

PRIVILEGIOS Y LIMITACIONES EN LAS LEYES SANCIONADORAS MILITARES

Francisco BLAY VILLASANTE
General Consejero Togado

SUMARIO

I. INTRODUCCION. 1. Pautas de punibilidad en el Ordenamiento Común y en el Castrense: Comparación. 1.1. Principios aplicables a los funcionarios públicos y demás ciudadanos. 1.2. Principios aplicables a los militares en el derogado Código Castrense de 1945, que rigió hasta el 31-05-1986. 1.3. Principios rectores en el vigente Código Penal Militar. 1.4. Pervivencia de las limitaciones en la Ley de Régimen Disciplinario. 2. Consecuencia: Discriminación del Militar en el Código de Justicia Militar de 1945 y también, aunque más tenue, en el actual. 2.1. Razonabilidad fundamentada de la Organización y necesidades castrenses. 2.2. Razonabilidad fundamentada en el honor militar. 2.2.1. Criterios sociológicos. 2.2.2. Derecho comparado. 2.2.3. Doctrina del Tribunal Constitucional. 3. Problemática del cumplimiento de ciertas condenas militares. 4. Conclusiones.- ANEXO UNO: Legislación Penitenciaria Militar.- ANEXO DOS: Delitos cometidos por los funcionarios públicos.- ANEXO TRES: El Honor Militar.- ANEXO CUATRO: Los Expedientes gubernativos.- ANEXO CINCO: Los Tribunales de Honor.- BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Diversos comentarios de prensa muestran de vez en cuando su indignación porque unos militares han burlado la Ley "gozando de privilegios penales", a raíz de "casos" y sucesos determinados.

¿Gozan realmente los militares de privilegios o, por el contrario, tienen limitaciones?.

Los propios militares en su mayoría lo ignoran y a buen seguro que la opinión pública afirmará sin ambages que es inherente a la condición de militar gozar de ventajosas discriminaciones.

Urge, pues, desvelar el asunto: constriéndolo a la materia penal y disciplinaria, la más importante y significativa, trasfondo, además, de los mencionados comentarios periodísticos.

Queda, naturalmente, al margen de la cuestión, la propia existencia de la Jurisdicción Militar, que no es en manera alguna ningún privilegio, pues la misma, en el ámbito estrictamente castrense, está reconocida en el art. 117.5 de la Constitución Española, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la propia Constitución asigna a las Fuerzas Armadas.

1. PAUTAS DE PUNIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO COMUN Y EN EL CASTRENSE: COMPARACION

El principio de igualdad ante la Ley, según el cual se ha de conceder a todos los ciudadanos el derecho subjetivo a recibir un tratamiento idéntico en supuestos de hecho iguales a los otorgados a otras personas, se halla consagrado en el art. 14 de la Constitución Española.

Para examinar, pues, si ello se cumple en la normativa penal vigente para los militares, se hace necesario anotar las pautas de punibilidad que rigen el Ordenamiento Común para los ciudadanos en general y para los funcionarios en particular, por ser indispensable actuar a través de un "*Tertium Comparationis*" respecto del cual la desigualdad discriminatoria pueda predicarse.

1.1. Principios aplicables a los funcionarios públicos y demás ciudadanos

Cabría sintetizar, como principales e inspiradores los siguientes:

A) No existen, desde que desaparecieron del Código Penal de 1932, penas perpetuas y retroactivas. La inhabilitación, por tanto, es en cierta forma una medida de seguridad o defensiva nacida de la necesidad de protección de futuro por parte de la Sociedad contra quien, quebrantando la confianza del Estado, ha delinquido en relación con la función asignada. Ostentar un cargo o ejercer función determinada pública, es requisito del tipo delictivo que conlleva la pena de inhabilitación. En todo caso, es una pena temporal, y como accesoria dura el tiempo de la condena principal, aparte de que dicha inhabilitación para profesión y oficio se ha limitado a aquellos casos en que éste o aquélla, guardan relación con el delito cometido. Para otros delitos, aún graves, pero sin relación con el oficio o la misión del funcionario, no es de aplicación.

B) El contenido de la pena, principal o accesoria, se ha de limitar a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la función social de la misma. La pena frena los impulsos, es preventiva y represiva. No puede ir más allá: ni benignidad ni excesivo rigor; el justo para que cumpla sus fines. No tiene más efectos directos.

C) Imperatividad del principio “*non bis in idem*”. Un sólo y mismo hecho no puede ser sancionado a la vez en distintos procedimientos por Autoridades del mismo orden.

D) Suspensión discrecional por parte del Juzgador, de las condenas impuestas, siempre que concurren determinados requisitos.

1.2. Principios aplicables a los militares en el derogado Código Castrense de 1945, que rigió hasta el 31 de mayo de 1986

A) La pena de pérdida de empleo, y la pena de separación del servicio, impuestas como principal, como accesoria o como efecto que producían para los militares determinadas penas del Penal Común, eran penas perpetuas y retroactivas, por cuanto sus consecuencias alcanzaban a situaciones anteriores a la comisión del delito, ya que producían para siempre la baja en los Ejércitos, con pérdida de todos los derechos adquiridos, excepto los de haberes pasivos. La pena accesoria común de inhabilitación –suspensión de empleo en el ámbito castrense– se convertía en una pena perpetua y retroactiva –separación del servicio– en tres supuestos: 1º) cuando la condena por delitos militares fuera superior a tres años; 2º) cuando, cualquiera que fuese la extensión de la pena, era como consecuencia de condenas por delitos contra la propiedad del Código Penal Común; 3º) cuando se condenaba al militar por delitos dolosos comunes en que se impusiera pena de prisión por más de tres años, extrañamiento, confinamiento, o inhabilitación absoluta o especial. En todos los demás supuestos, se le suspendía de empleo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, con pérdida de puestos en el escalafón. Y tanto en uno como en otro caso, aunque el delito cometido no tuviese relación con su función militar ni afectase al servicio o al ámbito castrense (Arts. 219, 221 y 231 del viejo Código de Justicia Militar).

B) El contenido de las penas castrenses, aparentemente, casi nunca se limitaba a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de sus fines. En multitud de ocasiones se castigaban con dureza conductas no muy trascendentes ni graves e incluso hechos atípicos para el paisano. Así, lo que en circunstancias normales, y realizado por un civil, solo constituiría mera imprudencia, para un militar, en el cumplimiento de sus deberes y ocasión de peligro, podía ser un delito gravísimo, castigado hasta la promulgación de la Constitución con la pena capital (Arts. 306, 388, 390 y siguientes del Código de Justicia Militar). Así, la ignorancia inexcusable podía ser delito (Art. 402), como lo era la simple indiscreción (Art. 249). El miedo, lejos de ser una causa de exención, era con frecuencia delito en sí mismo para quienes hacen del valor un instrumento moral de su profesión (Arts. 338 y siguientes). Expresiones ofensivas que en la legislación común justificarían a lo sumo una querrela privada por injurias, en el Ejército representaban, si se dirigían a un Superior, graves ataques a la disciplina y subordinación, severamente reprimidos, etc... Y aún idénticos delitos comunes –asesinato, le-

siones, homicidio, robo, hurto, estafa, etc. –, si eran cometidos por militares en las circunstancias previstas en el art. 194 del Código Marcial, se sancionaban con la pena que tuvieran señalada en el Penal Común impuesta en su grado máximo o en el grado mínimo o medio de la inmediata superior. Aún más: la mera reincidencia en faltas leves generaba una falta grave (Art. 442), y el Oficial que por segunda vez contrajese deudas con individuos de Tropa o Marinería, era separado del servicio (Art. 409), como también era separado el militar que realizare, incluso en la intimidad, actos deshonestos con individuos del mismo sexo (Art. 352).

C) Cuando actos que escapaban del todo a la eficacia del Derecho Penal propiamente dicho, producían, sin embargo, en quienes los realizaban una tacha que envolvía o podía envolver infamia social, se utilizaban los Expedientes Gubernativos y los Tribunales de Honor (Arts. 1011 y siguientes, y 1025 a 1046, respectivamente) para que el Oficial o el profesional indigno fuera expulsado del seno de las Fuerzas Armadas, que así quedarían sin tacha de honor.

D) La responsabilidad civil subsidiaria de los Ejércitos, por los hechos cometidos por los militares en acto de servicio reglamentariamente ordenado, no era la automática y preceptiva del Código Penal Común, sino discrecional, apreciada en todo o en parte en expediente no jurisdiccional y previa declaración de insolvencia del culpable, que no tiene lugar si puede ser sometido a descuento reglamentario de sus haberes. E incluso a veces se había exigido, para hacerla efectiva, la penuria de la víctima o perjudicado.

E) A los militares condenados por delitos militares no se les podía aplicar nunca la suspensión de condena, en base a razones de ejemplaridad y disciplina.

F) Hasta hace una década carecían los militares condenados de verdaderos recursos a las Sentencias y, desde luego, del de casación, introducido por la Ley 9/80, de 6 de noviembre, con tantas cortapisas, que fué necesario que el Tribunal Constitucional declarase nulas y sin efecto las limitaciones. Además, las garantías del justiciable eran mínimas, hasta el punto de que muchos Acuerdos de la Autoridad Judicial con su Auditor, de carácter procesal, eran inapelables, lo que también fué declarado inconstitucional.

G) Mientras los condenados comunes y los que cumplen en establecimientos militares condenas por delito común, redimen penas por el trabajo a partir de arresto mayor y también los privados provisionalmente de libertad, la legislación militar establece, para los militares condenados por delitos militares que por razón de la condena han de volver al Ejército, la prohibición de redimir, y por tanto, solo redimen los condenados a penas superiores a 3 años y 1 día.

H) Desde el procesamiento los militares sufren minoración económica.

I) Las condenas de los militares profesionales afectan a los baremos y calificaciones para los ascensos.

1.3. Principios rectores en el vigente Código Penal Militar

Como la vida es dinámica y la realidad sociológica cambiante, estimó necesario el legislador sustituir enfoques y algunos principios generales, para que cristalizasen en un nuevo Código Castrense adaptado a la Constitución y a los progresos de la doctrina científica, contrastado con el Derecho comparado y enriquecido con las más recientes tendencias de Ordenamiento Común patrio.

