de miedo insuperable*»; pero «*ello sin perjuicio de la legítima opción del legislador en específicos delitos —artículos 107, 110 y 113 del [Código Penal Militar \(LA LEY 15604/2015\)](#)— en los que se sanciona, precisamente, determinadas acciones que se describen como generadas por la cobardía del agente, de condición militar, en el cumplimiento de deberes y servicios cuya naturaleza exige afrontar el peligro y superar el miedo, en cuanto, en esos casos, no puede invocarse la causa de exculpación —de no serle exigible otro comportamiento al agente que lo sufre— que, según la consideración mayoritaria, constituye el miedo*»; y, en cuanto a sus requisitos, exige: «*Desde antiguo se ha definido jurisprudencialmente el miedo insuperable como un estado emotivo que perturba las facultades psíquicas impidiendo al agente el raciocinio. Su apreciación como eximente exige, según una reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo (por todas S. 30-1-2003): a) la presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto, b) que el miedo esté inspirado por un hecho real y acreditado, c) que el miedo sea insuperable, esto es, no dominable por el común de las personas, d) que el miedo sea el único móvil de la acción*».

Expuesto lo anterior, corresponde analizar el contenido del [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), al que se considera de total aplicación las anteriores anotaciones comunes que se estudiaron con ocasión de la investigación realizada sobre su precedente [art. 51 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), con el fin de valorar cómo queda configurada esta forma concreta de la figura de cobardía.

(A) Baste comenzar anunciando que la doctrina militar mantiene sin ambages el reconocimiento del «elemento subjetivo del injusto» expreso «temor a un riesgo personal» que describe el [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) en su letra, y que para este trabajo ha sido denominado «ánimo por miedo» correspondiente a la tradicional «cobardía», cuando afirma: *«El precepto comentado recoge dos acciones distintas, aunque calificadas ambas por la existencia de un propósito común que ha de concurrir —en concreto, las acciones contempladas deben estar dirigidas todas ellas a intentar eximirse del cumplimiento de un puesto o servicio— y por la concurrencia de un elemento subjetivo de la autoría de que la acción se cometa por miedo a un mal personal. Debe recordarse que todos los preceptos que comentamos se engloban bajo el título de "cobardía" y aunque se haya eliminado este término de su literalidad, expresan la necesidad de que la conducta obedezca al miedo a un mal (lo que, en definitiva, es cobardía)»*<sup>(8)</sup>.

Este reconocimiento mantiene la postura manifestada en el análisis del derogado art. 110 CPM85, donde se declaraba: *«Al igual que ya se expuso en el comentario al tratar los delitos contenidos en el artículo 107, existe también en los tipificados en el artículo 110 un elemento subjetivo del injusto, como es la cobardía con la que ha de actuar el autor. Si no concurre la misma, la actuación delictiva estaría tipificada en el artículo 117»*<sup>(9)</sup>. No ofrece duda la exigibilidad del «ánimo por miedo» como delito de tendencia que acompaña a todo el precepto como modalidad de la figura de cobardía; sin embargo, la descripción típica de esta norma obliga a valorar cada una de las formas mixtas alternativas según el modo que puede cometerse, para analizar la posible existencia de otras disposiciones de ánimo que pudieran requerir los comportamientos ilícitos, de forma similar al [art. 51 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#).

Este «elemento subjetivo del injusto» encuentra su fundamento en la propia esencia de los deberes del militar, consolidados a nivel legal por la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio (LA LEY 15634/2011), de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, donde el valor constituye una de las reglas esenciales del comportamiento militar, incluso con entrega de la vida cuando para dicho cumplimiento fuera necesario<sup>(10)</sup>.

En este sentido, se ha considerado por la doctrina que el [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) introduce dos conductas: una, sería la relativa a simular una enfermedad o lesión o emplear cualquier otro engaño; mientras que la otra sería el comportamiento referente a la autolesión, es decir, producirse a uno mismo una lesión o enfermedad; y, en ambos casos, con el fin de excusarse del puesto o misión<sup>(11)</sup>. No obstante, quisiera proponer una interpretación diferente, toda vez que la redacción del precepto pudiera permitir reconocer hasta tres formas de comisión mixtas alternativas, consistentes en: uno, simular enfermedad o lesión; dos, la autolesión; y tres, emplear cualquier engaño con el mismo fin,

que además puede recaer en cualquiera de las dos primeras modalidades, y no solo en la simulación.

