

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR. REFLEXIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO Y PROBLEMAS CONCURSALES

Por Ramón Ferrer Barquero
Capitán Auditor. Doctor en Derecho

SUMARIO

Abreviaturas. 1. Antecedentes. Encuadramiento sistemático. 2. Delimitación del bien jurídico. Ambigüedad de la expresión «Administración de la Justicia Militar». 2.1. El Poder Judicial. Integración de la Administración de la Justicia Militar en su seno. 2.2. Poder Judicial, Administración de Justicia y Jurisdicción. 2.3. La Administración de Justicia Tutelada en el CP ordinario y la Administración de Justicia Militar del CPM. Deslinde. 3. La función jurisdiccional del juzgador militar como objeto de tutela. 4. El bien jurídico en las figuras delictivas en particular. Problemas concursales. 4.1. La simulación de delito. 4.2. La omisión de perseguir o denunciar delitos. 4.3. Coacciones, violencia o intimidación. 4.4. El falso testimonio. 4.5. La prevaricación del juzgador militar. 4.6. El cohecho. 4.7. Atentado contra jueces, fiscales o secretarios integrantes de la Jurisdicción Militar. 4.8. El desacato contra juez o tribunal militar. 4.9. El quebrantamiento de condena o prisión. 5. El encubrimiento como delito autónomo. 6. Conclusiones críticas. Bibliografía.

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal, aprobado por LO 10/1995.
CPC	Cuadernos de Política Criminal

CPM	Código Penal Militar, aprobado por LO 13/1985.
Lecrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 1882.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial
LOPM	Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar
LOCOJM	Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional
LOTJ	Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado
PJ	Revista Poder Judicial
REDM	Revista Española de Derecho Militar
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TMC	Tribunal Militar Central
TS	Tribunal Supremo

1. ANTECEDENTES. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

Nuestro Código Penal Militar vigente dedica un título a los delitos contra la Administración de Justicia Militar, si bien éste no constaba en el proyecto de ley original. En efecto, fue ya en el senado cuando el Grupo socialista introdujo una enmienda con los preceptos que comprenden ese título. Así, en la sesión plenaria del senado número 138, de 23 de octubre de 1985, se votó el título en bloque, –quedando aprobado por 147 votos a favor y una abstención, de los 148 votos emitidos–, según se recoge en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) n.º 278 (g), de 5 de noviembre de 1985. De vuelta al Congreso de los Diputados se aprobó dicho título y, posteriormente, la totalidad de la Ley Orgánica, insertándose el texto definitivamente aprobado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso), n.º 123-V, de 18 de noviembre de 1985.

Obviamente, no es usual que un título completo de un Código se presente como enmienda en el senado y se apruebe en esa cámara sin apenas discusión y, después, sin ninguna variación, sea ratificado por el Congreso. Esa precipitación supuso, como bien pone de manifiesto Peña y Peña, ciertas incorrecciones técnicas. Así, en el art. 183 párrafo 2.º, se habla de «grado máximo de la pena», y en el 184.2.º de «grado mínimo de la pena», lo que se contradice con el hecho de que las penas del Código Penal Mili-

tar no se dividen en grados, limitándose el Código a emplear los términos «pena en su mitad superior» o «pena en su mitad inferior» (1).

Como razón de la existencia de este título aparece *prima facie*, la pretensión de una autodefensa de la jurisdicción castrense cuando se la agrede. De hecho, de los nueve preceptos que componen el título, sólo uno, el 181 (relativo al militar que omite su deber de perseguir o denunciar delitos) restringe su comisión a sujeto activo que sea militar. Esto es, casi todas las conductas típicas son realizables por paisanos que, ajenos a la estructura castrense, lesionan el bien jurídico que encierra la expresión «Administración de Justicia militar». Se aparta así el legislador de la postura mantenida en casi todo el Código, donde la condición militar del sujeto activo suele ser necesaria, salvo ciertas excepciones que conlleva la naturaleza del bien jurídico, como el allanamiento de las medidas de seguridad de una base o la agresión a un centinela.

Parece lógico que el legislador delimite, tipificando en el texto punitivo castrense y, en suma, atraiga a la competencia de la jurisdicción militar, un grupo de infracciones que inciden directamente en su funcionamiento, si bien existía otra vía quizá más sencilla para conseguir ese fin de autodefensa. Nos referimos a la posibilidad que el legislador tenía de aprovechar el Código penal ordinario y dictar una cláusula competencial de remisión a favor de la jurisdicción castrense, en los casos en que fuera el funcionamiento de la jurisdicción militar la afectada. Se trataría de que una prevaricación o un falso testimonio se castigaran conforme a la tipificación ordinaria, pero aplicándose la maquinaria judicial militar cuando la prevaricación o el falso testimonio recaigan en un proceso penal militar. De este modo, no existiría duplicidad de sanciones y conductas típicas en estas infracciones, evitándose problemas concursales, al aprovechar la tipificación que el Código penal contiene respecto a los delitos contra la Administración de Justicia. No obstante, el legislador optó finalmente por tipificar delitos militares específicos, no siendo paralelas las conductas ni la penalidad a las recogidas en la norma punitiva ordinaria (2).

(1) Recuerda Peña y Peña que desde la presentación de la enmienda hasta la aprobación del pleno del senado, en la redacción del art. 187 consta «pena en su mitad superior», pero aparece en el texto definitivo del congreso y en la ley publicada, sin enmienda alguna que justifique la variación: «pena en su mitad mayor». PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, varios autores, coord. por Blecua Fraga, R. y Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., editorial Civitas, Madrid, 1988, pg. 1983.

(2) Estima parte de la doctrina jurídico penal que hubiera sido más correcta y práctica la técnica de atraer a la competencia de la jurisdicción militar estos delitos con idéntico contenido que la legislación común, en evitación de dispares interpretaciones a la hora de plantear conflictos jurisdiccionales y de diversas sanciones para conductas similares. En

Vistos los antecedentes y la razón de ser de este título, conviene ahora enumerar las conductas que abarca, que, en esencia, son:

- 180: Simulación de delito de los atribuidos a la jurisdicción militar.
- 181: Omisión de persecución o denuncia de dichos delitos.
- 182: Ejercicio de coacciones, violencia o intimidación contra testigos o peritos.
- 183: Falso testimonio en procedimiento judicial militar.
- 184: Prevaricación judicial de juzgador militar.
- 185: Cohecho en procedimiento judicial militar.
- 186: Atentado contra Juez, Fiscal o Secretario de procedimiento judicial militar.
- 187: Desacato y desobediencia contra Juez militar.
- 188: Quebrantamiento de condena o prisión por sentenciado por la jurisdicción militar.

2. DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO. AMBIGÜEDAD DE LA EXPRESIÓN «ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR»

La doctrina penal estima que el título que el CP de 1995 dedica a la Administración de Justicia persigue un confuso objeto de tutela, pues esa Administración puede concretarse en variedad de instituciones, como el poder judicial o el proceso en sí mismo. Pues bien, lo mismo sucede aquí, en tanto en cuanto no basta con aludir a la abstracta «Justicia Militar» para encontrar lo que el legislador penal militar desea tutelar. Si partimos de que el Poder Judicial es único, parece que la Administración de Justicia también lo es, sin perjuicio de que razones de política criminal otorguen competencia a los órganos de la justicia militar cuando se lesione su funcionamiento. Es decir, como veíamos antes, razones de autotutela justifican que exista un título en el Código castrense, pero ello no debe llevarnos a pensar que existan dos Administraciones de justicia totalmente independientes: una ordinaria y otra militar. En todo caso, conviene delimitar la expresión «Administración de Justicia», pues estamos ante un bien ambi-

este sentido, recuerda Peña y Peña que la redacción de los preceptos no coincide exactamente con sus homónimos del Código Penal común, siendo más generales las del Código castrense, lo que da margen a una más amplia interpretación, al tiempo que critica que la penalidad no coincida con la del Código penal ordinario, siendo en general más grave la del Código militar para tipos similares a los comunes. PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pgs. 1986 y 1987.

guo carente de concreción, y el sector de la justicia que afecta al ámbito castrense es el tutelado por la norma punitiva militar.

En todo caso, y sin perjuicio de que perfilemos mejor a lo largo de esta monografía el objeto de tutela, nuestra Sala 5.^a TS entiende que lo que se protege con estas infracciones es el perfecto funcionamiento de la Administración de Justicia Militar. Efectivamente, en STS de 26 de febrero de 1998, –que desestima un recurso de casación interpuesto frente a sentencia condenatoria–, la Sala 5.^a estima que la conducta de un teniente que no comunicó a sus superiores que había sido testigo de una agresión cometida por su capitán jefe hacía un soldado de su unidad, está correctamente incardinada en el art. 181 CPM, afirmando al respecto que el deber de poner en conocimiento de los superiores un presunto hecho delictivo, o de denunciarlo a la autoridad competente, es «*un deber genérico que conlleva la perturbación del perfecto funcionamiento de la Administración de Justicia Militar, en cuya rúbrica (Título VII) se encuentra recogido el precepto*».

Sentada esta idea general, debemos ahora incidir en la idea de que el Poder Judicial abarca una Administración de Justicia en la que tiene cabida la jurisdicción militar.

2.1. EL PODER JUDICIAL. INTEGRACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR EN SU SENO

Gimeno Sendra entendía, tras equiparar jurisdicción y Poder Judicial, que existían Tribunales especiales que ostentando potestad jurisdiccional no formaban parte del Poder Judicial, sin que ello rompiera, a su juicio, la unidad jurisdiccional (3).

Entendemos apropiado, por nuestro lado, que la clave para delimitar si un órgano pertenece, en sentido estricto, al Poder Judicial es averiguar si constitucionalmente se le ha encomendado la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, función no otorgada sólo a los órganos que figuran en la LOPJ, y si ello se ha hecho dentro del título VI, que la Carta Magna dedica a esta institución. Así, tras constatar la excepción de dos jurisdicciones reguladas al margen del título VI –el TC se regula en el título IX y el de Cuentas en el VII–, y por tanto no integradas, según el criterio ante-

(3) **GIMENO SENDRA, V.:** *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pgs. 97 a 100; en igual sentido **GONZÁLEZ PÉREZ, J.:** *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984, pgs. 47 y 48.

rior, en el Poder Judicial, estimamos que la jurisdicción militar sí que cumple estos requisitos. Aunque hay una tendencia que la excluye del Poder Judicial, alegando que los Jueces togados y los miembros de los Tribunales Militares no están sujetos a la LOPJ ni al gobierno del CGPJ, sino que dependen del Ministerio de Defensa (4), razones que coadyuvan a entender que estamos ante una jurisdicción administrativa, en la cual parece encomendarse la función de juzgar a un funcionario administrativo que no es un Juez independiente. Sin embargo, el ordenamiento legal proporciona las bases para la integración de esta jurisdicción en tal Poder, garantizándose la independencia e inamovilidad de sus miembros (5).