A estas razones, así como a otras de técnica legislativa y de política criminal, obedeció la reforma del Código Marcial de 1945, cristalizada en el actual Código Penal Militar, promulgado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, y que rige desde el 1 de junio de 1986.

Muy importantes son las novedades que introduce, sobre todo en orden a la separación tajante entre la materia penal y la disciplinaria, en el tratamiento diferenciador para los militares profesionales y la tropa, y en la evitación de duplicidad de tipos delictivos en los Códigos Común y Militar, donde solo se incluyen delitos militares cometidos por militares, con excepciones.

También en el tema que nos ocupa hay un novedoso cambio de actitud, significando un laudable propósito de acercamiento al Derecho Común, en aras del principio de igualdad de los ciudadanos consagrado en la Constitución.

Ello explica:

- Que los delitos que en el Código derogado se agrupaban bajo el epígrafe de delitos contra el honor militar, se repartan en el nuevo Código entre los que afectan a los deberes profesionales o al decoro, habiendo desaparecido algunas figuras delictivas, como la del art. 352 (ejercicio del homosexualismo), que cuando no constituya delito del Penal Común (violación, agresiones sexuales o estrupo), se incardina entre las faltas graves o también en causas de indignidad para instruir Expediente Gubernativo en la Ley de Régimen Disciplinario.

- La supresión significativa de los siguientes artículos del Código de 1945: el art. 194 (agravación de penas comunes en determinados casos); el art. 409 (deudas por segunda vez de Oficiales con la Tropa); el art. 411 (cuarta reincidencia de Oficiales en falta grave); los arts. 221 y 231, esto es, la imperativa aplicación de la separación del servicio como consecuencia de condenas por los llamados delitos "denigrantes" contra la propiedad, y por los efectos especiales que para los militares producían penas de la Ley Común.

- La desaparición de las penas de degradación militar y de separación del servicio en el ámbito penal, sustituida esta última por la de pérdida de empleo. Como novedad, se impone tal pena como principal en aquellos delitos que por su gravedad intrínseca lo merezcan. Igualmente, desaparece, por degradante, la pena de destino a Cuerpo de Disciplina.

- El menor rigor de las nuevas penas. Se han recortado por arriba y por abajo. Comienzan en tres meses y un día, siendo la máxima de 25 años, pero en tiempos de paz la mayoría no rebasan los seis años. No hay grados. Cada tipo delictivo fija los límites de la pena imponible.

- La responsabilidad civil subsidiaria de los Ejércitos es ya automática y preceptiva, como en el Penal Común, y desde luego por imperio de la Ley, sin cortapisas, y por el total declarado en la Sentencia.

¿Significa este cambio una nueva filosofía que socava los principios de la normativa anterior, y en especial la que protege el honor o decoro militar?.

En absoluto. Perduran la inaplicabilidad de la suspensión de condena a militares condenados por delitos militares, así como el anterior régimen penitenciario (ANEXO UNO) y los efectos “dominó” de las penas. Ciertamente es que comparando ambos Códigos, se hace patente el carácter progresivo y menos rigorista del actual Código Penal Militar y el acercamiento llevado a cabo al Ordenamiento Común y al principio de igualdad constitucional, pero ello es sin menoscabo de la tradición castrense y del culto al honor militar y a la dignidad militar, que sigue incólume en el vigente Código y en la Ley de Régimen Disciplinario. Por ello subsisten las penas perpetuas y retroactivas y el que vayan más allá de lo necesario para su finalidad social.

1.4. Pervivencia de las limitaciones en la Ley de Régimen Disciplinario

Aparte de que, como se ha dicho, persiste la pena de pérdida de empleo –similar a la antigua de separación del servicio– para penas superiores a tres años y la pena de suspensión de empleo en caso de menor punición, la propensión amparadora del honor del legislador militar se ha colado de rondón por la puerta falsa de la Ley Disciplinaria, donde se ha pensado, con acierto, que, de pervivir, tiene mejor acomodo.

Por aplicación de la misma, y en el expediente gubernativo, puede separarse del servicio al militar profesional: a) que acumule en su expediente personal informes o notas desfavorables que desmerezcan su cualificación o aptitud profesional; b) que observe mala conducta habitual o incorregible; c) que observe conducta gravemente contraria a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito; y d) que demuestre manifiestamente y con reiteración pública, una conducta contraria a la Constitución o a S.M. El Rey.

Pero es que, además, también puede separarse del servicio, al militar profesional, forzosamente por condenas por rebelión común u otro delito doloso con pena superior a seis años o con pena de inhabilitación absoluta; y discrecionalmente, por condenas dimanantes de delitos contra la propiedad (cualquiera que sea la extensión de la pena), u otro delito contra la honestidad (sic) del Código Penal Común, o cualquier otro, doloso, con tal de que la pena sea superior a tres años privativa de libertad o pena de inhabilitación. Si no se les separa del servicio, imperativamente se impondrá

la suspensión de empleo por el tiempo de la condena. Y por condenas de delito doloso común que lleve aparejada la privación de libertad (que no sea contra la propiedad u honestidad), o superiores a un año en delitos culposos, se impondrá la sanción de pérdidas de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo por tiempo de un mes a un año, o la separación del servicio, discrecionalmente cualquiera de ellas:

Cierto que lo que se ha ganado en aminoración de las desventajas discriminatorias en el Código Penal Militar, se ha perdido, quizás en mayor medida, en la Ley de Régimen Disciplinario, pues, verbigracia, se han incluido, con posibilidad de separación del servicio, las condenas por delitos contra la honestidad (hoy contra la libertad sexual), que no estaban incluidas en el Código Marcial de 1945.

Ahora bien, hay que manifestar en honor a la verdad que, al menos, la separación del servicio no es siempre preceptiva y automática, por imperativo legal, como ocurría en el Código Castrense derogado, sino discrecional, consecuencia de un expediente gubernativo que únicamente puede resolver el Ministro de Defensa, en que se tienen en cuenta las concepciones profesionales y la Hoja de Servicios, y que además es sanción extraordinaria recurrible en vía contencioso-administrativa.

Tal separación del servicio, impuesta en expediente gubernativo por conductas graves no constitutivas de delito, o por ciertas condenas, no vulnera el art. 14 de la Constitución, por formular más rigurosas exigencias de juricidad a unos tipos de infracciones disciplinarias cometidas por los militares, por una parte, porque no hay desigualdad —otros funcionarios públicos tienen parecida sanción en vía disciplinaria—, y por otra, porque de existir tal desigualdad sería razonable y fundada, habida cuenta de la singular naturaleza de la profesión castrense, que en palabras del Tribunal Constitucional “ha de tener sujeción a un sistema normativo de determinados valores”.

Distinto problema hubiera representado su supervivencia en el Código Penal Militar, pues pese a la doctrina sentada en alguna ocasión por la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, en el sentido de que los antiguos artículos 221 y 231 del Código Marcial no podían estimarse discriminatorios habida cuenta de que tales preceptos sólo contemplaban un “plus” de antijuricidad para ciertos delitos cometidos por militares, al igual que el Penal Común se manifiesta bajo similares criterios para ciertos delitos cometidos por facultativos (arts. 415 y 469), o por funcionarios (arts. 250, 403, etc.), es lo cierto que los casos de delitos del Penal Común que ejemplificaba la Sala de Justicia llevan todos incluidos en el tipo la específica condición de ser cometidos por determinados funcionarios o facultativos, mientras que los delitos contra la propiedad u otros comunes, no contemplaban tal condición esencial.

Cabría afirmar, por tanto, que dichos arts. 221 y 231 del antiguo Código Marcial contenían una norma penal discriminatoria y desventajosa para los militares, ya que les privaba, de cometerlos, para siempre, del ejercicio de

su profesión y de su medio de vida, por conductas ajenas a lo castrense, y por delitos en cuya tipicidad no se exigía ser militar, lo que jamás –en vía penal– ocurre con los restantes funcionarios públicos. (ANEXO DOS).

Hoy han desaparecido dichos preceptos del Código Penal Militar.

2. CONSECUENCIA: DISCRIMINACION DEL MILITAR EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE 1945 Y TAMBIEN, AUNQUE MAS TENUE, EN EL ACTUAL

La comparación evidencia que algunos de los principios que rigen en el Ordenamiento Común, no son de aplicación en su totalidad y pureza a los militares. La discriminación penal, pues, de los militares es real. Y desventajosa.

Ahora bien, las anotadas diferencias respecto al Ordenamiento Común ¿significan realmente desigualdad inconstitucional ante la Ley del militar, por ser arbitrariamente riguroso el Código Castrense, o son simplemente limitaciones razonables consustanciales con la pertenencia a las Fuerzas Armadas, que no necesariamente implican discriminación inconstitucional?.

Una contestación correcta precisa de matices y de profundización en otros aspectos ocultos de la cuestión planteada.

2.1. Razonabilidad fundamentada en la organización y necesidades castrenses

Efectivamente: el Derecho Militar, que es un Derecho especial y con características propias, es cierto que debe tender a equiparse al Derecho Común con el menor número de disonancias posibles dada su especificidad, pero no necesariamente sus principios han de ser idénticos a tal Ordenamiento, ni pueden serlo, “al exigir la profesión castrense, por su especial naturaleza, una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, enmarcada en la unidad y la disciplina, que imponen una vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia, y que es factor de necesaria conexión que obliga a todos por igual, como claramente se deriva de las Ordenanzas Militares vigentes en sus arts. 1, 10, 11, 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203, entre otros” (Auto nº 121 de 1984 y Sentencia nº 97 de 1985 del Tribunal Constitucional, que establecen, en esencia, que el art. 8º nº 1 de la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas misiones de tal importancia y trascendencia, que exigen el reconocimiento en el art. 117.5 de la Constitución de la Jurisdicción Militar específica en el ámbito castrense, *diversa por sus peculiaridades a la Jurisdicción Ordinaria*).

El rigor pues, descrito, que impregna sus principios rectores, no quiebra, necesariamente, el imperativo constitucional de igualdad ante la Ley de todos los ciudadanos, toda vez que imperiosas necesidades castrenses limitan, lícita y razonablemente, la igualdad, y porque sosteniéndose la Institución Armada en los pilares del deber, la obediencia y la disciplina, son todos los Códigos Penales Militares rigurosos y en algún aspecto discriminatorios, al objeto de no resquebrajar ni agrietar tan fundamentales pilares.