Esta idea se justifica porque el engaño para intentar excusarse del puesto o misión supone una falsedad, y aunque vaya dirigido a simular una enfermedad, lesión o autolesión, cabría apreciar por esta vía otras falsedades que buscan el mismo fin de excusarse del puesto o misión, pero que son independientes a la propia simulación de enfermedad o lesión, o autolesión; por ejemplo, la falsedad que incorpora un parte médico alterado en sus datos. Otra opción sería considerar que la modalidad «cualquier otro engaño», actúa como cláusula de cierre tanto de la simulación de enfermedad o lesión como de la autolesión, porque, por ejemplo, el militar puede autolesionarse y utilizar como engaño que ha tenido un accidente de tráfico, entregando un parte falso.

No obstante, no es esta la forma doctrinal de comprensión de este delito, pues la manera de interpretar este precepto se corresponde con los siguientes requisitos: «1. *Que concurra alguna de las siguientes acciones: a) Simular enfermedad o lesión, o emplear otro engaño. b) La autolesión.* 2) *Que concurra un elemento subjetivo: que la acción se realice por temor a un riesgo personal.* 3) *Que la acción se realice con una finalidad concreta: para excusarse del cumplimiento del puesto o misión.* 4) *Que concurra un elemento temporal: que la acción se lleve a cabo en situación de conflicto armado, estado de sitio o circunstancias críticas»* [\(12\)](#).

Sea como fuere, e incluso siguiendo la postura mayoritaria por la que se considera que existen dos modalidades mixtas alternativas en el [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), en cualquier caso debe concurrir un «elemento subjetivo del injusto» en forma de «ánimo por miedo» que acompañe a toda la conducta; pero, especialmente revelador del texto transcrito es la identificación de una finalidad concreta: para excusarse del puesto o misión.

Junto con lo anterior, también deben valorarse las conductas propias de este precepto, puesto que «*En dichos supuestos la motivación de las excusas punibles está en el temor de su autor, en la cobardía que le hace obrar con engaño o producirse lesión o enfermedad para evitar cumplir esos deberes. De no existir esa cobardía, la acción delictiva queda configurada en el artículo 117*»; si bien, es importante destacar que «*La actuación engañosa, primera de las formas punibles de excusa, requiere que el medio empleado sea lo suficientemente creíble que infunda a error respecto a la realidad. De no ser así estaríamos ante un supuesto de tentativa inidónea*»; y, en cuanto a la otra forma, se considera que «*La segunda excusa delictiva que recoge el artículo 110 es la de causarse una lesión o enfermedad para evitar ocupar en el combate el puesto que le corresponde o cumplir la misión que le ha sido encomendada. La lesión puede ser de distinta gravedad, desde la que*

*requiere poco tiempo para su curación, pero suficiente para evitar acudir al puesto o misión, hasta la más grave de la mutilación. Lo mismo puede decirse respecto a la enfermedad que pueda provocarse, que puede ir desde una crónica a una curable con más o menos duración, pero suficiente para incumplir los referidos deberes»<sup>(13)</sup>.*

La doctrina actual sobre este delito mantiene la exigencia de «un doble elemento subjetivo, que en realidad constituye un elemento subjetivo de la autoría. En primer lugar, que la simulación o autolesión tenga por finalidad la excusa de un puesto o misión y, en segundo lugar, que ésta obedezca al miedo a sufrir un mal físico o psicológico. Ambos elementos han de concurrir. Una simulación motivada por otro propósito (por ejemplo, problemas de conciencia, ...) no podría constituir este supuesto de cobardía, como es lógico, porque, volvemos a insistir que aunque no se enuncie como tal todo supuesto de este capítulo debe estar regido por el miedo o temor a un mal personal»<sup>(14)</sup>.

Por tanto, analizando lo expuesto por partes, pueden extraerse las siguientes ideas: primero, el reconocimiento del «elemento subjetivo del injusto» expresado consistente en el «ánimo por miedo» como delito de tendencia; segundo, la construcción del [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) como un delito de intención de resultado cortado; y tercero, la posible introducción de otras disposiciones de ánimo por razón de la descripción típica que utiliza este precepto, donde dependiendo de la modalidad puede existir una simulación o incluso una auténtica lesión, sin perjuicio de su comisión por cualquier otro tipo de engaño.