El TS no deja lugar a dudas sobre esta integración, aduciendo su Sala Quinta, en STS de 18 de febrero de 1997, fundamento jurídico segundo:

«La jurisdicción militar, por más que el recurrente se empeñe en calificarla de «excepcionalísima» –olvidando seguramente que los Tribunales de excepción están proscritos por el art. 117.6 CE– es una jurisdicción que, sin mengua de su especialidad en los niveles inferiores a esta Sala, se integra en el Poder Judicial del Estado (art. 1 LOCOJM 4/1987), y satisface, en su organización y en las normas que ordenan su ejercicio, los derechos fundamentales que en relación con la Administración de Justicia consagra la CE, entre los que se encuentra, naturalmente, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley.»

Los órganos de la jurisdicción militar tienen, en su ámbito, carácter de Juez ordinario, y ello se reconoce, no sólo por el art.3 LOCOJM y por el TS, sino también por el propio TC, que en STC 113/1995 de 6 de julio afirma:

(4) No estamos ante Tribunales administrativos, a pesar de que forman parte de ellos, en algún caso y siempre junto a oficiales del Cuerpo Jurídico, profesionales de la milicia sin conocimientos jurídicos, –lo que se justifica en la LOCOJM tanto por razones de tradición como por su semejanza con la institución del jurado–.

(5) Así, en la Exposición de Motivos de la LOCOJM se anticipa que esa norma pretende consagrar «la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión exclusiva al imperio de la ley» de los Jueces Militares, al tiempo que se explica que: «La creación de una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo, sujeta en su régimen y en el estatuto de sus miembros a las mismas normas que las demás Salas, supone la unidad en el vértice de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial».

El art. 8 de esa norma expone que, en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Asimismo, el art. 9, de modo similar al art. 14.1 LOPJ, señala que los titulares de los órganos judiciales militares que se consideren perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado.

«No puede pretenderse que los Tribunales Militares no se encuentren incluidos en la mención que a los Tribunales ordinarios hace el art.53.2 CE, puesto que si las vulneraciones de las libertades y los derechos fundamentales acontecen en el ámbito que la propia Constitución ha reservado a los Tribunales Militares, en este aspecto y dentro de este ámbito sí pueden considerarse incluidos en aquella mención».

En consecuencia, no creemos cuestionable la integración de la jurisdicción castrense en el Poder Judicial, siendo sus principios básicos plenamente constitucionales y su razón de ser la tradicional homogeneidad de valores que se pretende que el justiciable tenga con el juzgador (6). Sin embargo, siendo intachable su esencia, podría mejorarse su vigente estructura orgánica real, y así se ha criticado, por ejemplo, que sea una junta de carácter administrativo la que califique a estos miembros del Cuerpo Jurídico (7), o que sea el propio Ministro de Defensa quien presenta al CGPJ una terna de candidatos para cubrir cada vacante de Magistrado de la Sala Quinta del TS de origen castrense. De hecho, pone de manifiesto la doctrina jurídico-militar el excesivo poder del ejecutivo en esta jurisdicción, estimando incluso algún autor dudosa su constitucionalidad «al estar absolutamente administrativizada y materialmente domeñada por el ejecutivo, pese a haberse acuñado en el frontispicio de la legislación que la articula que sus titulares son independientes, inamovibles, responsables y sometidos

(6) Pérez Esteban cita abundante legislación y jurisprudencia (del TC y del TS, salas tercera y quinta) que apoyan esa integración. Según este autor, la razón última de que los miembros de los órganos jurisdiccionales castrenses sean militares no es, desde luego, la relación de especial sujeción que une a cualquier militar con la Administración sino, precisamente, la homogeneidad de valores que con los justiciables, también militares como norma general, han de tener, y esa homogeneidad impone, para que sea lo suficientemente profunda, que pertenezcan también, como profesionales, a la carrera militar, lo que ineludiblemente les coloca con el Ejecutivo en una relación de especial sujeción, produciéndose así una tensión entre su carácter militar y la independencia que exige su condición de Juez ordinario en el ejercicio de su función jurisdiccional. **PÉREZ ESTEBAN, F.**: «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», en *PJ*, n.º 55, pg. 531.

(7) No obstante, la Sala Tercera del TS, de lo contencioso administrativo, afirmó, en sentencia de 30 de septiembre de 1993, que el sometimiento de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar titulares de órganos judiciales a las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes, órganos de evaluación integrados por militares que no siempre son del Cuerpo Jurídico, no infringe la Constitución, ni ninguna otra norma.

(8) Se propone como solución inmediata la partición en escalas, relativas a la titularidad de la función jurisdiccional, de fiscalía y de asesoría jurídica, de los miembros del Cuerpo Jurídico. En suma, dice Ramírez Sineiro, aquella LOCOJM debería ser objeto de

dos únicamente al imperio de la ley» (8). Duda, por su parte, Millán Garrido que las declaraciones formales y programáticas se correspondan con la realidad «porque ni tales principios ni el tímido estatuto contenido en el título VIII de la LOCOJM pueden garantizar la independencia material del juzgador cuando éste en su carrera militar y, a la postre, en su promoción dentro de la jurisdicción castrense, sigue vinculado a las decisiones que respecto de él, adopten los mandos militares» (9).

Volviendo al concepto «Poder Judicial», expone De Otto una interpretación que conduce a una conclusión constitucionalmente lícita: la independencia de los Jueces Militares como de cualquier otro Juez. Parte este autor de que la expresión Poder Judicial no alude en el art.117.1CE a la específica organización que habitualmente se denomina así –unidad de estatuto, gobierno por el CGPJ–, sino al conjunto de los Jueces, pertenezcan o no a esa organización, con la única excepción del TC y el de Cuentas, pero sin excluir a los Jueces de la justicia militar. Estos resultan ser así, también «integrantes del Poder Judicial» entendido como el conjunto de los que administran justicia en nombre del Rey, aunque no pertenecen al conjunto orgánico que se denomina Poder Judicial; por tanto, los Jueces militares están sujetos al requisito de la independencia que se contiene en el art.117.1. Vendría tal conclusión avalada por el dato de que la especialidad de la justicia militar, que se ha traducido en su exclusión de la organización del Poder Judicial, tiene ya su fundamento específico en el art.117.5, que será del todo

reforma, a fin de proscribir en circunstancias normales, y aun en tiempo de guerra, las omnímodas facultades del Poder Ejecutivo respecto a la provisión de la titularidad de los órganos judiciales militares, ya que su actual estructura orgánica absolutamente administrativizada compromete la vigencia de los principios constitucionales de independencia, inamovilidad e imparcialidad que resultan requisitos previos de toda función jurisdiccional. **RAMÍREZ SINEIRO, J.M.:** «La estructura orgánica de la jurisdicción militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *PJ*, n.º 33, 1994, pgs. 152 y 153.

(9) Resalta Millán lo negativo que resulta para la independencia judicial el hecho de que los nombramientos, incluidos los de los Magistrados de la Sala Quinta TS, dependen de decisiones administrativas, en las que prima el aspecto militar al judicial. **MILLÁN GARRIDO, A.:** Prólogo, en *Competencia y organización de la jurisdicción militar*, Tecnos, Madrid, 1987, pgs. 25 y 26. Deducimos lo primordial que es la nota de la independencia, y es que cuando se habla de independencia del Poder Judicial, la sociedad, tan interesada en preservarla, debe saber que sin un margen de libertad de quienes la representan es imposible ejercerla. Como contrapartida, debe saber la sociedad, dice Cuello Contreras, que la libertad de los Jueces no es ilimitada, de manera que superados esos límites, el servidor del órgano judicial responderá ante la misma Justicia que él no ha sabido impartir. **CUELLO CONTRERAS, J.:** «Jurisprudencia y prevaricación», en *La Ley*, 1993-1, pgs. 1036 y 1037.

superfluo si entendemos que los Jueces militares no están comprendidos en el art.117.1 (10).

Al informar el anteproyecto de la LOCOJM, el CGPJ manifestó que la construcción de la jurisdicción militar como parte integrante del Poder Judicial presentaba algunas dificultades. Una de las mayores era que las potestades administrativas esenciales –nombramientos, ceses, etc.– no dependían del CGPJ, sino del Ministerio de Defensa.

Estimamos, en todo caso, que la LOCOJM cumplió lo preceptuado en al art. 117 de la Carta Magna, al configurar la jurisdicción militar como una rama del Poder Judicial, que se integra por Jueces independientes y confluye con la jurisdicción ordinaria en un vértice, el Tribunal Supremo. Ello sin perjuicio de la conveniencia de ciertas reformas, como la separación del Cuerpo Jurídico en tres vertientes, –dedicándose la primera a ejercer las funciones judicial y de secretariado, englobando la segunda la carrera fiscal y la tercera el asesoramiento jurídico–, siendo además oportuno que los miembros de la primera de estas ramas dependiesen, al menos a efectos de ceses y nombramientos, del CGPJ (11).

Algún autor defiende la incorporación plena de la jurisdicción castrense a la ordinaria. Así, a pesar de reconocerse que la LOCOJM ha reducido las especialidades que la jurisdicción militar presentaba en la ley 9/1980, se critica que la reforma no haya acometido su plena incorporación en el Poder Judicial, lo que hubiera supuesto integrar a sus órganos como un orden especializado más en la jurisdicción ordinaria (12).

(10) **DE OTTO, I.**: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pg. 56. No duda Pérez Esteban que en el ámbito castrense se respeta esa independencia, recordando que el Tribunal Constitucional aprecia, en STC 204/1994, que el Juez Togado Militar es, con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instrucciones del Ejecutivo. **PÉREZ ESTEBAN, F.**: «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», en *PJ*, cit., pgs. 527 y 528.

(11) El Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo Pérez Esteban ha propuesto, con motivo de unas jornadas sobre Derecho Militar organizadas por el CGPJ en 1999, que los futuros nombramientos de autoridades judiciales militares se efectúen por el CGPJ y no por el Ministro de Defensa, apoyando esta propuesta el Presidente del TS y del CGPJ, Delgado Barrios. En efecto, sin perjuicio de estimar que la jurisdicción militar integra el Poder Judicial, estima este autor que debía potenciarse esa integración mediante la intensificación de los vínculos de esa especial jurisdicción con el órgano al que corresponde el gobierno de los Jueces y Magistrados, que es el CGPJ, lo que, a su juicio, aumentaría la independencia colectiva de quienes ejercen funciones judiciales militares. **PÉREZ ESTEBAN, F.**: «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», en *PJ*, cit., pgs. 534 a 537.