Otra cuestión distinta es la de indagar si todas y cada una de las limitaciones que tanto el Código Castrense Español de 1945 como el vigente y la Ley Disciplinaria imponen al militar, son necesarias, es decir, si existiendo, como existen, evidentes diferencias de trato respecto de los funcionarios y demás ciudadanos, estas son justas, razonables e ineludibles, cuando no se basan en la organización y necesidades castrenses.

2.2. Razonabilidad fundamentada en el Honor Militar

Entra aquí en juego, como otro pilar de la Institución Armada Española, el concepto del honor militar. (ANEXO TRES).

El culto al honor se hunde en las raíces más remotas de la historia del Ejército Español e insufla toda la legislación militar, desde el "*liber Iudiciorum*", Las Partidas del Rey Sabio, las "Costums del Mar", hasta las Ordenanzas que, a partir de 1701, fueron establecidas para los Ejércitos, en especial las de la Armada de 1748 y 1793 y las del Ejército de 1768 y 1800.

Las vigentes Reales Ordenanzas ponen su acento "en el sentimiento del honor, que impulsa a obrar siempre bien y ha de llevar al militar al más exacto cumplimiento del deber", y de sus preceptos (arts. 25, 27, 28, 29, 31, 36, 42, 72, 77, 78, 122 y 152, entre otros), se infiere que para el militar no basta el mero y correcto cumplimiento de sus deberes profesionales. Las reglas que contienen, puesta al día de una honda y sentida tradición, exceden de las simples reglas deontológicas de cualquier cuerpo funcional o profesional. Van más allá. Imbrican al militar en el culto a virtudes y abnegaciones que rebasan el fiel cumplimiento del deber. Esto no basta. Es necesaria una conducta intachable, ejemplar y virtuosa en todos los órdenes, tanto castrense como civil, público o privado, una especie de "camino de perfección".

Tales exigencias de virtud, superación y ejemplaridad no son meras expresiones retóricas, sino que tienen su concreción en el Código, en sus delitos, penas y correctivos y en un conjunto de disposiciones que defienden con vigor esa fortaleza del honor militar: bien duplicando delitos del Código Penal Común o trasladando sus tipos para castigarlos más severamente; bien calificando como delitos conductas poco trascendentes e incluso irrelevantes para los paisanos; bien adicionando unas accesorias gravosísimas y unos efectos especiales (en la Ley Disciplinaria) para los militares profesionales condenados a penas comunes, estableciendo círculos concéntricos acumulativos en torno al honor militar, a manera de filtros o fosos para que nadie con tacha o infamia pueda seguir perteneciendo a la honrosa carrera de las Armas. (ANEXOS CUATRO Y CINCO).

En definitiva, la legislación militar en la actualidad, aún se basa, como hasta hace poco, en el siguiente principio: cualquier delito, militar o del Penal Común, cometido por un militar, deteriora el honor de la Institución Armada, y por lo tanto, el culpable ha de ser erradicado de sus filas o

castigado con severas penas. Lo mismo ocurre aunque su conducta no sea delictiva, si es indigna o transgrede el decoro exigible a las clases militares.

Ello explica, no solo la existencia ya comentada de preceptos como los arts. 28 y 29 (acesorias de las penas militares) del Código Penal Militar, y el Título V de la Ley Disciplinaria (expediente gubernativo) sino que se dedique el Capítulo VIII del Título VI del Libro II del Código Penal Militar a los delitos contra el decoro militar, que les imponen la actuación profesional más acrisolada, así como las faltas graves contra el decoro militar, números 18, 19, 20, 21 y 22 del art. 9º de la Ley Disciplinaria, en relación con los deberes que al respecto imponen al Militar las Reales Ordenanzas, y que son, en síntesis: el valor heroico, el compañerismo más puro y la actuación profesional más limpia.

Cabe preguntarnos, lógicamente, si esa repetitiva protección del honor, en la normativa castrense, es ineludiblemente necesaria para los fines y misiones del Ejército, y en concreto, si la desigualdad ante la Ley que ello genera, es razonable.

Como mi propósito es huir en lo posible de juicios de valor subjetivos, me limito a exponer al respecto el criterio prevalente sociológico, el que conforma el Derecho Comparado y la doctrina del Tribunal Constitucional.

2.2.1. Criterios sociológicos

Algunos militares y comentaristas de Derecho Militar, apuntan que el código de honor militar ya no es exigencia de la sociedad contemporánea y de la realidad sociológica imperante, sino propia e indeclinable imposición de los propios miembros de la Institución Armada, sentida como algo consustancial con el ser y actuar castrense. En su consecuencia, estiman que no precisa de protección penal para ser sentido y vivido, porque los componentes del Ejército Español, por tradición, vocación y formación sienten con orgullo respeto y apego a unas virtudes tradicionales que les prestigian, aún cuando la sociedad civil no las acepte para ella, ni se las exija ya a los militares, deseando tan sólo un Ejército profesional, dotado de medios, con personal preparado, operativo, fuerte y disciplinado, pero cuyos miembros tengan iguales derechos y obligaciones al resto de los ciudadanos.

El legislador de la reforma militar, posiblemente conectando con este pensamiento, ha suprimido toda referencia al honor militar en el Código Penal, y ha podado del mismo casi todos los preceptos que lo protegían, que sin embargo perviven, incluso aumentados, en la Ley del Régimen Disciplinario, donde ha entendido que el honor, el decoro y la dignidad militar tienen mejor cabida para su protección.

Otros militares, en cambio, estiman que el honor es consustancial con la Milicia, ahora y siempre, y ha de ser defendido tanto en el orden penal como en el disciplinario, para que el Ejército no pierda nunca su esencia y su rica tradición.

2.2.2. *Derecho comparado*

El Derecho Militar de los países que nos son más afines, muestra un objetivo de aproximación al Ordenamiento Común, integrando el Derecho Militar positivo en el ordenamiento jurídico general con el menor número viable de discrepancias.

La Ley Penal Militar alemana de 30 de marzo de 1957, pionera al respecto, tiene la característica de incluir solo delitos militares cometidos por militares; la separación del derecho sustantivo del adjetivo y del disciplinario; la simplificación (solo contiene 48 artículos); la benignidad de las penas y la remisión constante al Derecho Penal Común. Es significativo su art. 48 y último: "los Oficiales y Suboficiales, tratándose del servicio militar, se equiparán a los funcionarios públicos en cuanto a la aplicación de los preceptos del Código Penal Común". Esta Ley fué sustituida por la de 24 de Mayo de 1974, reformada por Ley de 21 de Diciembre de 1975, de parecidas características, y aún más drástica, pues no existe Jurisdicción Militar propiamente dicha y los delitos militares son juzgados por los Tribunales Ordinarios de cada "Länder".

La Ley nº 82/621, de 21 de julio de 1982, ha reformado profundamente el Código de Justicia Militar francés. La Jurisdicción Militar en Francia solamente existe para tiempo de guerra y en los casos en que el Ejército francés esté fuera del territorio de la República.

También en Italia la Ley nº 180, de 7 de mayo de 1981, establece, en los supuestos de tiempos de paz, que el Tribunal de Instancia estará compuesto por dos Magistrados Militares y por un Oficial, variando éste según el grado del procesado. Los Magistrados, que dependen del Ministerio de Justicia, son permanentes, mientras que el Oficial es elegido por sorteo y su actuación es solamente por un lapso de tres meses. El Código Militar se informa de los mismos preceptos que el Común.

El Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos es autosuficiente y completo, pues contiene delitos militares y comunes. Si no fuese así, dado que cada Estado tiene Código Penal propio, aplicaría cada vez, según su ubicación, una Ley Penal distinta, dando lugar a desigualdades, pues los delitos, y sobre todo las penas, varían en cada uno de los diversos Estados.

En ninguno de estos Códigos, ni en los restantes de Occidente, se hace mención expresa a los delitos contra el honor militar, incluyéndose solo delitos contra la disciplina, la obediencia y los deberes profesionales.

Por contra, las Leyes penales militares de los países hispanoamericanos recogen, y acentúan, los principios, caracteres y peculiaridades del anterior Código Castrense español. Sirva como muestra, pese a la ideología del régimen allí imperante, la Ley Penal Militar cubana promulgada por Fidel Castro el 30 de septiembre de 1966; entre sus penas se encuentran la expulsión de las Fuerzas Armadas, que se impone como accesoria en todos los casos

en que se dicte sanción principal de privación de libertad por delito “denigrante” (traición, espionaje, cobardía, pederastia, falsedad, malversación, fraude, etc., y en general, todos aquellos que afecten a la reputación moral del aforado o provoquen en el concepto público o dentro de las Fuerzas Armadas revolucionarias la repulsa del mismo), y también por cualquier delito castigado con pena privativa de libertad superior a seis meses.

2.2.3. *Doctrina del Tribunal Constitucional*

Dicho Tribunal, en su Sentencia 54/1983, de 21 de junio, denuncia la desigualdad de trato entre las esposas e hijos de militares y la de los funcionarios civiles, empleados y demás ciudadanos, en los derogados supuestos de embargo por alimentos, “desigualdad patente, sin que pueda deducirse una causa razonable que la explique”, declarando inconstitucionales los preceptos del anterior Código castrense que la establecían, como después ha hecho, reafirmando tal doctrina, en los supuestos de embargo por contratos. Ha entendido que tales preceptos eran discriminaciones en favor de los militares, suprimiéndolos, por no ser razonables.

Las peculiaridades castrenses que el referido Tribunal admitió, diversas a las que inspiran la legislación común, tenían su motivación en las relaciones existentes entre el personal militar en sus diferentes grados, “al exigir la profesión castrense una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, enmarcada en la unidad y la disciplina”.

No hace mucho, en una importante Sentencia, resolviendo un recurso de amparo por condena de un Jefe por delito contra el honor militar del derogado art. 352, en su modalidad de cometer actos deshonestos con individuos del mismo sexo, el Tribunal Constitucional, ampliando las razonables desigualdades, ha declarado: “que la inconstitucionalidad del art. 352 no puede aceptarse, pues no incrimina la homosexualidad en sí misma, sino los actos deshonestos... y en los delitos militares contra el honor militar el bien jurídico protegido guarda relación con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense..., dentro de la que destaca la condición o “*status*” del militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de forma muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible disvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una Institución como la Militar, que no acepta los móviles que estima deshonorosos y que inciden en el sistema de disciplina y respeto porque se rige, y que es preciso preservar”. (Auto nº 359/84, de 11 de julio).