La construcción del [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) exige, dentro de las circunstancias que regula, que el militar primero cometa una acción consistente: bien en simular una enfermedad o una lesión o emplear cualquier otro engaño, o bien en producirse la lesión o enfermedad autolesionándose, —en caso de aceptar la tercera modalidad antes propuesta, también podría entenderse el empleo de cualquier engaño con el mismo fin—; pero con la intención de buscar un resultado independiente a cualquiera de estas acciones como es: para excusarse de su puesto o misión. En otras palabras, este ilícito se configura como un delito de intención de resultado cortado, ya que el tipo no castiga la mera simulación o autolesión, sino que pretende castigar la acción que, en realidad, busca otro resultado distinto, que se corta de la acción principal, como es para excusarse del puesto o misión, que resulta ser la verdadera intención del militar.

Resta valorar si junto con esta formulación, en cada una de las modalidades de comisión pudiera apreciarse alguna otra disposición de ánimo por razón de la simulación, engaño o autolesión, que será abordado en el siguiente apartado.

(B) Corresponde, por tanto, analizar otras posibles disposiciones de ánimo que puedan concurrir en el precepto objeto de estudio. En este orden de ideas, procede comenzar con la primera de las modalidades que admite la doctrina, como es la simulación de enfermedad o lesión o cualquier otro engaño con el mismo fin, de cuya simple lectura se aprecia que existe una falsedad en la conducta. Para resolver esta cuestión debe atenderse al juego de los artículos implicados, pues el [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) castiga como delito la simple simulación o lesión para buscar la excusa como fin, y guarda una concordancia con el [art. 59 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) que castiga la «Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio»; si bien, lo que interesa en este apartado es *«El empleo del engaño que, por un lado, supone la comisión de los delitos tipificados en el artículo 110 [ahora 52] y, por otro, la producción intencionada de una lesión o enfermedad, comporta la concurrencia de un dolo directo en la actuación del autor, lo que hace imposible su comisión culposa»*<sup>(15)</sup>.

Precisamente, el derogado art. 110 CPM85 guardaba una relación concursal con el desaparecido art. 117 CPM85 que tipificaba una forma de deslealtad en su letra: *«El militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años»*; donde como puede apreciarse no resulta necesario el «ánimo por miedo» propio de la cobardía, sino que justamente por su falta sería aplicable este precepto.

De esta manera, aunque el art. 117 CPM85 estuviera integrado en el Capítulo II dedicado a la «Deslealtad» dentro del mismo Título Sexto relativo a los «Delitos contra los deberes del servicio» del Libro Segundo, se aplicaba como tipo residual respecto de aquellas simulaciones o autolesiones que tuvieran solo como fin excusarse del cumplimiento de los deberes militares; comportamiento este que ahora pudiera entenderse comprendido en el vigente [art. 55 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) que unifica los anteriores arts. 115 a 118 CPM85, o también pudiera entenderse contenido en el [art. 59 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) que castiga al militar que, para eximirse del servicio o del cumplimiento de sus deberes u obtener el cese o un cambio en la relación de servicio, se inutiliza o consiente que otra persona le inutilice por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, simula enfermedad o lesión, o emplea cualquier otro engaño; que también recoge cuando el hecho tuviere lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio o en circunstancias críticas.

Obsérvese que la excusa para el cumplimiento de los deberes militares del art. 117 CPM85 es equiparable al término eximirse, ya que según la Real Academia Española de la Lengua

este último concepto significa: «1. tr. *Librar, desembarazar de cargas, obligaciones, cuidados, culpas*»; mientras que excusar significa, en sus diversas acepciones: «1. tr. *Exponer y alegar causas o razones para sacar libre a alguien de la culpa que se le imputa*. 2. tr. *Evitar, impedir que algo perjudicial se ejecute o suceda*. 3. tr. *No querer hacer algo*. 4. tr. *Poder evitar, poder dejar de hacer algo*». Ambos términos pueden definirse como librar, en este caso, del cumplimiento de los deberes militares, diferenciándose el art. 52 respecto del [art. 59, ambos CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), por el «elemento subjetivo del injusto» consistente en el «ánimo por miedo».