(12) Martín Contreras es partidario de tal integración. **MARTÍN CONTRERAS, L.:** «La Administración de Justicia: una reforma anhelada», en *La Ley*, n.º 4641, 1999, pg. 3. Canosa cree que se ha llegado a una solución híbrida nada satisfactoria, a un *tertium genus*

En otro orden de cosas, para delimitar bien la extensión del Poder Judicial, a efectos de la inclusión en él no sólo de la jurisdicción militar sino también de otras jurisdicciones como la constitucional o la de cuentas, puede atenderse a un concepto orgánico del mismo (que abarque sólo el conjunto de órganos recogidos en la LOPJ) y a otro funcional (según el cual estamos ante una institución política propia del esquema de división de poderes en el Estado de Derecho). Apoya esta idea Montero (13), quien entiende que la referencia constitucional al Poder Judicial precisa diferenciar entre: un Poder Judicial político, y, dentro de éste, un Poder Judicial organización. En el primer sentido, integran el Poder Judicial todos los órganos que, revestidos de determinadas garantías, tienen atribuida potestad jurisdiccional.

En suma, estimamos que el espíritu de la Carta Magna apoya la idea de que todos los órganos que ejercen función jurisdiccional son Poder Judicial, pues no olvidemos las referencias a los Tribunales Militares (art.117.5), al Tribunal de Cuentas (art. 136), o al Constitucional (art.161). Imparte Justicia todo órgano judicial militar, de ello no cabe duda. Tampoco puede negarse que ejerce jurisdicción el TC, básicamente protector de derechos subjetivos y controlador de la constitucionalidad. Y en cuanto al Tribunal de Cuentas, su L.O. 2/1982 le atribuye dos clases de funciones, (la fiscalización externa de la actividad económica del sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales), siendo la segunda de carácter claramente jurisdiccional.

Otra postura más estricta se refiere al Poder Judicial «organización», concepto que engloba una parte del conjunto de Jueces y Magistrados con potestad jurisdiccional. Esta parte organizada es la regulada en la LOPJ de 1985, formando sus miembros un cuerpo único, con estatuto jurídico común, y confiándose su gobierno al CGPJ. Si atendemos a las cinco salas del TS, se incluyen las cuatro primeras en esa acepción, pero queda fuera la 5.^a, de lo Militar. Esto es, no se abarcan en esta acepción las personas que componen el jurado, los Tribunales consuetudinarios o militares, el Tribunal de Cuentas o el Constitucional.

de difícil explicación doctrinal que no implica ni plena integración al Poder Judicial ni, por ende, respeta escrupulosamente los principios constitucionales sobre jurisdicción. **CANOSA USERA, R.:** «Configuración constitucional de la jurisdicción militar», en *PJ*, n.º34, 1994, 22.

(13) Resalta Montero dos circunstancias en el Poder Judicial organización, que no tiene potestad jurisdiccional, pues ésta se atribuye a cada Juez individualmente, y que tampoco el CGPJ, aunque sea el órgano de gobierno de este Poder, goza de esta potestad. **MONTERO AROCA** en Montero Aroca, J./ Ortells Ramos, M./ Gómez Colomer, J.L.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, editorial Bosch, Barcelona, 1991, pgs. 52 a 55.

Esta interpretación dual es la más congruente con nuestra Carta Magna. Y es que ésta recoge en su art.117, ubicado en el título VI que lleva precisamente por rúbrica «Del Poder Judicial», los principios de exclusividad y unidad de la jurisdicción; sin embargo, se limita este último principio, establecido como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, al reconocerse el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio (art.117.5), así como la jurisdicción de los Tribunales consuetudinarios (art.125). Por otro lado, el art. 3 LOPJ dice que la jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y Tribunales previstos en esta ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos. En consecuencia, existen órganos judiciales no regulados en la LOPJ que, aún así, imparten justicia. Ello supone, bien que no forman parte del Poder Judicial, bien que el concepto de Poder Judicial supera la mera agrupación de los órganos regulados en la LOPJ, como ya hemos apuntado.

En conclusión, debemos distinguir entre un concepto orgánico de Poder Judicial (el cual abarca el conjunto de órganos recogidos en la LOPJ), y otro funcional (que, partiendo del esquema de división de poderes en el Estado de Derecho, engloba a los que ejercen jurisdicción). Se predica de esta institución la independencia respecto de los demás poderes, así como la inamovilidad, responsabilidad y sumisión de sus miembros al imperio de la ley. Si a estas notas añadimos la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional se impide que tal concepto equivalga al orgánico, puesto que otros Tribunales distintos de los regulados en la LOPJ ejercen potestades jurisdiccionales. De esta manera, si el Poder Judicial tiene en exclusiva la potestad jurisdiccional, no equivale al conjunto orgánico integrado por los Tribunales ordinarios y, viceversa, si equivale a los Tribunales ordinarios no tiene en exclusiva la potestad jurisdiccional (14).

2.2. PODER JUDICIAL, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y JURISDICCIÓN

Nociones similares como Poder Judicial y Administración de Justicia deben deslindarse, siendo tarea difícil dadas las afinidades y relaciones

(14) En este sentido **GARCÍA ARÁN, M.:** *La Prevaricación Judicial*, editorial Tecnos, Madrid, 1990, pg. 53; Fernández Espinar observa como la exacta correspondencia entre las acepciones orgánica y funcional encuentra el impedimento de la existencia real de Tribunales que, siendo distintos de los regulados en la LOPJ, ejercen potestades jurisdiccionales. **FERNÁNDEZ ESPINAR, G.:** «La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva», en *La Ley*, 1993-3, pg. 854.

instrumentales existentes. Define García Miguel la Administración de Justicia como la estructura orgánica ideada por la ciencia procesal y legalmente consagrada para que el Poder Judicial pueda cumplir la misión jurisdiccional que constitucionalmente le viene atribuida, hallándose integrado exclusivamente por los Jueces y Magistrados, de conformidad con el art. 117 (15).

En cuanto al tercer concepto que encabeza este epígrafe, la «jurisdicción», va unido a los anteriores, pues designa tanto una actividad del Estado, la jurisdiccional, como los órganos que la ejercen, que integran la Administración de Justicia o el Poder Judicial. Para otras funciones del Estado se establece una diferencia terminológica clara entre la función y el órgano, como sucede al distinguir entre legislación y legislativo o ejecución y ejecutivo, pero pone de manifiesto De Otto la confusión que surge cuando la expresión Poder Judicial se usa para designar el Poder o función de los Jueces y Magistrados y, al mismo tiempo, la legislación y la doctrina designan a los diversos conjuntos orgánicos de ese Poder Judicial como jurisdicciones (p.ej. civil o penal) (16).

Consiguientemente, un Poder del Estado no merece protección penal inmediata, dada la imposibilidad de atacar éste con una conducta individual. Más bien se trataría de conductas, tanto de particulares como de funcionarios, que atentan contra las garantías que requiere una efectiva separación de poderes, lo que puede concretarse en ingerencias en la actividad de los órganos encargados de la función estatal propia de cada uno de los poderes, sin que por ello se afecte, en todo caso, el concepto político en sí mismo. Concluye así un sector doctrinal (17), que la Administración de Justicia como bien jurí-

(15) En cuanto a la dificultad del deslinde puede acudir a: **GARCÍA MIGUEL, M.**: «Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pg. 1110.

(16) **DE OTTO, I.**: *Estudios sobre el Poder Judicial*, cit., pg. 17.

(17) A esta función, como objeto de tutela, se refieren García Arán y Magaldi. **GARCÍA ARÁN, M./ MAGALDI, M.J.**: «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pgs. 1123 a 1125; también García Miguel encuentra en dicha función el verdadero bien jurídico protegido. **GARCÍA MIGUEL, M.**: «Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, cit., pg. 1111; Orts acepta esa función como verdadero bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación judicial. **ORTS BERENGUER** en **VIVES, T.S./ BOIX, J./ ORTS, E./ CARBONELL, J.C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.**: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg.782; Maqueda rechaza, al estudiar lo que se debe entender por Administración de Justicia, acudir al concepto Poder Judicial –sea en tanto Poder político o Poder organización– prefiriendo aquellas posibilidades interpretativas que apuntan a criterios dinámicos de comprensión del proceso. **MAQUEDA ABREU, M.L.**: *Acusación y denuncia falsa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg. 20.

dico protegido por el Derecho Penal debe corresponderse con la función estatal de administrar justicia, la cual se desempeña, de modo exclusivo, por los integrantes del llamado Poder Judicial a través de los cauces de un proceso.

En suma, la dificultad que domina los pasos tendentes a la delimitación de oscuros conceptos como «Poder Judicial» o «Justicia», nos conduce a examinar si la jurisdicción sería útil como objeto de protección. En efecto, la función jurisdiccional proviene de jurisdicción, palabra que etimológicamente significa decir el derecho (*ius dicere*) en un caso concreto, esto es, respecto de personas o actos determinados. El Derecho impone deberes y reconoce derechos de modo general, debiendo ser fijado imperativamente mediante un acto singular cuando se produce un litigio acerca de su existencia o vigencia, entrañando tal acto el restablecimiento tanto de la confianza jurídica del pueblo en la norma como, en su caso, del orden jurídico alterado. No es suficiente, empero, la aplicación del Derecho para definir la función jurisdiccional como algo distinto de la actividad administrativa. Y ello porque tanta aplicación del Derecho existe en una sentencia penal, que condena a un inculpado, como en un acto administrativo que declara un deber e impone una sanción administrativa a un administrado. Pensemos en una sanción disciplinaria que, a pesar de ser un acto de naturaleza administrativa, puede conllevar una restricción de libertad.

Debemos así diferenciar entre función jurisdiccional militar, a ejercer por los órganos de la jurisdicción militar, y función administrativa-disciplinaria militar, a ejercer por el mando militar. Básicamente hay dos argumentos para diferenciar la esencia de tales funciones. La primera nota que las deslinda es la posición que ocupa quien resuelve. Es característico de la jurisdicción que el Juez dicta una resolución en causa ajena, es imparcial y extraño a los intereses sobre los que debe decidir, mientras que la Administración –el mando militar la representa cuando impone la sanción–, está interesada en que una cierta resolución. En segundo lugar, la función jurisdiccional se diferencia de una aplicación administrativa-disciplinaria del Derecho en la irrevocabilidad de la decisión. Una sanción disciplinaria es recurrible, primero en vía administrativa y luego ante un Tribunal Militar (recurso contencioso-disciplinario militar), pero una resolución judicial firme es inalterable. Empero, esa irrevocabilidad no debe confundirse con la irrecorribilidad, esto es, con la nota de que la decisión no sea susceptible de recurso, pues si así fuera no serían jurisdiccionales las resoluciones judiciales susceptibles de impugnación. La irrevocabilidad consiste, según De Otto (18), en la imperatividad inmutable,

(18) Aquí reside la verdadera diferencia entre jurisdicción y Administración, siendo, según De Otto, una tautología que no soluciona el problema incluir en la jurisdicción conceptos como la imparcialidad o el proceso. **DE OTTO, I.:** *Estudios sobre el Poder Judicial*, cit., pgs. 20 a 24.

esto es, en el efecto de cosa juzgada, tanto en su vertiente formal, carácter inalterable de la decisión, como material, fuerza del pronunciamiento en un caso concreto que excluye que se decida de nuevo sobre el objeto ya resuelto.