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 107/1986, de 24 de julio, desestimó el amparo de un Brigada que por cometer delito de estafa y ser condenado a la pena de cinco meses de arresto mayor, fue separado del servicio en virtud del art. 221 del antiguo Código Castrense. El Alto Tribu-

nal rechaza la conculcación del art. 14 de la Constitución con los siguientes razonamientos: “el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal Militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar en los términos señalados, como ya declaró este Tribunal en su Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre F.J.2.”...; “el hoy recurrente utilizó su pertenencia a las Fuerzas Armadas, en calidad de Brigada para fines delictivos, esto es, para facilitar la comisión del delito de estafa por el que fue condenado, sirviéndose de su condición de militar para inducir a engaño tanto a los soldados de su unidad como a los proveedores de la misma, y apropiándose fondos procedentes del Destacamento de pago, con lo que, además de daño a los intereses generales protegidos por la ley penal común, originó también un daño concreto indiscutible al servicio de las FAS, que justifica suficientemente la imposición de una pena específica, como es la separación del servicio. La diferencia de tratamiento de que ha sido objeto el hoy recurrente, al aplicársele el art. 221 del Código de Justicia Militar, que agrava la sanción prevista para los delitos de estafa cometidos por no militares no resulta así falta de justificación ni puede calificarse de discriminatoria”. “No se muestra, por lo indicado, contraria al principio de igualdad en el presente caso la aplicación del plus de penalización previsto en la legislación militar anterior a la reforma efectuada por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, por la que el legislador ha variado el régimen de las penas accesorias aplicables a casos similares al presente. Y, en consecuencia, no procede considerar que se haya producido discriminación por la imposición de una pena que responde a la finalidad de garantizar el buen servicio de las Fuerzas Armadas y, por ende, el mejor cumplimiento de los fines a éstas encomendados. Por todo lo cual no resulta necesario cuestionar la constitucionalidad del precepto en virtud del cual dicha pena es impuesta.”

Y es que dada la especificidad de la Jurisdicción Militar y la especial naturaleza de sus delitos “no necesariamente sus principios han de ser idénticos a los del Ordenamiento Común”. (Auto nº 121 de 1984, y Sentencia nº 97 de 1985 del Tribunal Constitucional).

En definitiva, más que en los criterios sociológicos, divididos, o en el Derecho Comparado, se ha de fundamentar la razonabilidad y necesidad de las limitaciones penales del militar en la doctrina del Tribunal Constitucional, que la ha refrendado, tanto en base a la peculiar organización castense, como en la sujeción de los militares a un sistema particular de valores, en los que tiene cabida lógica el honor militar.

3. PROBLEMATICA DEL CUMPLIMIENTO DE CIERTAS CONDENAS MILITARES

En cuanto a que los militares deban cumplir sus condenas por delito militar y por delito común que no lleve aparejada su baja en el Ejército, en

Establecimiento militar y cuando la pena lleve aparejada tal baja en establecimientos ordinarios con separación del resto de los penados, no es propiamente tampoco una ventajosa discriminación, pues en un caso, si han de volver luego a las filas del Ejército, casaría mal con el resto de exigencias que la legislación militar impone al aforado, fundamentadas en el honor, que luego de estar en contacto con delincuentes en cárceles comunes, y quizás con subordinados, se reintegrasen al seno de las Fuerzas Armadas. En el otro supuesto es una desigualdad razonable, como ocurre con los Jueces y los miembros de la Policía, que han de estar separados del resto de los condenados.

Lo importante, en toda condena privativa de libertad, es el cumplimiento de la misma, y no es válido escudarse en la actual vejatoria situación de las prisiones comunes, considerándola normal y congruente con la pena, para aducir privilegios de los militares que cumplen en Establecimientos dignos, como deberían ser todos.

En cuanto a la inaplicabilidad de los beneficios de la suspensión de condena para los reos militares por delitos militares, ésta sí es discriminación, y no del todo razonable, con quiebra de las orientaciones de la moderna Penología y de la "ratio legis" de la institución, al mezclarse delincuentes comunes, drogadictos, etc... con condenados por delitos puramente militares, con el peligro consiguiente, sin que razones de disciplina la aconsejen, puesto que cuando tales razones hayan de prevalecer en un caso determinado, bastaría hacer uso de la discrecionalidad y no conceder el beneficio.

4. CONCLUSIONES

Primera.— Han existido hasta hoy —y más en el Código Castrense derogado— desigualdades penales entre los militares y los demás funcionarios y ciudadanos, que significan limitaciones y desventajosas discriminaciones para los primeros. Sin embargo, la mayoría de ellas no quebrantan el principio de igualdad preconizado por el art. 14 de la Constitución Española, por cuanto son razonables, necesarias y fundadas en la especial naturaleza y organización de la Institución Armada. Cuando la discriminación era irrazonable y arbitraria, el Tribunal Constitucional la ha declarado inconstitucional. Cuando provenía de una normativa castrense contraria a los principios constitucionales, el legislador de la reforma la ha suprimido, estableciendo parecidos principios a los del Ordenamiento Común, sobre todo en el ámbito penal y procedimental.

Segunda.— El cumplimiento de ciertas condenas en Establecimientos penitenciarios militares, ni es una discriminación ni un privilegio. El régimen penitenciario militar es diferente al común, y en ciertos aspectos desventajoso, pero razones objetivas de índole castrense hacen razonable tal discriminación, que, de todas formas, va paulatinamente diluyéndose.

Tercera.— Las gravosas desigualdades en las leyes sancionadoras de los militares, aún cuando estén fundamentadas y sean constitucionales, deberían conocerse por los propios miembros de los Ejércitos y, sobre todo, por la opinión pública, en evitación de campañas difundidoras de supuestos “privilegios”, basadas en la desinformación o la mala fé, pero que en todo caso distancian la sociedad civil del Estamento militar, creando recelos.

Cuarta.— El honor militar, guía moral de la conducta de todo militar y fundamento de alguna de las apuntadas limitaciones, está vivo en los miembros de la Institución Armada, y debe ser incentivado y protegido. Pero para que su protección no genere desigualdad inconstitucional, su defensa ha de ser reglada en el Derecho Disciplinario, tal como lo ha entendido el legislador de la reforma hoy vigente.

Quinta.— Aún cuando tal reforma ha sido progresista y modernizadora, contiene aún inercias, miedos y rémoras. Un paso decisivo más consistiría en suprimir la accesoria de pérdida de empleo en el nuevo Código Penal Militar, de tal forma que dicha pena fuese siempre principal para aquellos delitos cuya gravedad intrínseca lo merezcan, y para los demás delitos militares sólo se aplicase la accesoria de suspensión de empleo por el tiempo de la condena.

También, en la Ley de Régimen Disciplinario, sería bueno liberarse del culto del honor por la fuerza en aras del honor voluntario y digno. Someterse al código del honor no debe ser un acto pasivo, sino un ejercicio voluntario condicionado por una convicción interior, pues el secreto de que todos cumplan con su deber de perfección no es imponérselo, sino convencer a los que han de cumplirlo. La protección del honor militar en la Ley Disciplinaria es innecesariamente rigurosa y repetitiva: bastaría, para los desaprensivos, con establecer como única causa de incoación de Expediente Gubernativo la de “observar conducta gravemente contraria a la disciplina, servicio o dignidad militar”, para ser suficiente su protección, pues las otras causas están implícitas en ésta.

Sexta.— Sería deseable la promulgación de otras Leyes que equipararan a los militares con los paisanos en otro aspecto importante derivado del ámbito penal: la suspensión de condenas, el régimen penitenciario en general y la redención de penas por el trabajo en particular, cuya normativa militar, en comparación con la que rige en el ámbito Ordinario, es a veces desfavorable para los condenados militares.

Séptima.— Por los aludidos motivos, hay que preconizar ya la reforma de la reforma que se inició en 1985, en el sentido aludido, con el objetivo de lograr un acercamiento aún mayor al Derecho Común, y sobre todo, para evitar la existencia, en lo plausible, de dos clases de ciudadanos bien diferenciadas: la de los civiles y la de los militares, con el peligro de que éstos patrimonialicen valores que son del acervo común. Para este camino a recorrer en la equiparación, la mente del legislador no debiera estar pendiente de las presuntas consecuencias de su actividad normativa: si una Ley

es necesaria, justa y razonable, y tiene por finalidad la equidad y el bien común, no debe dejar de dictarse. La vara de la Justicia ha de medir a todos por igual, y ni la tradición o los conservadurismos, ni las consideraciones de cualquier índole, pueden prevalecer y sobreponerse a consideraciones de orden más elevado, en definitiva, al triunfo de la Justicia, con mayúscula.

Octava.— Urge acometer estas reformas —también la reforma de la Ley Procesal Militar que entró en vigor por Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, y que no recoge las innovaciones de la Ley 7/89 de puesta al día de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— por cuanto es de todo punto necesario un acercamiento, una menor disonancia entre la normativa —penal, disciplinaria y procedimental— ordinaria y castrense, en lo posible, si queremos que las Fuerzas Armadas estén imbricadas en la sociedad y conectadas con la realidad social, restañando las heridas del actual momento histórico de lamentable divorcio entre la sociedad civil y el estamento militar. Solo (a salvo siempre la especificidad razonable de lo castrense) considerando a los militares como ciudadanos normales sin privilegios ni desventajosas discriminaciones, a cuestas con sus derechos y obligaciones, si no idénticos, parecidos a los de los demás, y considerando a quienes forzosamente se incorporan a la vida castrense —los muchachos del servicio militar obligatorio que el pueblo entrega a los militares para que aprendan el manejo de las armas— como titulares de derechos inviolables, aunque limitados, durante su permanencia en filas, podremos hacer posible, al menos, el respeto y aceptación de las F.A.S. por los españoles. Un Ejército afín a los de nuestro entorno cultural, moderno operativamente, y lo que quizás es igual de importante, moderno en su aspecto legal y moderno de talante.