En definitiva, al estimarse por la doctrina que el derogado art. 110 CPM85 guardaba relación con el art. 117 CPM85 en atención al «elemento subjetivo del injusto», y teniendo en cuenta que este desaparecido precepto parece haberse integrado en el [art. 59 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), en vez de en el refundido delito de deslealtad del [art. 55 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#); con independencia del estudio que en su momento se realice del tan citado [art. 59 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), ahora, pueden extraerse dos conclusiones: primera, que pudiera acogerse la idea anteriormente propuesta por la que el engaño actúa como una tercera modalidad mixta alternativa, en vez de afectar solo a la simulación, atendiendo a una interpretación congruente entre ambas figuras; y, segundo, aunque ahora el art. 117 CPM85 se localice de la forma indicada, su relación con el art. 110 CPM85 permite defender la siguiente transcripción, a efectos de su aplicación al [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#): «*Está integrado por el dolo específico, la intención de engañar y la finalidad fraudulenta, por una parte, de eludir un deber y, por otra, de proporcionarse la impunidad*»<sup>(16)</sup>.

Especialmente interesante resulta también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, núm. 7/2021, de fecha 16 de febrero de 2021 —núm. rec. 25/2020 (LA LEY 5170/2021)—, FD Cuarto, cuando señala: «*En el mismo sentido hemos declarado (Sentencias de 20 de julio de 2010 y 20 de enero de 2012) que: "este delito se agota con la conducta engañosa y el propósito de eximirse de sus obligaciones; sin que se exija específico perjuicio del servicio, y que éste se deje de prestar o no pueda realizarse; ya que la perfección del delito no depende del perjuicio para el servicio, pues no es un delito de resultado, sino de actividad en el marco de la lealtad exigible a los militares, en lo que concierne a la realización de los actos propios del servicio"*»; por este motivo, «*En relación con la suficiencia del engaño venimos insistiendo en que "el engaño requerido por el tipo penal en cuestión (art. 117 CPM (LA LEY 15604/2015)) ha de tener cierta entidad y además ha de ser idóneo para causar error y confundir al destinatario de la mendacidad"*».

La conducta engañosa a la que hace referencia la citada sentencia, cuyo propósito último es eximirse de las obligaciones militares, permite establecer una conexión —que no remisión— con el [art. 456 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), con la idea de valorar el comportamiento engañoso. Sobre este precepto, la doctrina ha considerado que *«El tipo subjetivo exige que el autor conozca la falsedad de la imputación. De ahí las referencias a la inveracidad subjetiva. No basta, pues, con la falsedad de los hechos que se imputan sino que es preciso que quien hace la imputación tenga la conciencia de que esos hechos no se corresponden con la realidad, STS 1193/2010, de 24 de febrero de 2011 (LA LEY 2732/2011)»*<sup>(17)</sup>.

Este artículo se refiere a la falsedad de la imputación, no aplicable al delito de simulación por cobardía toda vez que la conducta no castiga la imputación falsa de un delito; sin embargo, lo que sí puede extrapolarse es la idea sobre el dolo específico de engañar en la modalidad de «delito de expresión», pues «Según se indicó ya anteriormente, el sector doctrinal que añade el grupo de los delitos de expresión a los de intención y tendencia intensificada pone como ejemplo más representativo el delito de falso testimonio, en el cual la locución "faltar a la verdad" sería un elemento subjetivo del injusto»; así, «acogiendo la tradicional clasificación pergeñada por MEZGER, inicialmente la doctrina española mayoritaria incluyó el grupo de los delitos de expresión, caracterizados por el dato de que la acción presupone un determinado estado psíquico que se halla en contradicción con el comportamiento externo, de tal modo que la comprobación de la tipicidad obliga a comparar lo externamente ejecutado con el proceso que paralelamente se desarrolla en el mundo anímico del autor»<sup>(18)</sup>.