2.3. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TUTELADA EN EL CP ORDINARIO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MILITAR DEL CPM. DESLINDE

Perfilada la noción de Administración de Justicia, como ejercicio de función jurisdiccional, pretendemos ahora deslindar las dos Justicias tuteladas en los títulos respectivos de los Códigos penales ordinario y militar.

Efectivamente, la doble tipificación de conductas en los textos punitivos ordinarios y militar, como la prevaricación judicial, el quebrantamiento de condena o el falso testimonio, origina en la práctica concursos de normas, a resolver, obviamente conforme al principio de especialidad. Esto es, si un militar presta como testigo un falso testimonio en proceso penal militar, parece lógico que se aplique a tal acción el art. 183 del CPM y no el art. 458 del Código penal ordinario, aunque ambos se refieren al testigo que miente ante un órgano judicial. Lo mismo cabe decir ante un Juez que resuelva injustamente, a sabiendas, pues, como prevaricador, su acción puede cobijarse ante los dos Códigos penales, si bien por especialidad es preferente para el juzgador militar el art. 184 CPM.

El problema al que nos enfrentamos es averiguar si estamos ante dos bienes jurídicos distintos o ante el mismo. De estimarse que estas normas persiguen un mismo objeto de tutela no parece justificable una doble tipificación, pues el Derecho Militar vigente en España no es un derecho de castas, ni tiene *vis atractiva* en razón del lugar o de la condición militar de los sujetos activo o pasivo del delito.

Entre los autores que optan por esa unidad de bien jurídico se alinea el profesor Fernández Segado, que estima errónea la técnica jurídica del texto punitivo castrense, ya que para él el bien jurídico tutelado en dicho título es la recta Administración de Justicia, de inequívoca naturaleza común, por lo que estima inadecuada «la incriminación por un texto normativo especializado de una conducta delictiva materialmente ajena a la especialidad de aquél para alcanzar un fin procesal, como es el conocimiento por una jurisdicción especializada de la referida conducta» (19).

(19) **FERNÁNDEZ SEGADO, F.**: «La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz. (Reflexiones en torno al art.12 de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar)», en *PJ*, n.º 36, 1994.

Desde ese punto de vista, el Juez prevaricador, que, por ejemplo, condena o libera injustamente a un reo, ofende dicha «recta Administración de Justicia», ello sea un Juez Militar o un Juez ordinario, pues en ambos se aparta de un correcto ejercicio de su cargo. Sin embargo la pena que para esa conducta prevén los Códigos respectivos (ordinario o militar) es distinta, lo que contradice esta doctrina.

Empero, otro sector doctrinal no encuentra extraña tal duplicidad, y justifica que se aborden de forma autónoma los «Delitos contra la Administración de la Justicia Militar» por repercutir dichos tipos delictuales en el ámbito castrense (20). De ese modo se justifica que un falso testimonio o una prevaricación judicial se sancione conforme a dos leyes penales según incida en la jurisdicción ordinaria o en la militar.

Por nuestro lado, entendemos que no estamos ante iguales objetos de tutela, si bien no dudamos de que la Justicia encierra una esencia común a ambos. En otras palabras, tenemos dos bienes jurídicos, siendo el primero categorial –la Administración de Justicia del CP–, y quedando el segundo, –la Administración de Justicia Militar del CPM– incluido en el anterior, como subespecie del mismo, ya que la vida castrense se rige por especiales valores que la Justicia ordinaria no atiende.

De esta manera, justificamos la doble regulación en dos razones: por un lado, existe una autotutela de la Justicia Militar, que se arroga el juzgar conductas que pretenden su lesión, y, por otro, no hay coincidencia total del bien jurídico, pues la Administración de Justicia Militar se concreta en el ejercicio correcto por los Juzgadores militares de su función jurisdiccional. Esto es, dentro de la Administración de Justicia ordinaria existe una Militar, que se caracteriza por aplicar un derecho específico y diferenciado, vertebrado en valores como el honor, la disciplina, la dignidad militar o la jerarquía, extraños en el derecho a aplicar por la judicatura ordinaria. Esta especialidad se reconoce, dentro de la unidad del Poder Judicial, en la misma Carta Magna, en concreto en su art. 117.5 CE, por lo que es legítimo y constitucional que subsista este título.

No obstante, *de lege ferenda*, sería deseable suprimir del CPM alguno de los tipos, como el referido a la prevaricación judicial militar (art. 184 CPM), dado que la esencia del bien jurídico coincide con el tutelado en la prevaricación judicial del CP ordinario, amén de que esta reforma iría en

(20) Así piensan **MARES ROGER** y **MARTÍNEZ LLUESMA** en la obra colectiva, (coordinada por Frigola, J.): *Delitos contra la Administración Pública; Delitos contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, editorial Bosch, Barcelona, 1998, pg. 138.

consonancia con la integración que propugnamos de los Jueces Militares en el Poder Judicial, siendo la creación de una Sala 5.^a en el TS buena muestra de esa unidad. Esto es, aunque esa duplicidad normativa puede fundarse en razones de autotutela, de política criminal o de especificidad de bien jurídico, el hecho de que los integrantes de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, laboral y contencioso-administrativa por un lado, y del orden militar, por otro, sean juzgados conforme a leyes penales distintas y por Tribunales diversos no casa con la unidad apuntada. Sería recomendable, por ello, suprimir el art. 184 CPM y, al tiempo, añadir en el CP una referencia a la prevaricación judicial en causas penales o contencioso-disciplinarias militares.

No cabe duda de que un nuevo CPM debería ser más escueto, aprovechando la regulación penal ordinaria, y ningún interés en juego dejaría de estar protegido si se suprimiera este título, al existir en el CP uno dedicado a la Administración de Justicia, categoría que encierra la Administración de Justicia Militar, como hemos visto. En todo caso, ello podría ir acompañado de una reforma de nuestras leyes procesales a fin de que en caso de entrar en juego un bien jurídico militar, como si acontece un falso testimonio prestado por militar en proceso militar, pudiera aplicarse por el órgano judicial militar la ley penal ordinaria. En ese sentido, el Doctor Rodríguez-Villasante propugna un nuevo CPM mucho más breve que el vigente, pues estima que se debe eliminar lo que hay de redundante y vano en las leyes castrenses, por entrañar repetición innecesaria de las normas comunes o regulación no justificada por su especialidad (21).

3. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL JUZGADOR MILITAR COMO OBJETO DE TUTELA

Como hemos visto, dedican tanto el CP militar de 1985, como el CP ordinario de 1995, un título autónomo a la Administración de Justicia; pero la pretensión de reunir todo aquello que directa o indirectamente

(21) Para este autor, el delito militar sólo puede ofender intereses castrenses o bienes jurídicos esencialmente militares, pero la técnica codificadora rechaza la mera reiteración de los tipos comunes (cuando por sus circunstancias afecten a tales intereses castrenses), pues ello vulneraría el principio de especialidad del Derecho Penal Militar, convirtiendo un Código complementario en un texto integral. Y tampoco cree aceptable la técnica de militarizar los delitos comunes con el fin de atraer la competencia de la jurisdicción militar como se hace en el CPM con los Delitos contra la Administración de Justicia Militar. **RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.**: *El Derecho Militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario*, REDM, n.º 77, Madrid, 2001, pgs. 92 a 96.

afecte a la Administración de Justicia es casi inalcanzable (22). De otro lado, discute algún autor que sea esta Administración el bien jurídico tutelado en todas las figuras del título XX, que sólo tienen en común una vaga relación con el fin último de la justicia (23).

Además, el consenso existente al considerar la Administración de Justicia como bien jurídico afectado en las infracciones recogidas en un determinado título del texto punitivo no conlleva aceptar unánimemente que ésta posea un determinado significado. Se trata, efectivamente, de un concepto demasiado vago, siendo difícil deslindar nociones tan íntimamente unidas como Justicia, Poder Judicial, o jurisdicción. Tras ello, encontramos que la función jurisdiccional, como concreción de tan oscuro término, debe tenerse muy en cuenta en la búsqueda que nos ocupa.

Efectivamente, de los bienes jurídicos apuntados por la doctrina rechazamos aquellos que son excesivamente ambiguos, como la viabilidad del derecho a la tutela judicial (24) o el Poder Judicial (25). Tampoco aceptamos que lo verdaderamente protegido sea el proceso, señalado por algún autor como bien jurídico protegido por ser el instrumento técnico legal-

(22) Quintero Olivares cree que esta reunión es difícil, pues se extiende a un amplio espectro de conductas punibles. Estima que el título ofrece sólo una protección relativa y fragmentaria, centrada en algunos aspectos de la Administración de Justicia. **QUINTERO OLIVARES, G.**, en la obra colectiva que coordina: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, editorial Aranzadi, Barcelona, 1999, pg. 1316.

(23) La disparidad de las tipificaciones contenidas en este título obliga, según Gili Pascual, a ampliar la perspectiva hasta límites de excesiva abstracción para poder localizar un conjunto común de pertenencia, sin que la mejora producida tras la aprobación del Código Penal de 1995 vaya a cambiar de raíz el panorama de esta valoración doctrinal, pues siguen existiendo «presencias» y «ausencias» no compartidas. **GILI PASCUAL, A.**: *El favorecimiento personal en el sistema penal español*, tesis doctoral, Palma de Mallorca, 1998, pg. 120. Quintero estima subyacente en el título una vaga relación con el fin último de la Justicia, entendida a veces como función, a veces como realización de un ideal y a veces, como deber de sumisión o respeto, o de lealtad y colaboración con ella. **QUINTERO OLIVARES, G.**: *ibidem*. Según Orts, no todas las figuras del título XX son delitos contra la Administración de Justicia, no siendo éste el bien jurídico tutelado en todas ellas. **ORTS BERENGUER** en *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pg.782.

(24) Éste era el propuesto por Serrano, al defender que es misión del Derecho Penal proteger, en todo caso, dicha viabilidad. **SERRANO BUTRAGUEÑO, I.**: «Introducción a los delitos contra la “realización” de la Justicia», en la obra colectiva: *Delitos contra la Administración de Justicia. Artículos 325 a 338 bis del Código Penal*, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, editorial Comares,, Granada, 1995, pgs.30 y 31.