ANEXO UNO

LEGISLACIÓN PENITENCIARIA MILITAR (*)

Se han de hacer las siguientes consideraciones:

1ª.— La entrada en vigor de la Constitución de 1978 ha implicado —como en otros campos— la reforma de los presupuestos penitenciarios.

La Constitución ha plasmado: a) que la materia penitenciaria se regule por Ley Orgánica (arts. 53.1 y 81.1); b) que sean los Jueces y Tribunales los que asuman expresamente la función de hacer ejecutar las penas privativas de libertad (art. 117.3); c) que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social y que los condenados gocen de los derechos fundamentales, con las limitaciones del fallo, la pena y la ley penitenciaria (art. 25.2).

(*) Al hilo de un trabajo sobre el tema de Pascual García Ballester, en "Memoria de la Fiscalía Togada", Año 1984-85.

2ª.- En cumplimiento de estos mandatos, la legislación común ha modificado la dispersa normativa anterior, mediante la promulgación de un conjunto de disposiciones de distintos rango, que arrancan con la Ley Orgánica nº 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario nº 1201/1981, de 8 de mayo, modificado por Real Decreto nº 787/1984, de 28 de marzo; se continúan con las reformas del Código Penal en materia de redención de penas por el trabajo de 1963 y por Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, y con la Ley Orgánica nº 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se complementan con resoluciones e instrucciones del Organismo de Gobierno del Poder Judicial, y por último, con resoluciones del propio Tribunal Constitucional. También hay que hacer mención al Anteproyecto de Código Penal de 1983, y al nuevo Anteproyecto, en que se tiende a un acortamiento de las penas y a la desaparición de la redención de penas por el trabajo, de acuerdo con las nuevas orientaciones penológicas.

3ª.- Los principios rectores de la Ley General Penitenciaria y demás disposiciones y resoluciones concordantes, tienden, por una parte, a la protección de los derechos humanos o fundamentales de los condenados (derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad, a la libertad religiosa, a la no discriminación, a la propiedad, a la educación, al trabajo, a la Seguridad Social, al derecho de reunión en determinadas circunstancias, a los derechos políticos, etc...); y por otra, a la protección de los derechos penitenciarios, es decir, el derecho a obtener tratamiento penitenciario encaminado a la consecución de la reeducación y reinserción social (y conexas con éste, otros derechos, como el de no ser mantenido en un grado inferior del sistema penitenciario del que sea merecedor, a los permisos de salida, coexistencia, legalidad disciplinaria, redención de penas por el trabajo, libertad condicional y asistencia penitenciaria).

4ª.- Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (creados por el art. 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) constituyen la pieza angular de toda la reforma. Esta figura, que dá cumplimiento al postulado constitucional del art. 117.3 de la Constitución, y que la Ley Orgánica del Poder Judicial nº 6/1985, de 1 de julio, incluye dentro del orden jurisdiccional penal, tiene, como principales funciones, las de asumir las de los Jueces y Tribunales sentenciadores en orden a la efectividad de las penas privativas de libertad, resolver las propuestas y revocaciones de libertad condicional, aprobar las propuestas de acortamiento de condena, aprobar sanciones de aislamiento, resolver recursos en materia de sanciones disciplinarias y de clasificación, autorizar los permisos de salida y conocer del paso de penados a establecimientos de régimen cerrado. Es decir, mediante su creación, se ha llevado a cabo la judicialización casi completa de la ejecución penal, y por ello se han establecido contra sus resoluciones un sistema de recursos jurisdiccionales de ámbito penal (reforma, apelación y queja).

5ª.- En la normativa militar, el cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad se contiene en el vigente Código Penal Militar aproba-

do por Ley Orgánica (arts. 350 y siguientes), en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 3331/78, de 22 de diciembre, y en la Instrucción Penitenciaria Militar aprobada por O.M. 45/1987, de 23 de julio. La Redención de penas por el trabajo en el ámbito militar se regula en el Decreto Ley de 1 de febrero de 1952, modificado por Ley nº 175/1965, de 21 de diciembre.

6ª.- Dicha legislación penitenciaria militar, en parte es diferente a la ordinaria.

Concretamente, por que:

- No se regulan ni establecen muchos de los derechos fundamentales y penitenciarios.

- Falta un desarrollo normativo para la consecución de la labor educativa y de readaptación a las Fuerzas Armadas y vida social, que se pretende como fin.

- Está ausente un completo sistema de tratamiento de internos, que incorpore las nuevas nociones en la materia, y un cuadro de personal técnico (psicólogos, psiquiatras, pedagogos, etc..., que lo posibiliten).

- Es insuficiente la clasificación teórica de los establecimientos (la división entre penitenciarías y prisiones, no responde a la realidad, echándose en falta los "especiales").

- Hay lagunas e indeterminación normativa en materia de competencias.

- Sobre todo, es insuficiente la regulación del sistema del trabajo. Así, los arts. 78 al 96 del Reglamento Penitenciario niegan a los Oficiales y Suboficiales la posibilidad de percibir remuneración por él, ni redención de penas por el trabajo (lo que no es exacto). Así, está ausente una cobertura de Seguridad Social.

- Está insuficientemente regulada la materia educativa.

- El Real Decreto nº 135/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa, guarda silencio respecto al tema penitenciario, porque solo contempla Direcciones Generales y no Secciones.

- No existe Juez de Vigilancia hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio. Sus funciones se concretan ya en la Ley Procesal Militar (art. 357 y siguientes). La redención de penas por el trabajo estuvo atribuida a un órgano no jurisdiccional como es la Junta Central Militar de Redención de Penas, regulada por el Reglamento de 1952, y que desde su creación adoleció de falta de medios, personales y materiales, suplidos con una labor eficaz y constante. Los recursos, por tanto, a sus decisiones, eran puramente de carácter administrativo.

7ª.- La legislación militar relativa a las condenas y al régimen disciplinario es distinta y más rigurosa respecto a la que rige para los condenados por la Jurisdicción Ordinaria y para los condenados por la Jurisdicción Militar por delitos comunes. Así:

- La suspensión de condena por delitos militares solo se aplica a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos. Aunque la Sala de lo Militar ya ha

fijado la doctrina de que se ha de atender al momento de la firmeza de la Sentencia, y no al de comisión del delito, es decir, que reos son los condenados, y por ende a los soldados licenciados al adquirir firmeza la sentencia, al no ser ya militares, se les *puede*, si reúnen los demás requisitos, suspender el cumplimiento de la condena. (SS. Sala V de 12-11-1990 y 11-12-1990).

– No pueden redimir penas por el trabajo los militares condenados por delitos militares a penas inferiores a tres años y un día, que las han de cumplir íntegramente. (La Asesoría Jurídica General de Defensa, en dictamen de 2 de agosto de 1984, confirmó la exclusión de tales condenados, pese a la reforma del art. 100 del Código Penal Común por Ley Orgánica nº 8/83, de 25 de junio).

– No se posibilita que los condenados, a la edad de 70 años, o con enfermedades muy graves, sean excarcelados, si no han cumplido la mitad de la pena que les resta por cumplir. Al cumplirse tal última condición, que equivale a estar en el tercer período, se les puede excarcelar. (Auto Sala V de 19-08-1988).

– Subsisten las lagunas e insuficiencias comentadas anteriormente, pese a la vigencia de la Constitución desde 1978.

Por todo lo anteriormente expuesto, se estima conveniente la necesaria adaptación –a salvo razones de especificidad militar– de esta normativa militar a los postulados constitucionales. Las Fuerzas Armadas no constituyen un mundo aparte de la sociedad y por ello debería homogeneizarse en esta materia –en lo posible– la legislación militar y común y equiparar los derechos de todos los condenados, militares y paisanos, sin restricciones que ni en la disciplina castrense ni en el servicio tengan un fundamento razonable.

Ahora bien, se está ya en el camino deseado, y por ello, con el fin de adaptación a la Ley General Penitenciaria, se han dado ya los primeros pasos, concretados en la citada Orden Ministerial 45/1987, de 23 de julio, por la que se aprueba la Instrucción Penitenciaria Militar que ha venido a regular apartados de gran importancia dentro del régimen penitenciario como son las comunicaciones de los internos, tanto escritas como orales y telefónicas; comunicaciones personales especiales; recepción de paquetes y encargos, permisos de salida, así como el régimen sancionador de aislamiento en celda, todo ello en un eficaz intento de adecuar el régimen penitenciario militar a los principios básicos emanados del Texto constitucional, y hacerlo menos disonante con el Ordenamiento Común, sin óbice de la distinta regulación que demandan el ámbito castrense y la disciplina.

Un paso más ha sido la indirecta creación del Juez de Vigilancia por la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, en cuyo artículo 61-4 se encomiendan a los Juzgados Militares Territoriales “la vigilancia judicial penitenciaria en relación con los establecimientos penitenciarios militares y sus internos”, la ya mencionada Ley Procesal, donde se instaura la figura del Juez de Vigilancia, y las Ordenes 44/88, de 30 de mayo, y 29/89, de 28 de marzo, desarrollando la Instrucción Penitenciaria Militar de 1987.

A la vista de cuanto se ha expuesto, parece posible concluir que si los principios básicos de la Ley General Penitenciaria deben ser aplicados –con alguna excepción– también en la Jurisdicción Militar, ello se está llevando a cabo de manera paulatina pero evidente, tanto en Disposiciones ya promulgadas como en otras de próxima vigencia, sin que sea descalificador el hecho de que no exista una total identidad entre el régimen común y el militar en el campo penitenciario, dadas las específicas diferencias que existen entre la Jurisdicción Ordinaria y la Castrense (en todas sus facetas) que han sido evaluadas, admitidas y respetadas por el Tribunal Constitucional (Sentencia nº 107/86, de 24 de julio, B.O.E. nº 193); razones todas ellas suficientes para que mantengamos la esperanza de que en breve se culminará el camino emprendido y de que la etapa actual, de profundos cambios legislativos, termine por homogeneizar, en lo que sea viable, la legislación penitenciaria común y la militar.

En el ínterin, si un Organismo Judicial estima en conciencia para un caso concreto que la actual legislación es discriminatoria, la Ley no le veda, sino que le permite, bajo su responsabilidad, plantear cuestión de inconstitucionalidad, tal como ha hecho el Juzgado Togado Militar Territorial nº 41 (La Coruña) por supuesta inconstitucionalidad del art. 1º a) del Decreto-Ley de 1 de febrero de 1952, en relación con los artículos 14 y 25.2 de la Constitución (B.O.E. nº 228, recurso nº 1494/1988), que, por cierto, ha sido dictaminado por la Fiscalía de dicho Alto Tribunal, oponiéndose a su estimación.