En relación con la conducta de simulación de delitos que regula el [art. 457 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), la doctrina pone de manifiesto que: *«El nuevo texto del Código Penal ha suprimido por innecesaria la anterior expresión "a sabiendas" para la realización de tal clase de conducta, pero es claro que ésta no podrá ser cometida más que dolosamente porque la simulación o fingimiento requieren el conocimiento de que se simula algo no existente y la voluntad de así hacerlo (283/1998, de 3 de marzo [ (LA LEY 4219/1998)]]»*<sup>(19)</sup>. Efectivamente, el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en su sentencia núm. 1221/2005, de fecha 19 de octubre de 2005 —núm. rec. 1608/2004 (LA LEY 14064/2005)—, FD Quinto, afirma: *«El elemento subjetivo que se integra con la conciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa»*.

Existe en el sujeto una conciencia de la falsedad que utiliza para conseguir sus fines, donde a través del engaño busca crear un error en su destinatario sobre la realidad, mediante una simulación que, según la Real Academia Española de la Lengua, significa: «1. tr.

*Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es*». Luego, cuando el [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) tipifica la simulación de lesión o enfermedad, lo que pretende es castigar al militar que finge lo que no es, que altera la realidad; introduciendo una cláusula de cierre mediante la expresión «emplear cualquier engaño», debiendo tener en cuenta que la definición del engaño, de nuevo según la Real Academia Española de la Lengua, consiste en: «1. m. Acción y efecto de engañar. 2. m. Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre». Así, tanto la simulación como el engaño encierran en su naturaleza un «ánimo falsario», toda vez que la prohibición del precepto recae en esa falta a la verdad o fingimiento de lo que no es real, utilizando estos medios para buscar otro fin.

Sobre este «elemento subjetivo del injusto» tuve ocasión de pronunciarme en el estudio relativo al delito de denuncia falsa de explosivos del [art. 28 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), donde propuse respecto a este ilícito que: «lo que realmente busca es el castigo del comportamiento del sujeto que actúa con "conocimiento de su falsedad", manifestando un "ánimo falsario" o "animus falsarius" ante una denuncia tan grave. Razones estas por las cuales la "discordancia" entre "lo que se sabe" y "lo que se dice" desemboca en la falsedad expresada mediante la denuncia, catalogando a este subtipo dentro de los "delitos de expresión" clasificado como una modalidad de "elemento subjetivo del injusto"»<sup>(20)</sup>.

Asimismo, y debido al modo en que puede llegar a cometerse el delito de simulación de enfermedad por cobardía, resulta adecuado acudir al [art. 390 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) donde se regula el delito de falsificación de documentos, a efectos de valorar el tipo subjetivo de este ilícito que comparte con las demás figuras de falsificación, entre ellas el [art. 392 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) que requiere el mismo dolo falsario que el concurrente en el [art. 390 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), respecto del cual la doctrina ha determinado que: «*Se exige la presencia del dolo falsario, consistente en la conciencia y voluntad de alterar la verdad documental, convirtiendo en veraz lo que no lo es, sin que se precise la presencia de otros ánimos especiales (lucro, perjuicio, etc.) cual ocurre en la falsificación de los documentos privados*»<sup>(21)</sup>.

De igual forma se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en su sentencia núm. 331/2013, de fecha de 25 de abril de 2013 —núm. rec. 1512/2012 (LA LEY 36243/2013)—, FD Cuarto: «*El dolo falsario, como hemos reiteradamente señalado, por ejemplo en la STS. 900/2006 de 22 de septiembre (LA LEY 99210/2006), que no es sino el dolo del tipo del delito de falsedad documental, concurre cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos. El elemento subjetivo, por tanto, viene constituido simplemente por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que con*

ello llegue a causarse o no un daño efectivo al bien jurídico protegido»; y concreta que: «Así lo recuerda la STS de 12 de junio de 1997 (LA LEY 6925/1997), según la cual la voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, implicando una clara mentalidad —conciencia y voluntad— de trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no lo es (en el mismo sentido STS. de 26 de septiembre de 2002, entre otras muchas)».

Téngase en cuenta que la doctrina y jurisprudencia sobre los delitos de los [arts. 456 \(LA LEY 3996/1995\)](#), [457 \(LA LEY 3996/1995\)](#), 390 y 392 CP, se ha transcrito a efectos puramente de valorar el «ánimo falsario», y no como aplicación por remisión de los citados preceptos. En particular, debido a la forma de comisión que regula el [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), especialmente en cuanto a la modalidad «emplear cualquier engaño», incluso podría suponer una relación concursal con la falsificación documental por razón del concreto medio engañoso que fuera utilizado. En este supuesto, no se trata de realizar una remisión, sino que, junto con el delito militar podría producirse una falsedad documental en caso de que la antijuridicidad de esta conducta no estuviera abarcada por el delito de simulación de enfermedad por cobardía.