(25) Estima Quintero que en este título se protege a la Administración de Justicia, pero no en cuanto Administración, pues para eso bastaría con reunir todos los tipos en el título relativo a la Administración en general, sino en cuanto soporte de la actividad del Poder jurisdiccional del Estado (el Poder Judicial), a pesar de que ese Poder puede defenderse también a través de otros preceptos que no están aquí. **QUINTERO OLIVARES, G.** en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., pg. 1316.

mente establecido para el ejercicio de la función jurisdiccional (26). Aunque sea cierto que sólo a través del proceso se realiza el derecho sustantivo, aceptarlo como objeto de tutela puede suponer excluir de protección actuaciones que no siendo procesales en sentido estricto tienden a garantizar el desarrollo de esa actividad. Así, difícilmente encajaría, por ejemplo, entre los delitos contra la Administración de Justicia Militar del art. 181 CPM, que sanciona la omisión de perseguir o denunciar delitos. Estas conductas no inciden en el proceso, pero estimamos que sí obstruyen el correcto ejercicio de la labor judicial, pues vedan el acceso a conductas que deben enjuiciarse ante órganos judiciales.

Por consiguiente, optamos por las propuestas referidas al juzgador y su misión en un Estado de derecho, que conducen a la función jurisdiccional (27). En todo caso, la última finalidad de estas infracciones es proteger el imperio del Derecho como única vinculación del Juez, ello conforme a los tradicionales valores que vertebran el derecho castrense, pues sólo si se respeta dicho imperio se ejercerá correctamente la función jurisdiccional.

En definitiva, el objeto de protección buscado lo constituye el ejercicio de la función jurisdiccional de los juzgadores militares conforme al imperio del Derecho. Se configuran así, estas figuras, como pilares del Estado social y democrático de Derecho, pues no existirá éste sin órganos judiciales que ejerzan su potestad jurisdiccional con independencia, responsabilidad y único sometimiento a la ley. Conviene añadir que la tutela del funcionamiento de la justicia militar, conforme al imperio del Derecho, debe darse a lo largo de tres fases, a saber:

1.º Fase pre-procesal, o previa al proceso. El legislador penal militar pretende que sólo verdaderos delitos militares provoquen el inicio del proceso, por lo que se sanciona en el art. 180 CPM la simulación de delito. Por otro lado, para promover que se denuncie toda presunta infracción, castiga el art. 181 al militar que no promueve la persecución de un delito militar o lo denuncia a la autoridad.

(26) En ese sentido, García Miguel defiende que el título dedicado a la Administración de Justicia incrimina los actos que impiden el nacimiento o el normal desarrollo del proceso. **GARCÍA MIGUEL, M.:** «Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, cit., pg. 1111 y 1112.

(27) Estimamos, por ello, correcta la definición que García Arán otorga de dicha función, como la actividad estatal de administrar Justicia que se desempeña de modo exclusivo por los integrantes del Poder Judicial a través de los cauces de un proceso. **GARCÍA ARÁN, M./ MAGALDI, M.J.:** «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal», en *Documentación Jurídica*, cit., pgs. 1124 y 1125..

2.º Fase procesal. Se tiene que garantizar un desarrollo objetivo y justo del proceso militar, sin que se favorezca o perjudique a ninguna parte, finalizando aquél con una resolución adecuada a derecho. A este logro se dirige la mayoría de los preceptos del título que tutela la Administración de Justicia Militar, como luego veremos, y, por último,

3.º Fase ejecutiva o post-procesal. Se trata de ejecutar, conforme al ordenamiento jurídico, la resolución adoptada, en la medida en que sin ello no tienen valor los anteriores aspectos. A tutelar esta fase se dirige el art. 188 CPM, que sanciona el quebrantamiento de prisión o condena.

Dejado claro el objeto de tutela, pasamos a continuación a estudiar la problemática que ofrecen algunas de las diversas figuras que contiene ese título.

4. EL BIEN JURÍDICO EN LAS FIGURAS DELICTIVAS EN PARTICULAR. PROBLEMAS CONCURSALES

4.1. LA SIMULACIÓN DE DELITO

Castiga el CPM, en su art. 180, a quien simula ante autoridad competente ser responsable o víctima de un delito atribuido a la Jurisdicción Militar, motivando una actuación procesal.

Similar conducta recoge el art. 457 CP, pero respecto a infracciones de la norma penal ordinaria, lo que parece suficiente para resolver el concurso aparente de normas que surge a favor de la norma castrense, conforme al principio de especialidad del art. 8 CP. En cuanto al bien jurídico, nos parece claro que aquí se tutela el correcto funcionamiento de la jurisdicción militar en su fase inicial, pues se pretende que no se distraigan energías que la judicatura debe destinar a perseguir y castigar a verdaderos delincuentes.

La conducta requiere una «autodenuncia», es decir una simulación de ser autor o víctima del delito, lo que debe ir seguido de una actuación procesal, –en el sentido de jurisdiccional, de modo que no colma el tipo una simulación ante el mando militar–. Resulta así que de hacerse referencia en la denuncia a alguna persona diferente al propio simulador estaríamos en presencia de una acusación o denuncia falsa. Así, existe en este ámbito una carencia importante, pues no recoge la norma militar un precepto que regula tal acción, similar al art. 456 CP, por lo que de darse ese hecho debe entrar en juego la jurisdicción ordinaria, a pesar de que el bien jurídico no es la «Administración de Justicia» ordinaria, sino la «Militar», por lo que propugnamos la subsanación de tal laguna.

En este sentido, es difícil delimitar la frontera entre la simulación de delito militar –del texto castrense– y la acusación o denuncia falsa –del texto ordinario–, cuando quien simula ser víctima de delito militar provoca un proceso que, partiendo de esas falsas aseveraciones, conduce a la injusta imputación de una persona inocente. Estimamos que en ese caso el tipo a aplicar sería el militar, pues la simulación inicial y la acción procesal que motiva indica que se ha realizado tal conducta típica.

4.2. LA OMISIÓN DE PERSEGUIR O DENUNCIAR DELITOS

Contiene el art. 181 CPM un tipo omisivo que persigue dos conductas, sancionando con prisión:

1.º al militar que, estando obligado a ello, dejase de promover la persecución de delitos competencia de la jurisdicción militar;

2.º al militar que, teniendo conocimiento de su comisión no lo pusiese en inmediato conocimiento de sus superiores o lo denunciase a autoridad competente.

La primera cuestión que surge al enfrentarnos al estudio de este precepto es determinar el bien jurídico, pues ello justifica, o no, su ubicación sistemática en el título dedicado a la Administración de Justicia Militar. Esto es, un sector doctrinal cree que no es la Justicia lo tutelado, sino aquel bien cuya lesión no se contribuye a evitar: la vida, la integridad física, la salud, la libertad o la indemnidad sexual (28). Pues bien, siendo innegable que, de modo mediato, se tutelan esos objetos, creemos que lo defendido de modo inmediato, o directo, es la fase previa del funcionamiento de la Justicia Militar. Esto es, se busca que lleguen a ser objeto de enjuiciamiento las infracciones castrenses y, para ello, se persigue penalmente a quien no las denuncia o comunica a sus superiores.

También presenta este delito militar problemas concursales, en tanto que el art. 450 del Código Penal ordinario sanciona a quien, pudiendo hacerlo sin riesgo propio o ajeno, no impide la comisión de un delito y también a quien no acude a la autoridad o sus agentes para que impidan un delito de cuya próxima comisión tenga noticia. El art. 181 CPM es el único precepto del título que requiere expresamente la condición de militar del sujeto activo, para el caso de que no comunique a sus superiores o no

(28) Vid., en ese sentido: **ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.**, en *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 785.

denuncie a la autoridad la comisión de un delito que conoce, e incluso se restringe más el sujeto activo en una conducta, pues la primera parte del precepto se aplica sólo al militar obligado a promover la persecución de delitos que no realiza tal labor, –obligación que afecta a cargos como Jueces Togados, Fiscales Jurídico Militares, Guardias Civiles y Policías Militares–. Como contraposición a un sujeto activo tan limitado, la infracción común puede cometerse por cualquiera, lo que parece suficiente criterio de distinción. Además, la infracción común se aplica sólo a delitos graves (que afecten a vida, integridad, libertad o libertad sexual de la persona), mientras que el art. 181 CPM se restringe a aquellos delitos competencia de la jurisdicción militar. Esto es, aunque parece que en ciertos supuestos ambos Códigos son aplicables, estamos ante un concurso aparente de normas a resolver, conforme al principio de especialidad del art. 8 del CP ordinario, a favor del texto castrense.

De otra parte, el art. 181 CPM no prevé la conducta del militar que, pudiendo evitar un delito sin riesgo propio o ajeno, se abstiene voluntariamente de hacerlo, a diferencia del tipo común. Convendría ampliar el art. 181 en ese sentido.

Siendo cierto que se busca un correcto funcionamiento de la Justicia Militar, recalquemos que la Sala 5.^a TS ha justificado la existencia de este delito omisivo en una especial obligación de denunciar de los militares. En efecto, en STS de 2 de octubre de 2002, recuerda la Sala 5.^a que el precepto sancionador se desdobra:

«en dos conductas diferentes que constituyen otros tantos delitos de omisión, una abstenerse de promover la persecución de los delitos competencia de la jurisdicción militar y otra el omitir de dar conocimiento de cualquier delito militar en cuanto se sepa de su perpetración: la obligación que incumbe a cualquier ciudadano de denunciar cualquier delito que presencie, se transforma para todo militar, en relación con delitos competencia de la jurisdicción militar, en una obligación más grave que integra el delito del art. 181 CPM en su segunda forma, al no poner el hecho en conocimiento de sus superiores o no denunciarlo a la autoridad competente».

4.3. COACCIONES, VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

El art. 182 CPM persigue a quien durante las distintas fases de tramitación de un procedimiento judicial militar ejerciera coacciones, violencia o intimidación con el fin de obtener o impedir confesión, testimonio, informe o traducción. Esa finalidad específica nos lleva a deducir que se

tutela también aquí el correcto funcionamiento de la Justicia Militar o, si se prefiere, el correcto ejercicio de la función jurisdiccional por el juzgador castrense, ya que éste no puede realizar su labor en condiciones si estas actuaciones tienen lugar. Afianzando esta tesis, el segundo párrafo del precepto aplica la misma pena para el caso de cometerse otros delitos si tienen los mismos fines, ello sin perjuicio de la sanción correspondiente al delito cometido.

El CP ordinario recoge un delito asimilado a éste, en su art. 464, destinado a castigar a quien con violencia o intimidación intenta influir en testigo, perito o alguna de las partes del proceso. El segundo párrafo de esta norma impone igual pena a quien realiza actos contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra esas personas por su actuación en proceso judicial, sin perjuicio de las penas por esas infracciones.