ANEXO DOS

DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Esparcidos en el Código Penal Común existen varios preceptos sancionadores de conductas delictivas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, que constituyen un incumplimiento de sus deberes profesionales y, en cierta medida también, infracciones al honor de la función pública.

Se refieren unos a los que se cometan contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las Leyes; otros, tratan de los desacatos e injurias a las Autoridades o Superiores; de la falsificación de documentos públicos, de identidad o certificados; de la atribución de títulos o nombre; de la prevaricación de Jueces o demás funcionarios; de la infidelidad en la custodia de presos; así como otros delitos referidos a la custodia de documentos, violación de secretos, desobediencia y denegación de auxilio, anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas, usurpación de atribuciones y nombramiento ilegales, agresiones sexuales, cohecho, malversación de caudales públicos, fraudes, exacciones ilegales y negociaciones prohibidas a los funcionarios.

Se trata, en suma, de penar conductas con mayor o menor gravedad (en general no es grave la punibilidad) atendiendo al daño o resultado produci-

do y a la falta de probidad del funcionario que de esa forma quebranta la confianza puesta por el Estado en el mismo.

Las penas son unas veces privativas de libertad, otras multa pecuniaria y las más de las veces inhabilitación absoluta o especial o suspensión, acompañada o no de privación de libertad o multa.

Es de resaltar que tanto se refiere el Código a funcionarios civiles como militares. Ocurre a veces, sin embargo, que algunos de estos delitos, cuando el sujeto activo es un funcionario militar, para castigarlos con mayor dureza, tienen su duplicación en el Código Castrense, como, por ejemplo, los fraudes de los arts. 400 y 401 del Código Penal Común, que tienen su contrapartida en los delitos contra la Hacienda Militar del vigente Código Penal Militar (y antes en el fraude militar del art. 403 del Código Marcial de 1945), y los delitos cometidos en la Administración de Justicia Militar, que han sido incluidos por primera vez en el nuevo Código Penal Militar.

La única, pues, reseñable desigualdad entre funcionarios militares y civiles, en el orden punitivo, es que a aquéllos, además de las penas principal y accesoria del Penal Común, ayer les era de aplicación inexorable el art. 231 del derogado Código Castrense de 1945, que conllevaba siempre, la separación definitiva del servicio, y hoy, si la pena es superior a tres años sufren la pérdida de empleo o cualquiera que sea la pena pueden sufrir, vía disciplinaria, la separación del servicio.

La falta de equiparación entre ambos funcionarios, por tanto, es rotunda y palmaria.

Las penas de inhabilitación y suspensión de profesión u oficio del Penal Común, como penas principales, abarcan un período de seis años y un día a doce años las primeras, y de un mes y un día a seis años las segundas. Como penas accesorias, la reclusión mayor, la reclusión menor, el extrañamiento y el confinamiento, llevarán consigo la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; y las penas de prisión mayor, prisión menor o arresto mayor, sólo la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio o derecho de sufragio, también por el tiempo de la condena. No son, por ende, ninguna de ellas, penas perpetuas. Y se imponen precisamente porque el sujeto activo —funcionario— ha quebrantado la confianza que el Estado depositó en él por haber delinquido en relación con la misión asignada, es decir, que se exige en el tipo delictivo la condición de funcionario.

No ocurre lo mismo con el funcionario militar, cuya inhabilitación, perpetua si se impone como principal o accesoria la pena de pérdida de empleo, o temporal si se impone la suspensión de empleo, a veces nada tiene que ver con la función que el Estado le asigna, ni se exige en el tipo delictivo. Es simple consecuencia de unas accesorias para los militares por condenas según rebasen o no los tres años de punición, ajena, a veces, a la trascendencia del delito cometido.

Al respecto, escribía el tratadista J. ROMERO MAURA (1): “En cuanto

(1) Voz “Inhabilitación”. Enciclopedia Seix. Barcelona, 1954.

a la inhabilitación, no basta la consideración de las peculiaridades de la vida militar para dar cuenta de ciertos extremos de las penas militares o comunes de la Justicia Militar. Puede teorizarse una extensión de la propia inhabilitación al ámbito de los empleos militares. Ello tendría la ventaja de hacer más coherente esta inhabilitación con las accesorias y de sustituir esta separación del servicio por la más propia de deposición de empleo o incluso suspensión del mismo por el tiempo de la condena. Así se evitaría la consecuencia de perpetuidad que lleva aparejada la separación del servicio”.

Evidentemente: nuestro Código Penal Militar convierte una pena temporal –la inhabilitación– en una pena perpetua, por conductas con o sin relación a la misión asignada al que delinque. Y esta perpetuidad tiene lugar de forma automática e imperativa, sin que el Juzgador se pueda sustraer a ella ni calibrarla con las reglas del arbitrio judicial.

Cuando juzga la Jurisdicción Militar por delitos militares, el hecho de que la pena privativa de libertad sea o no superior a tres años depende del arbitrio judicial, por mor de la inexistencia de grados y de la individualización de la pena, que se puede imponer en la extensión que se estime justa sin sujeción a normas, por lo que incluso puede ocurrir alguna vez que la imposición de una pena de privación de libertad u otra, venga condicionada a que el Tribunal Sentenciador estime o no que el encartado es acreedor a la pérdida de empleo. Y “a sensu contrario”, se puede dejar de imponer una pena superior a tres años, ajustada a la gravedad de la conducta delictiva, por temor a que lleve aparejada tal pérdida de empleo.

Aún era peor en el derogado Código Castrense, cuando, por accesoria o por efectos, la separación del servicio dimanaba de delitos contra la propiedad o de penas del Penal Común superiores a tres años, o confinamiento, extrañamiento o inhabilitación, pues en estos supuestos la separación del servicio era automática, ineludible, por ministerio de la Ley. No había posibilidad de arbitrio, truncándose así vidas militares recuperables y convenientes para el Ejército, a veces incluso por hechos de escasa trascendencia.

La desigualdad respecto a los demás funcionarios públicos era aún más patente.

¿Es que era mayor la confianza que el Estado depositaba en un militar que en cualquier otro funcionario público?. ¿Es que el honor solo reside en el Estamento militar y no es exigible al Cuerpo Judicial u otros Cuerpos de funcionarios?.

Simplemente ocurría y ocurre, que en el Ordenamiento Común rige el principio de limitar el contenido de la pena a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la función de la misma, y también el principio de que la accesoria temporal de inhabilitación para profesión u oficio solo es aplicable en aquellos casos en que éste o aquélla guardan relación con el delito cometido o, sin ser así, durante solo el tiempo de la condena. Asimismo, la mayor o menor entidad de las accesorias se corresponde con la mayor o menor entidad de las penas principales, y así, la inhabilitación absoluta la

conlleva la pena de reclusión menor (12 años y un día a 20 años); las penas de prisión menor y mayor (seis meses y un día a 12 años) solo llevan aparejada la suspensión por el tiempo de la condena.

Por el contrario, en el Ordenamiento Penal Militar, a veces razonablemente, otras no, el contenido de la pena excede de lo que es necesario para el cumplimiento del fin de la misma; la pérdida de empleo o la suspensión de empleo, en ocasiones no guardan relación con la función asignada al militar; y la primera de dichas penas —una inhabilitación absoluta más grave por perpetua y retroactiva— ya comienza a los tres años y un día.

Esta gravosa discriminación, aún siendo en muchos casos fundamentada en exigencia castrenses, ha inclinado al legislador a suprimirla en parte (delitos contra la propiedad y efectos de las penas comunes) en el ámbito penal, y al incorporarla al Régimen Disciplinario ha dado un paso de gigante en la equiparación de todos los funcionarios y ciudadanos, en aras del acercamiento al ordenamiento Común, sin menoscabo de la especificidad deseable y necesaria basada en lo estrictamente castrense, como impone la Constitución.

ANEXO TRES

EL HONOR MILITAR

El honor forma parte, junto con la vida, la libertad, la seguridad personal y la honestidad, de los valores fundamentales del individuo *"per se"*.

Sin embargo, como apunta JIMENEZ ASENJO (1), la concepción jurídica o sociológica del honor está perdida en un caos de falsas o confusas ideas: "Esta palabra honor es de las que han servido de base para largos y brillantes razonamientos, sin que jamás se haya aplicado a una idea estable. Este honor no es conocido sino después de la formación de la sociedad. Y como es producto vital de la misma, ofrece variantes tan dispares como lo sea el genio del tiempo y de los lugares en donde nace y las costumbres con las que convive".

Se confunden frecuentemente el honor y la honra. El honor es, en cierto modo, también la honra, y, posiblemente, fue la honra misma considerada en una clase determinada: la noble o clase de honor, por heredera de la caballería u orden de los caballeros. El orden moral referido a los actos del hombre en sí mismo engendraba la honra, y, en cambio, el orden moral, no del hombre de estado llano sino de la clase superior, creaba honor.

La evolución de los tiempos ha dado lugar a que hayamos llegado a un grado en la evolución clasista social en que cada hombre tiene la honra y el honor adecuado a su significación social, pero de idéntica naturaleza y contenido.

(1) Voz "Delitos contra el honor". Enciclopedia Sexi. Tomo VI, Barcelona, 1953.

El honor militar es el más característico porque, como explica DE QUEROL (2): "Existen sin embargo en el honor matices y peculiaridades que las instituciones sociales imprimen y exigen a veces a sí mismas y a los individuos que las integran. La Institución Armada, por ejemplo, impone a todos los que sirven en la Milicia un sentido depurado e inflexible del honor. No lo hace arbitrariamente sino porque lo precisa el deber sagrado de conservar una tradición gloriosa, porque lo demanda la naturaleza misma del fin y actividades del Ejército, porque lo exige de modo inexorable la consideración de que, envuelta en las banderas y prendida a las armas marciales, va la honra misma de la Patria". El concepto del honor militar, iniciado por la nobleza medieval y que floreció en la "caballería", fue heredado de modo directo por la profesión militar, que, según Calderón de la Barca, es "una profesión de hombres honrados".