Un ejemplo de esta relación puede leerse en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, núm. 110/2019, de fecha 24 de septiembre de 2019 —núm. rec. 25/2019 (LA LEY 138318/2019)—, FD Decimosegundo, que si bien referido al [art. 55 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), resulta igualmente aplicable —*mutatis mutandi*— al [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#): «nos hallaríamos, en el supuesto que nos ocupa, en realidad, ante un concurso ideal dado que en el caso de autos existió unidad de acción —en el [artículo 55 del Código punitivo marcial \(LA LEY 15604/2015\)](#) se aplica la consunción en el caso de los certificados—»; aunque declara que: «No obstante, dice, en este sentido, nuestra aludida sentencia núm. 73/2017, de 6 de julio de 2017 (LA LEY 90593/2017), y ya en relación, como hemos señalado, al delito configurado en el [artículo 55 del Código Penal Militar \(LA LEY 15604/2015\)](#) vigente, que "aunque en razón de la falsedad documental acreditada en los hechos probados, éstos pudieran también incardinarse en el delito tipificado en el [artículo 399.2 del CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), que invoca la recurrente, esto es, pudieran ser constitutivos del delito de uso a sabiendas de certificación falsa, ello no llevaría a excluir la aplicación del delito militar»; y declara como solución: «únicamente establecer la posible absorción por el tipo desleal de dicha conducta falsaria o su punición en régimen concursal, "según resulte, o no, imprescindible la falsificación para cometer el delito en su concreta concepción y dinámica ejecutiva", como apuntábamos en nuestras sentencias de 3 de mayo de 2007 y 4 de diciembre de 2009».

De lo anterior se colige la posible admisión de un «elemento subjetivo del injusto» por razón de la falsedad que exige la simulación o el engaño, que se corresponde con el «ánimo falsario» reconocido por la doctrina y la jurisprudencia en relación con otros delitos donde también se castiga el comportamiento engañoso, y cuya naturaleza resulta aplicable por equiparación a cualquier falsedad y, entre ellas, a la prevista en el [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#). Todo ello sin perjuicio de que, además, por motivo del modo de comisión, en caso de producirse junto con el delito de simulación de enfermedad por cobardía, una falsedad documental que sustente o apoye el delito militar, debiera valorarse el independiente «ánimo falsario» de este delito, que se acumula al dolo específico del delito militar, al margen de, según el caso, su correspondiente tratamiento a nivel concursal.

Por último, junto con las modalidades de simulación de lesión, enfermedad o empleo de cualquier engaño, el [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) también castiga el comportamiento consistente en producirse una lesión o enfermedad a modo de autolesión. En este supuesto, no hay una simulación, sino que se produce verdaderamente la lesión o enfermedad, independientemente de que junto con la auténtica lesión pudieran emplearse otros engaños, como por ejemplo un parte falso de baja profesional, pues aunque exista una auténtica lesión, el engaño podría consistir en establecer más días de baja que los prescritos por el facultativo. No obstante, la autolesión produce un resultado como es la lesión o enfermedad que se provoca, que obliga a valorar si este comportamiento ejecutado sobre uno mismo requiere el «ánimo de lesionar» que caracteriza a estas conductas.

Baste recordar que sobre los delitos de maltrato de obra puede concluir: *«En esta clase de conductas se identifica un dolo neutro o genérico de base o de mínimos que se corresponde con el "ánimo de agredir" o "animus vulnerandi", que supone el simple maltrato de obra que no necesita siquiera causar lesión alguna. Desde este mínimo maltrato o agresión, el recorrido que proyectan los delitos contra la integridad puede abarcar desde unas lesiones hasta la muerte como final»;* debido a ello, *«podría entenderse que esta proyección contiene un dolo mínimo que se corresponde con la simple agresión, pero que en función del resultado perseguido por el sujeto activo finalmente se produzca una lesión o muerte independiente a esa mínima agresión, que requiere un dolo específico según la verdadera intención del sujeto: bien lesionar, bien matar»*<sup>(22)</sup>.