Pues bien, estamos ante otro problema concursal de interés. No cabe duda de la preferencia que la norma penal castrense tiene frente a la ordinaria, pero ello acontecerá sólo cuando ambas den cobijo a acciones con igual finalidad, como coaccionar a testigos o peritos para influir en sus testimonio o informes. Esto nos lleva a plantearnos qué hacer cuando la coacción se lleva a cabo tras el procedimiento, esto es, como venganza de una actuación procesal. Dado que esa conducta sólo se prevé en el CP ordinario creemos que debería aplicarse éste, sin perjuicio de que convenga reformar la ley penal militar al efecto.

4.4. EL FALSO TESTIMONIO

Asigna el art. 183 CPM una pena tanto a testigos que prestan falso testimonio como a peritos que informan maliciosamente, en el seno de un procedimiento militar. Pues bien, también aquí hay cierta duda sobre el bien jurídico protegido, pues un falso testimonio vertido en un proceso judicial mueve al juzgador a una sentencia injusta y, por ende, conlleva un perjuicio o beneficio de las partes. En efecto, pensemos en un procedimiento penal en el que un imputado puede incluso sufrir pena de prisión como consecuencia de un testigo que falsea la verdad. De hecho, igual que apuntábamos al estudiar el art. 181, existen aquí dos objetos de tutela, uno de carácter principal y otro derivado. Así pues, el bien jurídico propiamente dicho, de carácter principal, es el correcto ejercicio de la función jurisdiccional que presta el juzgador militar, pues es obvio que un testigo que miente impide al Juez ejercer correctamente su función. No obstante,

ello no conlleva negar la existencia, de modo accesorio o derivado, de cierta tutela a las partes que están sometidas al proceso, pues eliminando tales acciones perniciosas se les evita un perjuicio claro. A mi juicio, es preponderante el objeto de tutela referido a un correcto ejercicio de la función jurisdiccional por el juzgador militar, lo que nos lleva a estimar correcta su inclusión entre los delitos contra la Administración de Justicia Militar. En esta línea, estima Orts Berenguer (29) que el bien jurídico en el falso testimonio es, inequívocamente, la Administración de Justicia, en cuanto dificulta o impide la fase probatoria de un proceso, siendo el presupuesto del delito la existencia de un proceso en el que el sujeto activo, el testigo o el perito, declara o informa falsamente.

Si acudimos a la regulación que el Código Penal ordinario realiza del falso testimonio, observamos que es más profusa que la del texto castrense, en cuanto que se recoge no sólo una conducta de falso testimonio tradicional, como es la de faltar a la verdad en el testimonio o en el peritaje prestado, pues también se sanciona, en el art. 460, un falso testimonio «menor», referido al testigo, perito o intérprete que, sin faltar sustancialmente a la verdad, la altera con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos. Prevé, además, el art. 461, un castigo a quien presenta, a sabiendas, testigos falsos o intérpretes mendaces. Por otro lado, el CP ordinario recoge una exención de pena, en el art. 462, para el caso de que el testigo se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de se dicte sentencia.

Esta doble tipicidad nos lleva a cuestionarnos qué norma aplicar cuando un testigo en proceso militar no miente, sino que es inexacto o silencia ciertos hechos sustanciales, dado que la ley militar no recoge expresamente un falso testimonio «menor». Pues bien, estimamos que tal acción queda abarcada en la amplia conducta de «dar falso testimonio» que define el art. 183 CPM, pues sería ilógico que el juzgador militar tuviera que acudir para ello al CP ordinario, y no creemos que ello suponga una interpretación perjudicial ni una analogía *in malam partem*, de las prescritas en el Derecho penal. En cuanto a la presentación de testigos falsos o intérpretes mendaces, a sabiendas, parece que estamos ante una conducta atípica en la ley penal militar, pero no es así, pues a pesar de que no existe precepto correlativo al art. 461, basta acudir a la teoría general de la participación para deducir que quien presenta a otro para que testifique falsamente, es partícipe de un delito, y debe responder, en concreto, como inductor de un falso testimonio.

(29) ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, cit., pg. 794.

Llegamos ahora a la exención de pena que recoge el Código ordinario en su art. 462. Pues bien, sin perjuicio de que podría introducirse aquí una exención similar, nada impide que el juzgador militar aplique esa norma, de darse sus presupuestos, dado que dispone el art. 5 CPM:

Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código.

Recordemos que no se precisa en el delito de falso testimonio el mandato del Tribunal para proceder contra el falso testigo o perito, a diferencia de lo que ocurre con la denuncia o acusación falsa. No obstante, recuerda Peña y Peña que existe doctrina y jurisprudencia a favor de que sea el mismo órgano judicial ante el que se cometió el presunto desafuero el que autorice o promueva la persecución, en razón a que el bien jurídico protegido es la institución de la Justicia y el juzgador ante quien se ventilo la cuestión es quien primeramente percibe la anormalidad (30).

4.5. LA PREVARICACIÓN DEL JUZGADOR MILITAR

Queda claro el objeto de tutela que pretende esta figura, pues nada puede perturbar más el correcto ejercicio del Derecho que un Juez corrupto y parcial que maneja la ley a su antojo. En efecto, nada obsta a que un Juez Togado o un miembro de un Tribunal Militar tuerza el Derecho, en vez de aplicarlo rectamente. A favor de sancionar tal conducta con el Código Penal se mostraba García Arán, al incluir en el concepto «causa criminal» la sustanciada en la jurisdicción militar (31). No es cuestión meridiana, empero, la aplicación del Código Penal a los abusos judiciales cometidos en el ámbito castrense.

Prima facie nos enfrentamos a un problema terminológico, en cuanto el Código Penal ordinario se refiere sólo a «Juez o Magistrado», y, si bien existen Jueces Togados Militares, los integrantes de un Tribunal Militar no se llaman Magistrados, sino Vocales, –se especifica entre Vocales Togados y Vocales Militares según pertenezcan, o no, al Cuerpo Jurídico– (32). Mas, no compartimos teorías excesivamente formalistas que conducirían a excluir la autoría de esas personas. En efecto, estimamos evidente, par-

(30) PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, cit, pg. 183.

(31) GARCÍA ARÁN, M.: *La Prevaricación Judicial*, cit., pg. 100.

(32) Efectivamente, los juzgadores castrenses son, según la LOCOJM: Magistrados, integrantes de la Sala Quinta del TS, Jueces Togados Militares y Vocales integrantes de los Tribunales Militares, que pueden ser Vocales Togados o Militares.

tiendo de una interpretación material de los términos, que es el hecho de ejercer función judicial el que otorga la condición de Juez o Magistrado a estas personas, recogidas, por ello, dentro del círculo subjetivo de los artículos 446 y siguientes del Código Penal. Además, los miembros de un Tribunal Militar cumplen una labor muy similar a la de los Magistrados de un Tribunal ordinario, como demuestra que ambos emiten resoluciones jurisdiccionales con el mismo contenido procesal, controladas, de hecho, por un idéntico sistema de recursos, que culmina siempre ante alguna de las salas del Tribunal Supremo o, en su caso, ante los Tribunales Constitucional o de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Debemos ahora referirnos a la ley penal militar, pues en el título de los delitos contra la Administración de la Justicia Militar, se incluye un precepto que sanciona la prevaricación judicial militar. En concreto, castiga el artículo 184 CPM con pena privativa de libertad a quien formando parte de un Tribunal Militar o en el ejercicio de funciones judiciales dictare, a sabiendas, sentencia o resolución injusta, o dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, sentencia manifiestamente injusta. Esto es, el legislador ha optado por incriminar en el texto punitivo militar ciertos delitos contra la Administración de Justicia, transformándolos en delitos militares, renunciando, así, a la opción de aplicar el Código Penal a determinadas conductas de los juzgadores militares.

Según deduce algún autor, la aprobación de la ley penal militar ha supuesto excluir la aplicación de los tipos de prevaricación tipificados en el Código Penal a los miembros de la jurisdicción militar (33). Creemos que debe matizarse tal conclusión, en tanto que hay otras formas de comisión de la prevaricación distintas a emitir una resolución injusta, como son las conductas denegatorias o retardadoras de la prestación de justicia. Respecto a ellas, y mientras no se tipifique nada en ese sentido por la ley penal militar, será de aplicación el Código Penal. Así, el Juez Togado o miembro de Tribunal Militar que se niegue a juzgar sin alegar causa legal o que incurra en retardo malicioso incurrirá en las conductas tipificadas en los artículos 448 y 449 del Código Penal, pues en otro caso quedaría impune su conducta, ya que la ley militar no contiene preceptos correlativos. En aquellos casos en que sea procedente aplicar los preceptos del Código Penal ordinario será la jurisdicción ordinaria, y no la militar, a pesar de que se trate de

(33) Por ello, no cuestiona Ramos Tapia que el CPM es aplicable a la prevaricación judicial cometida por el Juez militar, siendo competente para conocer, lógicamente, la jurisdicción militar. **RAMOS TAPIA, M.I.**: *El delito de prevaricación judicial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pg. 175.

Jueces militares, la competente para incoar el proceso oportuno, –pues la jurisdicción militar no se rige por el fuero de la persona, sino que actúa sólo cuando exista un delito militar, sea su autor militar o civil– (34).

Esta posible dualidad competencial nos lleva a situaciones que llaman la atención a cualquier jurista. Esto es, de negarse un Juez Militar sin causa legal a pronunciarse en un asunto –prevaricación pasiva–, debería fundarse su castigo en el Código Penal, y ejercerse ante la jurisdicción ordinaria, ante la que ya no cabe la institución del antejuicio, eliminada por la ley del jurado de 1995. Sin embargo, si la prevaricación fuera activa, por haber emitido el Juez Togado una resolución injusta, se debe acudir al artículo 184 de la ley castrense, rigiendo la legislación procesal militar, en la que todavía subsiste esa figura. De esta manera, la denuncia por prevaricación, que formuló el entonces coronel J.A. Perote contra el Juez Togado que lo procesó, fue inadmitida en el correspondiente antejuicio, pues esta institución subsiste en la formativa procesal castrense a pesar de haber desaparecido de la Lecrim, por tacharlo la doctrina de privilegio inadmisibles (35).

Así pues, *de lege data*, la prevaricación judicial cometida por Jueces militares, puede suponer problemas concursales, pero en ningún caso desvirtúa la posibilidad de que un Juez militar pueda cometer la conducta típica de los artículos 446 a 449 del Código Penal. De cumplirse los presupuestos que la conducta del artículo 184 CPM exige, no cabe duda de que será este texto el oportuno, conforme al principio de especialidad, y la jurisdicción militar la competente. En otro caso, y dado que esas conductas no pueden quedar impunes, serán de aplicación los preceptos de la prevaricación judicial que recoge el Código Penal, y no regirá la jurisdicción castrense (36).

Como ya apuntamos anteriormente, sería deseable, *de lege ferenda*, suprimir del CPM la prevaricación judicial militar al coincidir la esencia

(34) En efecto, a un militar en activo se le pueden aplicar, por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, tipos del Código Penal ordinario, y ello acontece ante el robo a otro militar de su unidad o el tráfico de drogas cometido en un acuartelamiento. Sobre este aspecto se puede ver **HERNÁNDEZ MUNTIEL, A./ FERRER BARQUERO, R.:** *Manual práctico de la jurisdicción militar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1998, pgs. 94 a 98.