Un repaso a los antecedentes históricos de la Institución Armada y su Jurisdicción, confirman este secular culto al honor.

Así, los Reyes Católicos, que inician la organización del Ejército Real en virtud de una Pragmática en 22 de febrero de 1496, implantan el servicio militar con carácter general y obligatorio, del que solo se libran "los pobres de solemnidad, los criminales y gente de mal vivir".

Los autores castrenses de la época de los Tercios hablan del simple oficio de Soldado "que fue muy considerado y gozó de gran estima durante los primeros años del Ejército Real, cuando no rehusan servir en él muchos nobles, de lo que dió ejemplo el mismo Emperador al sentar plaza y pasar la muestra como Soldado en el Tercio de Antonio de Leyva. Es cuando se olvidan semejantes virtudes lo que motiva el declinar de nuestro poderío militar". (SEBASTIAN MONTSERRAT ALSINA) (3).

ANTONIO GALLO (4), escribe: "Que en sentando plaza, queda tenido por honrado; por lo cual debe tener especialísimo cuidado con su honor, porque en él consiste toda perfección de este hábito de soldado...". Luego, dá diversos consejos, como el de evitar cualquier trato con "gente de uñas", que "no sea perezoso ni duerma mucho, que tenga gradísimo cuidado de aprender de los Oficiales para subir a oficios honrosos, que se guarde de afrentar a persona débil alguna y que cuando se ofreciese ocasión, ofenda de frente con la espada y no con la lengua, así como procure tener por camaradas soldados honrados, de buena vida y costumbres, y que, asimismo, guárdese de tocar en mujer que su amigo tratare, porque de eso se levantan grandes enemistades, y lo que uno no quiere para sí no lo haga a los otros".

(2) "Principios de Derecho Militar Español". Tomo II, páginas 477 y siguientes. Editorial Naval. Madrid.

(3) "Antecedentes históricos de la Jurisdicción". Revista de Derecho Militar nº 21, Enero-Junio 1966. Págs. 9 a 52.

(4) "Destierro e ignorancias de todo género de Soldados de Infantería", citado por Montserrat Alsina, Revista ut supra.

El capitán MARCOS DE ISABA (5), escribe: "Que el día que asienta su nombre en la lista de su Rey, y tira su sueldo, y comienza a gozar de aquel punto tan honroso como ser Soldado, ha de entender que se despoja de la libertad que ha tenido, y no puede hacer cosa mal ni ruín, y que aquella persona ya no es suya, pues se ha obligado al servicio de su Rey y a observar las órdenes con la pena y el castigo que en los que no son obedientes mandan los preceptos militares". Señala después las normas de conducta por las que a su juicio se debe gobernar el buen soldado, como son: "que ha de tener mucha paciencia si el sueldo o paga se entretuviesen, y muy comedido y bien criado, respetando y honrando a todos los Oficiales, así como rehusar tomar parte en cualquier motín, pues ha de ser terriblemente castigado cuando cometa tan vil e infame delito, que ha de privarle de cualquier honra moderna o antigua que de herencia o por su persona hubiese adquirido".

Ya recientemente, RUIZ FORNELLS (6), es del parecer: "Que la criminalidad sure de punto por ser militares los que cometen las infracciones, pues el militar está obligado a mostrar sufrimiento, abnegación, arrojo, desprecio a la vida, fortaleza, etc..., nada de lo cual se exige al hombre civil; si de ello dá muestras éste, se le llamará virtuoso, pero no se le considerará deshonrado si carece de tales cualidades. Para el Soldado dichas cualidades son otros tantos deberes y el no cumplirlos es mengua indigna que acarrea el menosprecio y hasta el castigo".

DE QUEROL (7) insiste en que: "El militar sabe que en su afinado concepto del honor y del deber fundan sus conciudadanos sus esperanzas y no ignora que el crédito y el prestigio de que en la vida social se le rodea no le son otorgados a él, sino por razón del honroso uniforme que ostenta y, en consecuencia, de cualquier ataque al honor militar ha de hacerse responsable a los aforados castrenses como de imperdonable delito, ya que con su irregular conducta se han hecho culpables de la pérdida de la confianza que la sociedad tenía depositada en ellos, no por ellos, sino por el hecho de pertenecer a una clase determinada".

Por último, LOPEZ MEDEL (8), se muestra contundente: "Hay que preservarse de la pulverización democrática, el materialismo de la socialización, que se liman con la estructura castrense, la cual pregona unidad, espiritualidad y estímulos sociales vivos, como el orden, la autoridad, el respeto, el sacrificio y el honor, de que tan escasos andan la sociedad de nuestros días".

Resumiendo los caracteres y vicisitudes históricas del honor escribe el

(5) "Cuerpo enfermo de la Milicia Española". Madrid, 1954. Citado por Montserrat Alsina en el trabajo suprascrito.

(6) "La educación moral del soldado". Citada por Blas y Gutiérrez de la Cámara en "El honor y sus Tribunales en los Ejércitos". Editora Naval, 1952.

(7) Obra citada. Tomo II, págs. 477 y siguientes.

(8) "El Ejército ante el fenómeno de la socialización democrática". Revista de Derecho Militar nº 16, julio-octubre 1966.

Capitán GARCIA OVIEDO (9): "El honor fue imbricándose aceleradamente en las sociedades urbanas y rurales. Alcanzó cuotas de influencia política cuando, según analizó Montesquieu, se constituyó en motor y resorte de los Estados monárquicos. Se confirma así que el honor servía a los sistemas autoritarios y a sus servidores más conspicuos: la nobleza. Al regir sólo para la nobleza se convirtió en el vector operativo que la apiñaba frente a la plebe. Los Ejércitos, a cuya Oficialidad accedían aristócratas y terratenientes, acogieron estos códigos y añadieron otros; con ello el honor militar adquirió carta de naturaleza y los militares, poseedores de la fuerza, se erigieron en clases diferentes frente al pueblo desarmado".

Al concepto de honor clasista, propio de nobles, ha sustituido el concepto del honor burgués. Mucho se ha andado desde aquél Ejército prusiano en que el Emperador Federico despreciaba al burgués como soldado, y solía decir que si un Oficial burgués caía en desgracia podía dedicarse a otra profesión, más al noble solo le cabía el suicidio; en que el joven Oficial no podía casarse, pues el servicio entrañaba una dedicación cuasi monacal; en que en las ciudades con guarnición un cañón disparaba cada vez que un soldado faltaba a la lista.

La posterior transformación del Ejército mercenario en permanente es de vital trascendencia, y a ella se debe, con otras concausas, el cambio operado socialmente y la distinción de las funciones militares de las civiles y las económicas, que abren la época moderna y que hacen posible el cultivo de virtudes específicamente burguesas.

Pese a todo, la Institución Armada, celosa de su tradición, mantiene el honor como un valor permanente, y por ello las Ordenanzas establecen como obligación del militar: "Velará por el buen nombre de la colectividad militar y por el suyo propio en cuanto miembro de ella, manifestando con su forma de proceder los principios que animan su conducta y el propósito de no dar motivo de escándalo". (Artículo 42).

ANEXO CUATRO

LOS EXPEDIENTES GUBERNATIVOS

En la normativa derogada se regulaban en el Capítulo I del Título XXV del Libro Tercero del Código de Justicia Militar de 1945, y estaban establecidos para cuando se considerase perjudicial la continuación de algún Oficial o Suboficial en el servicio, por cualquiera de las causas que numeraba el art. 1011 y las agregadas por la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, y que se referían, en síntesis, a notas desfavorables acumuladas, mala conducta habitual, faltas contra la propiedad, deudas injustificadas, actos deshonorosos, incumplimiento reincidente de normas sobre el ejercicio de actividades polí-

(9) Artículo "El País", 31 de agosto de 1983.

ticas y sindicales, cuartas reincidencias en faltas leves en un plazo inferior a tres años, o simple reincidencia en determinado período de faltas graves, o por haber manifestado pública y manifiestamente una actitud contraria a la Constitución o al Jefe del Estado.

Los Expedientes gubernativos, se insiste, eran otro de los círculos concéntricos punitivos que constreñían al profesional de las Armas, y que, amén de comportar una sanción tan trascendente como la de separación del servicio, podían generar en algún caso indefensión, dado lo genérico e indeterminado de sus causas. La relativa a "cualquier otro acto contra el honor militar", representaba el más claro ejemplo del condenable criterio de incluir conductas sin tipicidad. También era vicioso el sistema de consagrar, como motivo de Expediente, la reincidencia en faltas, aparte de que se recae en repetición innecesaria, pues alguna de las causas añadidas por la Ley 9/80 estaban implícitas en las que enumeraba el artículo 1011 del Código Castrense.

No había, tampoco, sanción intermedia: o apartamiento de la colectividad militar o continuación en ella. Y podían recaer también sobre Suboficiales. El bien jurídico protegido era, otra vez, el honor militar.

Ya quedó apuntado que en la reforma de la Justicia Militar los Expedientes gubernativos fueron desgajados del nuevo Código Penal Militar, incorporándolos a la Ley de Régimen Disciplinario, y que a los cuatro motivos para su incoación se suma el de haber sido el aforado condenado por un delito común doloso de privación de libertad o por delito culposo, si este último es castigado con pena superior a un año.

Las sanciones disciplinarias extraordinarias dimanantes de estos Expediente, son: la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo y la separación del servicio. Sólo pueden ser impuestas por el Ministro de Defensa y contra ellas cabe recurso contencioso-administrativo.

Pese a la mejora habida en la técnica legislativa y el haber huído de las reincidencias en tiempo determinado, el mayor error consiste en la quiebra del principio de legalidad: ninguna de las causas motivadoras previene sanción concreta y, por tanto, se puede imponer cualquiera de las tres sanciones, excepto cuando el motivo sea por condenas provenientes de delito de rebelión u otro delito común doloso con pena superior a seis años (en que forzosamente se impondrá la separación del servicio), o por delitos contra la propiedad o la honestidad (sic) u otros dolosos con pena superior a tres años (en que de no imponerse la separación del servicio recaerá sanción de suspensión de empleo por el tiempo de la condena). Por cualquiera de las demás causas, incluso por condenas dimanantes de delito común inferiores a tres años en delitos dolosos que no sean contra la propiedad o la honestidad, o superiores a un año si se trata de delitos culposos, se puede imponer, indistintamente, a juicio del Ministro de Defensa, la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo por tiempo de un mes o un año, la separación del servicio, o ninguna sanción.