Este tema obliga a discutir sobre el dolo que preside en el sujeto que se autolesiona, para lo cual es interesante acudir a la figura de lesiones consentidas, regulada en el [art. 155 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), donde la doctrina ha expuesto que: *«la autopuesta en peligro no excluye que un tercero pueda cooperar dolosamente a que la víctima despliegue la conducta de riesgo de la que surgirán sus lesiones, ni faltan tampoco supuestos en los que un tercero*

*despliega el comportamiento de riesgo sobre la víctima con pleno consentimiento de ésta. Sectores doctrinales sostienen que tanto la cooperación a la autopuesta en peligro, como la heteropuesta en peligro consentida, excluyen la responsabilidad del tercero»; precisamente, «Consideran que el resultado lesivo es plenamente atribuible al ámbito de responsabilidad de la víctima, no solo cuando un tercero facilita que aquella se autolesione, sino también cuando la lesión surge de una actividad de riesgo desarrollada por un tercero con el consentimiento de la víctima, siempre que: la actividad se organice con ella; la víctima sea autorresponsable; y el tercero no tenga un especial deber de protección respecto de los bienes de la víctima que resulten afectados»<sup>(23)</sup>.*

*En las lesiones consentidas se puede producir una participación por cooperación dolosa, donde parece mayoritaria la postura que considera al sujeto que se pone en peligro único responsable doloso*

De lo anterior se desprende que en las lesiones consentidas se puede producir una participación por cooperación dolosa, donde parece mayoritaria la postura que considera al sujeto que se pone en peligro o permite que un tercero le cause lesiones como único responsable doloso; en consecuencia, si la conducta dolosa se despliega por el propio sujeto que recibe la lesión, nada debiera impedir que pudiera apreciarse un «ánimo de lesionar» que manifiesta la verdadera intención del lesionado, que busca ese fin para sí mismo como resultado independiente al dolo genérico de agresión; dolo que se mantiene aunque un tercero le ayude a autolesionarse.

(C) De acuerdo con lo dispuesto anteriormente, según la clasificación que expuso MEZGER<sup>(24)</sup>, en el segundo precepto dentro de los «Delitos de cobardía» correspondiente al [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#), no solo debe reconocerse el «elemento subjetivo del injusto» expreso consistente en el «ánimo por miedo»; sino que por su construcción donde con la simulación, engaño o autolesión se busca como fin el excusarse del puesto o misión, parece correcto clasificar esta norma como un «delito de intención» de «resultado cortado». Además, por motivo de las modalidades mixtas alternativas que se regulan en este ilícito, también pudiera proponerse la concurrencia de un «ánimo falsario» debido a la simulación o el engaño, junto con un «ánimo de lesionar» que se produce cuando se provoca la autolesión.

Recuérdese que MIR PUIG diferencia entre los «delitos de intención» que se dividen, a su vez, en «delitos mutilados de dos actos» y «delitos de resultado cortado»: «Los dos primeros se distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (delito de dos actos) o a un resultado independiente de él (delito de resultado cortado)»; los «delitos de tendencia»: «no suponen

*que el autor busque algo más que está más allá de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico»; y los «delitos de expresión» que serían el «grupo formado por el conocimiento de la falsedad de la declaración»<sup>(25)</sup>.*

#### **IV. Conclusiones**

El [art. 52 CPM \(LA LEY 15604/2015\)](#) tipifica la simulación de lesión o enfermedad por cobardía, que se regula en el Capítulo I dedicado precisamente a la «Cobardía» dentro del Título IV «Delitos contra los deberes del servicio», caracterizándose este ilícito por ser uno de los tradicionales delitos militares por naturaleza.

En este trabajo se mantiene el reconocimiento de manera expresa en la letra del artículo estudiado de un «elemento subjetivo del injusto», que se corresponde con la nueva expresión «temor a un riesgo personal» en forma de «ánimo por miedo», y que acompaña a todo el precepto, donde por razón de la finalidad perseguida se construye como un delito de intención de resultado cortado. Además, debido a las modalidades mixtas alternativas que se introducen en este ilícito, también pudiera proponerse la concurrencia de un «ánimo falsario» por motivo de la simulación o el engaño, junto con un «ánimo de lesionar» que se produce cuando se provoca la autolesión.