(35) Así, ante la denuncia que formuló el coronel J.A. Perote contra el Juez Togado que lo había procesado, imputándole entre otros un delito de prevaricación, se inició dicho antejuicio. Por auto de 19 de febrero de 1996 el Tribunal Militar Central no apreció ninguna ilicitud en la actuación del Juez instructor e inadmitió la denuncia. En aquellos casos en que el proceso contra los componentes de Tribunales Militares y Jueces Togados Militares se inicie por denuncia del ofendido o perjudicado o por comunicación de algún Mando Militar Superior deberá preceder un antejuicio, según el art. 434 LOPM.

(36) Estudio esta cuestión en **FERRER BARQUERO, R.:** *El delito de prevaricación judicial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pgs. 57 a 59.

del bien jurídico con el tutelado en la prevaricación judicial del CP ordinario. Esta propuesta es coherente con la integración que propugnamos de los Jueces Militares en el Poder Judicial, y recordemos que la existencia de una Sala de lo Militar en el TS es buena muestra de esa unidad. Así, convendría evitar que se castigue conforme a normativa distinta y ante diversos Tribunales a los Jueces que prevariquen, atendiendo a su carácter militar u ordinario, pues el derecho militar no es un derecho de castas. De hecho, ya existen supuestos en la ley penal ordinaria que acogen infracciones cometidas en el ámbito castrense, como el tráfico de drogas cometido en establecimiento militar (art. 369.1, 8.ª).

Esto es, aunque puede fundarse en razones de política criminal o de especificidad de bien jurídico, el hecho de que los integrantes de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, laboral y contencioso-administrativa por un lado, y del orden militar, por otro, sean juzgados conforme a leyes penales distintas y por Tribunales diversos no casa con la unidad apuntada. Debería acompañarse esta supresión de una modificación del CP ordinario, en el sentido de añadir alguna referencia a la prevaricación judicial en causas penales o contencioso-disciplinarias militares.

4.6. EL COHECHO

Sanciona el art. 185 CPM a quien incurre en cohecho en procedimiento judicial militar. Dado que el CP ordinario ubica el cohecho entre las infracciones que lesionan la Administración pública, parece extraño encontrar esta figura en un título del CPM que protege la Administración de Justicia, y, de hecho, algún autor sólo la justifica en el hecho de que no encajaba en otro título y era necesaria su existencia. Obviamente su inclusión depende de la postura que se adopte respecto a la concreción de ese bien jurídico, lo que nos lleva a propugnar su subsistencia en este lugar, dado que defendemos que lo tutelado es el correcto funcionamiento de la función jurisdiccional por los juzgadores militares y no cabe duda de que un cohecho en el seno de un proceso militar afecta directamente a la labor del juzgador militar.

Peña y Peña afirma que el bien jurídico protegido por el cohecho es la incorruptibilidad que debe ser condición de quien ejerce funciones públicas, cualesquiera que sean, y que, a falta de otra ubicación más correcta el legislador los incluye aquí. No obstante, reconoce que el cohecho cometido en procedimiento judicial, en especial si el agente ejerce funciones judiciales, tiene más trascendencia social y encuentra otra razón a esta inclu-

sión, cual es encomendar a la propia jurisdicción especial que vele porque no sean sobornables quienes intervienen en sus procedimientos (37).

A nuestro juicio deben distinguirse dos posibilidades:

1.º si el cohecho de un funcionario militar ocurre en el seno de un procedimiento judicial militar debe sancionarse con arreglo al art. 185 CPM, en función del principio de especialidad y de la afección del bien jurídico mencionado;

2.º si el cohecho de un funcionario militar tiene lugar en otro ámbito es aplicable el CP ordinario, pues esta norma dedica un capítulo al cohecho (arts.419 a 427), ubicado en el título que tutela la Administración Pública y dicha Administración abarca no sólo su sector Civil sino también el Militar.

En cuanto al concepto de cohecho, que se deduce del CP, abarca la conducta de autoridad o funcionario que, en provecho propio o de tercero, solicita o recibe, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o acepta ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión.

4.7. ATENTADO CONTRA JUECES, FISCALES O SECRETARIOS INTEGRANTES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Persigue el art. 186 CPM a quien atenta o ejerce violencia o coacciones contra los miembros de un Tribunal Militar, Jueces, Fiscales o Secretarios de procedimientos judiciales militares. Estamos ante una especialidad del atentado contra la autoridad, en la que se limita el sujeto pasivo a los principales actores de la jurisdicción castrense. Apenas entró en vigor el CPM, propugnaron autores como Peña y Peña el traslado de esta infracción a otro título del CPM, por ser el atentado extraño al bien jurídico que directamente protege el título (38). Así, nuestra primera labor es desentrañar el objeto de tutela de esta infracción, partiendo de que estamos ante un atentado meramente cualificado por el carácter de su sujeto pasivo.

A nuestro juicio lo que directamente se protege aquí no es la Justicia Militar, sino el principio de autoridad militar, objeto tutelado en otro apartado de la norma penal castrense. Dicho principio debe alejarse de concepciones autoritarias y concretarse, en sentido democrático, como deber de obediencia a la autoridad castrense para que ésta pueda ejercer las fun-

(37) PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pgs. 1999 y 2000.

(38) Defiende Peña y Peña que el atentado es extraño al bien jurídico protegido y que habría sido sistemáticamente más adecuado llevar este delito a continuación del art. 87, en el título dedicado a la institución militar. PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pgs. 1986, 2001 y 2002.

ciones encomendadas por el ordenamiento jurídico y mantener así el orden en el seno de la institución militar.

Si acudimos al texto penal ordinario encontramos que el atentado abarca diversas infracciones englobadas bajo la rúbrica «Delitos contra el orden público». Entiende Cuerda Arnau que la noción de orden público como bien jurídico categorial es más precisa que la referencia del CP derogado a la seguridad interior del Estado, si bien el concepto de orden público en sentido estricto –como orden material de la vida pública–, no es suficiente para englobar los concretos bienes tutelados en las diferentes figuras, de manera que si se pretende encontrar un elemento que los unifique y justifique la opción legislativa hay que recurrir a un concepto de orden público omnicomprendivo, que abarque el normal funcionamiento de las instituciones públicas, el mantenimiento del conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia social y la tutela de la paz pública (39). Partiendo de ese orden público, creemos que debe llegarse al principio de autoridad como objeto de tutela.

Efectivamente, doctrina y jurisprudencia han defendido tradicionalmente que lo tutelado en el atentado es el interés del Estado en el respeto al principio de autoridad que, encarnado en las personas que la ostentan, se entendía como *potestas e imperium* y cuya relación con el orden público derivaba de que no hay disciplina social y política posible si los órganos a través de los que el Estado cumple sus fines no son respetados. Es importante al respecto recordar, como hace Roig Torres, que la visión del principio de autoridad como un atributo personal ha sido progresivamente reemplazada por una concepción funcional en virtud de la cual la protección de las autoridades, agentes y funcionarios, operada a través del delito de atentado, tiene como norte garantizar el desempeño de las funciones públicas a aquéllos encomendadas (40). Esta ha sido la interpreta-

(39) Reconoce Cuerda Arnau que ese bien jurídico categorial es de utilidad limitada por su amplitud, pero no cree un dislate renunciar a una delimitación más concreta pues no tiene la trascendencia que tenía en otros momentos históricos en los que la doctrina se esforzó por limitar una noción que aparecía como habilitadora de poderes indeterminados. **CUERDA ARNAU, M.L.:** *Los delitos de atentado y resistencia*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pgs. 25 a 33.

(40) No obstante adscribirse a esa opción, la autora reconoce que otros autores acuden a valores distintos al secular principio de autoridad, tratando de borrar todo resquicio de autoritarismo del texto punitivo. **ROIG TORRES, M.,** *El delito de atentado*, editorial Aranzadi, Valencia, 2004, pgs. 50 a 56. En ese sentido, Prats Canut estima que en el marco constitucional deviene imposible seguir caracterizando ese bien jurídico conforme a criterios de autoridad, y defiende, por el contrario, su búsqueda en las necesidades propias de la función pública, como servicio a los ciudadanos. **PRATS CANUT, J.M.,** en la obra colectiva, dirigida por Quintero Olivares, G.: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., pg. 1565.

ción doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, habiendo proclamado la Sala 2.^a del TS de modo uniforme que el objeto de tutela del delito de atentado es el principio de autoridad, concebido en aras del correcto funcionamiento de la Administración. Además, ha precisado esa Sala que la incriminación se genera en consideración a la misión o función asumida, y no a la consideración de la persona particular agredida (STS 19 de mayo de 1981). Así, partiendo del objeto de tutela, no parece correcto que una infracción que puede calificarse de atentado se cobije entre los delitos contra la Justicia Militar, lo que nos lleva a buscar una alternativa.

Llegados a este punto, advertimos que existe otro precepto en la norma castrense que sanciona la conducta de atentar contra una autoridad militar, el art. 87, y estimamos que ésta es la ubicación sistemática correcta donde debe encuadrarse la acción de quien acomete contra un Juez Militar en el ejercicio de su cargo. En efecto, el título IV del Libro II CPM (Delitos contra la nación española y contra la institución militar) abarca el art. 87, que sanciona el atentado contra la autoridad militar cometido en tiempo de guerra, o de paz si el sujeto activo es militar. Así, partiendo de que el objeto de tutela del atentado contra autoridad militar es el principio de autoridad militar, no hay mejor título en el que cobijar tal infracción que el dedicado a tutelar la institución militar, pues no olvidemos que interpretamos tal principio como el deber de obediencia que se tiene frente a la autoridad castrense para que ésta pueda ejercer las funciones encomendadas por el ordenamiento jurídico y mantener así el orden en el seno de la institución militar.

En definitiva, la inclusión de un atentado específico para proteger a quienes conforman la justicia militar en el título dedicado a dicha Administración de justicia no nos parece una decisión sistemáticamente correcta. De esta manera, más adecuado sería suprimir el art. 186 y modificar la regulación del atentado contra autoridad militar que lleva a cabo el CPM. En efecto, creemos que bajo el concepto de «Autoridad Militar» del art. 9 CPM deberían cobijarse los Secretarios Relatores y, por otro lado, defendemos que el art. 87 debería admitir al sujeto activo no militar para tiempo de paz, pues actualmente ese precepto sólo sanciona su conducta si se da en tiempo de guerra.

4.8. EL DESACATO CONTRA JUEZ O TRIBUNAL MILITAR

El art. 187 recoge la conducta de quienes en procedimiento judicial militar, en su vista o en comparencias obligadas o legales cometa desacato o desobediencia contra Tribunales o Jueces Militares.