Y más reparos, de carácter práctico: se propendrá a la ocultación de la condición de militar en las comparecencias ante la Jurisdicción Ordinaria. La sola posibilidad de que ello condujese a que el Juzgado Ordinario comunicase a la Autoridad Militar unas condenas de militares y no otras, por ignorar que lo fuesen, conculcaría la justicia distributiva y el principio de equiparación de todos ante la Ley.

También ofrecerá dificultades el cumplimiento de las condenas de militares por la Jurisdicción Ordinaria. Efectivamente: si hay o no baja en la F.A.S. del condenado, que es lo que determina el cumplimiento en Establecimiento común o en Establecimiento militar, dimana de un imperativo de la propia Ley Disciplinaria: la separación o no del servicio dependerá del Expediente gubernativo que se incoe y de la resolución discrecional del Ministro de Defensa, y aún más, de la resolución final en vía contencioso-administrativa. Hasta en tanto, no se puede saber si hay o no separación del servicio, y sin embargo, de ello depende que la condena sea cumplida en prisión común o en prisión militar. Como el expediente y el fin de la vía administrativa resolutoria puede tardar meses, mientras, ¿dónde se comienza a cumplir la condena, que ya es firme?. Si en prisión común, significaría dejar sin efecto lo dispuesto en el Código Penal Militar respecto a que deben cumplirse en Establecimiento Penitenciario Militar si la pena no lleva aparejada la baja en los Ejércitos, lo que no se sabrá hasta tiempo después, y en penas de breve duración haría ilusorio tal precepto. Y de empezar a cumplirse en Establecimiento Militar, con independencia de que podría darse el caso de cumplirse la condena antes de la resolución del Expediente que impusiera la separación del servicio, en cualquier caso, ¿qué resolvería al respecto la Jurisdicción Ordinaria?. ¿Qué diría la opinión pública, o por ejemplo, la familia de la estuprada o el perjudicado por la estafa?.

Desde otro punto de vista, no parece, en principio, muy acertado incluir, por primera vez, los delitos contra la honestidad cometidos por militar como más graves que otros. A la postre, los delitos denigrantes contra la propiedad tenían su razón de ser, posiblemente, para evitar los saqueos en las guerras en la antigüedad, razón que ha pervivido por inercia hasta nuestros días. Pero los delitos contra la honestidad no tienen mayor antijuricidad ni son más denigrantes que los delitos, verbigracia, contra el orden público o contra la vida. No se es más honorable cometiendo una falsificación de moneda que abusando de una menor, como tampoco es mayor la deshonra de un militar que toca sin su consentimiento a una mujer, que la de un sacerdote o un Magistrado.

Pero si aceptamos que ello es siempre más reprobable para un militar, por el código de honor de la Institución a la que voluntariamente pertenece, bastaría la existencia de la causa motivadora de Expediente gubernativo "conducta gravemente contraria a la dignidad militar", para la defensa de tal honor, sin necesidad, por tanto, de duplicarla con la causa derivada de condena por tal o cual delito o por esta u otra pena privativa de libertad:

debiera ser discrecionalmente— por todos los delitos y por todas las penas, puesto que cualquier delito y pena pueden mancillar el honor militar.

Por todas las expuestas razones es por lo que se debería abogar por la supresión de la causa referente a condenas de la Jurisdicción Ordinaria, ya que las otras cuatro causas insertas en la Ley Disciplinaria, por su carácter de “*numerus apertus*”, posibilitan la sanción extraordinaria de separación del servicio u otra sanción para los profesionales de las Armas que cometan hechos graves que se estimen deshonrosos.

ANEXO CINCO

LOS TRIBUNALES DE HONOR

Estaban destinados a reprimir las lesiones al honor cometidas por los miembros de los Cuerpos Armados. Es una Institución que ha desaparecido prácticamente en todos los países, pues ahora solo algunas naciones iberoamericanas los mantienen.

Tales Tribunales tenían como principio básico el de castigar, separándoles del servicio, a aquellos individuos que, por haberse apartado en su vida militar o privada, de los principios éticos, resultaban indignos de pertenecer a la carrera de las Armas. La Jurisdicción se extendía a aquellos hechos que no constituyendo delito (o aún siéndolo, o faltas, estuvieran juzgados en procedimiento judicial o gubernativo sin haber recaído pena de separación del servicio), afectasen al honor de sus autores o de la Institución de que formasen parte, para que unos y otra quedasen sin tacha. Consistían en actos indignos o deshonrosos, sin enumeración o tipología, opuestos a los sentimientos y a la convivencia de la Clase de Oficial: hábito de contraer deudas y no pagarlas; inclinación a la bebida y al juego; vida amoral; la conducta inconveniente en lugares públicos, etc...

Sus antecedentes más antiguos se hacen remontar hasta Carlomagno, subsistiendo en Francia hasta 1789. Pero sus orígenes hay que buscarlos en las Ordenanzas Prusianas de 1843 y 1874: “El honor exige que fuera de la vida militar el Oficial guarde una dignidad de actuaciones tales que esté de acuerdo con una clase de hombres a quienes está confiada la guarda del Trono y de la Patria. El Oficial no buscará para frecuentar sino a la sociedad en que se reúnan las buenas costumbres. Cuando se encuentre en un lugar público, recordará que el mundo ve en él no solamente a un hombre de buen tono, sino también al representante de un Cuerpo donde el honor y el sentimiento del deber son exaltados a su máximo grado. Se abstendrá de todo exceso, de abusar de la bebida y de los juegos de azar, de todo contrato equívoco, de juegos de bolsa, de toda participación en empresas financieras en las que los fines no sean absolutamente inatacables y el renombre sin tacha; en fin, de todo beneficio adquirido por vías dudosas. Su palabra del

honor no puede ser empañada a la ligera. Puede el lujo y el bienestar extender sus estragos en otros medios, pero el Cuerpo de Oficiales recordará que no son los bienes materiales los que acuerdan valores ni mantienen la alta consideración que discierne el juicio de la sociedad. No es solamente la aptitud de la vida de campaña la que estará comprometida por este género de vida afeminada, sino que hasta el mismo fundamento del estado militar podría conmoverse por la sed de riquezas y el bienestar”.

Las Cortes de Cádiz de 1811 consideraron la conveniencia de instaurar los Tribunales de Honor en los Ejércitos peninsulares, idea que fue desechada porque ya eran de uso particular en los distintos Cuerpos. Luego, por Decreto de 3 de enero de 1867, fueron implantados.

Entre los hechos que se consideraban indignos, en esos antecedentes históricos, destacan, para la mentalidad actual, aquellos que fueron recogidos del documento del General Don José San Martín, y que estaban en vigor en el Regimiento de Granaderos a Caballo. “Por trampas infames como de artesanos; por familiarizarse en grado vergonzoso con los Sargentos, Cabos y Soldados; por concurrir a casas de juego que no sean pertenecientes a la Clase de Oficiales, es decir, jugar con personas bajas e indecentes”.

La Constitución de la República de 9 de diciembre de 1931 dispuso la abolición de todos los Tribunales de Honor, civiles o militares. Se restablecieron el 17 de noviembre de 1936, justificándose así su necesidad: “Las Instituciones Militares rinden fervoroso culto al honor. De ahí la necesidad de confiar a quienes visten el uniforme un medio eficaz que impida se mancille la más preciada de sus divisas”.

La Ley de 27 de septiembre de 1940 da su forma definitiva a la Institución, que fue recogida en el Código de Justicia Militar de 1945 en sus artículos 1025 y 1046. La Constitución Española permite sólo los Tribunales de Honor militares. Y aunque en la práctica estuvieron en desuso, la reforma de las Leyes Penales militares en principio no los suprimieron.

Los acuerdos se tomaban por mayoría y los mismos hechos podían ser sancionados en procedimiento judicial o Expediente gubernativo y Tribunal de Honor. La resolución a adoptar era única: aplicar o no la separación del servicio. Y únicamente regían para Oficiales, nunca para Suboficiales, Tropa o Marinería, aún con empleos consolidados.

Hoy han desaparecido en virtud de la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar.

BIBLIOGRAFIA

- *Constitución Española*, de 27 de diciembre de 1978.
- *Código de Justicia Militar*, de 17 de julio de 1945.
- *Ley Orgánica 9/80*, de 6 de noviembre, modificativa del Código Castrense de 1945.
- *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre.
- *Código Penal Militar*, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.
- *Ley Orgánica 12/1985*, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
- *Ley Orgánica 2/1989*, de 13 de abril, Procesal Militar.
- *Ley Orgánica 1/1979*, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- *Reglamento Penitenciario nº 1201/1981*, de 8 de mayo, modificado por Real Decreto nº 787/1984, de 28 de marzo.
- *Ley Orgánica 6/1985*, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- DE QUEROL Y DE DURAN, Fernando: "*Principios de Derecho Militar Español*".
- JIMENEZ ASEÑO, Enrique: "*Delitos contra el honor*" (Enciclopedia Seix).
- LOPEZ MEDEL, Jesús: "*El Ejército ante el fenómeno de la socialización democrática*" (Revista de Derecho Militar nº 16).
- MONTSERRAT ALSINA, Sebastián: "*El Ejército Real y la Jurisdicción de guerra: estado de la Justicia Militar en España durante el reinado de la Casa de Austria*" (Revista Española de Derecho Militar nº 21).
- ROMERO MAURA, Joaquín: "*Inhabilitación*" (Enciclopedia Seix).
- RUIZ FORNELLS: "*La educación moral del soldado*" (citada por BLAS Y GUTIERREZ DE LA CAMARA, en "El honor y sus Tribunales en los Ejércitos", Editora Naval, Madrid, 1952).
- *Ley Penal Alemana*, transcrita por RODRIGUEZ DEVESA en Revista Militar nº 4.
- *Código de Justicia Militar Francés*, comentado por HERNANDEZ OROZCO en Revista Española de Derecho Militar nº 19.
- *La Ley Penal Militar de la República de Cuba*, en Revista Española de Derecho Militar nº 19.
- GARCIA BALLESTER, Pascual: "*La legislación penitenciaria militar*", en "Memoria de la Fiscalía Togada". Año 1984-85, pags. 69 a 93.