Tradicionalmente ha estimado la doctrina que estamos ante figuras que lesionan el principio de autoridad, si bien de forma algo más leve que con el atentado, lo que nos lleva a estimar desafortunada la inclusión de esta figura en un título destinado a tutelar el funcionamiento de la jurisdicción militar. También reconoce la jurisprudencia que el desacato lesiona el principio de autoridad y así, en referencia a un supuesto de desacato a la autoridad judicial, afirma que este desacato particular requiere los mismos elementos que todo desacato en general, a saber: uno objetivo u ontológico, constituido por la amenaza, injuria o calumnia, y otro subjetivo, tendencial o teleológico, constituido por el *animus infamandi* o *iniurandi*, que no tiene sólo alcance deshonorante, como acontece en el paralelo delito privado, sino que precisa una mayor matización, en cuanto exige el dolo directo de menospreciar o vejar precisamente a la persona que encarna la autoridad y en cuanto la misma es representante de esa cualidad pública (STS 12 de marzo de 1975).

No obstante fundar el desacato en el principio de autoridad, un sector doctrinal estimaba, tras la entrada en vigor de Constitución, que esta infracción contradecía dos pilares de nuestra Carta Magna, cuales eran el principio de igualdad y la libertad de expresión. En efecto, esta especial protección parecía infringir el derecho a la igualdad en cuanto que se privilegiaba en su protección penal a ciertos ciudadanos atendiendo a su función pública, y, por otro lado, limitaba el derecho a la libertad de expresión. De hecho, se estimaba en algún caso que no se protegía la función pública, sino una especial y pretendidamente superior dignidad de determinadas personas constituidas en autoridad (41).

Si estudiamos el debate parlamentario del CP de 1995 observamos que se suprimieron los desacatos a la autoridad y demás funcionarios por con-

(41) Moreno Alcazar se ocupa del bien jurídico protegido en los desacatos y afirmaba, vigente el texto penal de 1973, que en algún caso se protegía una especial dignidad de determinadas personas constituidas en autoridad. Estudia el autor una STS de 10 de marzo de 1992, en cuyo fundamento jurídico segundo aduce la Sala 2.^a que el bien jurídico no es sólo la persona que ostenta la cualidad de funcionario público, sino principalmente la función pública misma, que no puede verse menoscabada gratuitamente. Pues bien, critica el autor esa resolución en cuanto dicha función no llega a lesionarse en tal supuesto, ni siquiera a ponerse en peligro, pareciendo que lo único protegido es esa superior dignidad del funcionario. Octavio de Toledo, por su parte, critica que la dignidad de la función pública se configure como un valor especial y sobrevalorado que la aleje de los ciudadanos. La complejidad de averiguar cual es el bien tutelado lleva a otros autores como Muñoz Conde a propugnar que el desacato desaparezca, castigándose sólo el delito común de injurias, calumnias o amenazas. Sobre esta cuestión vid.: **MORENO ALCAZAR, M.A.**: «El honor en relación con el bien jurídico protegido en los desacatos. Comentario a la Sentencia del TS –Sala 2.^a– de 10 de marzo de 1992», en *Revista General de Derecho*, 1993, julio-agosto.

llevar esas infracciones una especial protección del sujeto pasivo que se estimó injustificada. Así, se entendía prevalente la consideración de la autoridad o el funcionario como sujeto al servicio de los ciudadanos y no privilegiados en su protección penal (42).

En suma, atendiendo al objeto de tutela y a las razones antes mencionadas que han conducido a la supresión del desacato en el CP ordinario, creemos que debería desaparecer esta infracción del CPM. Ello no supondría la impunidad de injurias, calumnias o amenazas contra los juzgadores militares, pues cabe aplicar en tal caso el texto penal ordinario, –pensemos en unas injurias, coacciones o amenazas–, o el mismo CPM. Esto es, pensemos por ejemplo que si un testigo o un imputado es militar de graduación inferior a un Juez Togado y lo insulta, hoy día incurre en un delito de desacato, pero de desaparecer éste subsistiría el de insulto a superior.

4.9. EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA O PRISIÓN

El art. 188 CPM sanciona al sentenciado por la jurisdicción militar que quebranta su condena, prisión, conducción o custodia. Estamos ante un delito que lesiona claramente la función jurisdiccional, más concretamente la fase ejecutiva de ésta, pues un quebrantamiento de condena o prisión hace ineficaz el pronunciamiento condenatorio previo y convierte en papel mojado todo el largo y costoso proceso penal militar que ha conducido a éste.

Apenas entrado en vigor el precepto, la doctrina jurídico penal advirtió el principal defecto de esta norma. En efecto, Peña y Peña apuntaba en 1988 que el precepto contempla el tipo básico del delito común denominado quebrantamiento de condena y difícilmente alcanza al de evasión de presos, que recoge unido al anterior la legislación común (43). Para que exista el delito se exige que un «sentenciado» se evada del lugar donde se encuentre sujeto a las disposiciones judiciales. Queda fuera del tipo la huida de un preso preventivo, todavía no sentenciado, por lo que más

(42) Esa supresión la mantuvieron inicialmente el Sr. Lázaro Lázaro (Grupo Popular), por suponer una especial protección del sujeto pasivo, y también el Sr. López Garrido, que estimaba excesiva la protección del principio de autoridad como parte del orden público, por lo que se proponía la remisión a los delitos comunes de injurias, calumnias o amenazas. Vid., al respecto, **LOPEZ GARRIDO, D. Y GARCÍA ARÁN, M.:** *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, editorial Tecnos, Madrid, 1996, pgs. 200 a 202.

(43) **PEÑA Y PEÑA, V.:** *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., pgs. 187 y 188.

correcto hubiera sido iniciar el artículo de la misma forma que su homónimo del Código Penal común: los sentenciados o presos.

No parece lógico que la huida de un preso preventivo, en el marco de un proceso penal militar, quede extramuros de este delito y, por tanto, sea competencia de la jurisdicción ordinaria, por lo que la doctrina jurídico penal ha apuntado diversas soluciones. En este sentido, el tratamiento procesal que cabe ante la fuga de un preso preventivo de la jurisdicción militar es diverso, y puede sintetizarse así:

a) Estimar que la conducta del preso preventivo por la jurisdicción militar que se fuga del lugar de custodia es atípica. Como antecedente de esta solución, podemos acudir a un auto de archivo dictado por el Juez Togado Militar 42 de La Coruña. En efecto, ante una fuga de un militar que era preso preventivo de ese Juzgado se planteó conflicto de jurisdicción con el Juzgado de instrucción n.º 1 de Pontevedra, decidiendo la Sala de conflictos la competencia del órgano militar. Este Juzgado emitió un controvertido auto de archivo, con fecha 10 de julio de 1990, por ser atípica la conducta, que fue recurrido por la Fiscalía y confirmado por el Tribunal Militar Territorial Cuarto. El argumento jurídico es simple, y se funda en que la competencia de la jurisdicción militar se fija por el delito, y no por la persona o el lugar, no existiendo aquí tipo militar aplicable al hecho de la fuga de un preso, pues el art. 188 CPM exige que esté sentenciado. Por otro lado, estimó el Juzgado Togado que no cabe aplicar el Código penal ordinario por no encontrarnos ante un supuesto de conexidad material ni ante una incidencia de un procedimiento judicial incoado previamente. Pone de manifiesto Martínez Aznar lo «explosivo» de esta situación, si bien recuerda que el estado normal de la cuestión consistía en que los Tribunales Militares aceptaban la calificación de los hechos conforme al CP ordinario, sin plantear la más mínima duda sobre la competencia de la jurisdicción militar (44);

b) Efectivamente, una segunda posibilidad, utilizada en multitud de ocasiones por nuestros órganos judiciales castrenses, es aplicar el CP ordinario en el seno del proceso militar, justificando esa atribución competencial en ambiguas referencias al carácter militar del sujeto activo o a ser los intereses en juego, o el mismo bien jurídico, de naturaleza militar. No coincidimos con esa solución, pues aunque su resultado final parece pro-

(44) Martínez Aznar realiza un profundo estudio de esta cuestión, que abarca instrucciones de la Fiscalía Togada y sentencias de la Sala de conflictos de jurisdicción, proponiendo soluciones que atienden a la duración de la ausencia. **MARTÍNEZ AZNAR, G.:** «Quebrantamiento de prisión preventiva en el ámbito castrense: problemas de tipicidad, jurisdicción y competencia», en *REDM*, n.º 67, 1996, pgs. 73 a 97.

cedimentalmente correcto, o al menos encierra cierta justicia material, la atribución competencial respecto a un delito común debe estar más solidamente fundada en razones penales o procesales. Esto es, suelen acudir esas resoluciones a cláusulas de tipo general, como la del «carácter estrictamente castrense» del bien jurídico atacado, utilizada en la Sentencia de la Sala Especial de Conflictos de 2 de abril de 1990. Parece insuficiente tal argumento, extraído de una resolución aislada, pues es la jurisdicción ordinaria la que tiene carácter general y *vis atractiva*, por lo que, en principio le compete a un juzgador militar aplicar preceptos del CP ordinario. No olvidemos la limitación que el art. 117.5 CE establece para la jurisdicción militar, si bien ello no impide que en algún caso se aplique en su seno el CP ordinario, pero ello sólo acontecerá de existir norma procesal que lo permita, sin ser suficiente una ambigua referencia al ámbito militar en que se produce la fuga.

c) Atendiendo a la duración de la ausencia, estima parte de la doctrina, así como diversos Tribunales Militares, que debe aplicarse el delito de abandono de destino del militar profesional recogido en el art. 119 CPM. La propia Sala 5.^a opta en algún caso por esta idea, y así, en Sentencia de 9 de junio de 1995, establece que es lugar de residencia, a efectos del tipo penal, el Acuartelamiento en el que permanecía provisionalmente como preso el soldado a disposición del Juez, por lo que al ausentarse éste por su propia voluntad infringió el art. 119 CPM.

Por su parte, Martínez Aznar advierte que esa posibilidad supone un concurso aparente de normas, entre la ley penal ordinaria y la militar, a resolver a favor de la norma militar. En concreto tiende a aplicar el mencionado art. 119 CPM, conforme a los principios de alternatividad y consunción (45).

Esta alternativa es razonable, pero encierra dos inconvenientes: en primer lugar se requiere que la huida supere un límite temporal, de 3 días, según el art. 119 CPM, por lo que no cabe aplicarlo al supuesto del preso que se entrega o es detenido a las pocas horas. En segundo lugar, parece partir esta teoría de que el militar preso tiene idéntica obligación a permanecer en su destino que en una establecimiento penitenciario y no creo que

(45) En efecto, especifica Martínez Aznar que si la ausencia injustificada del preso tras la huida supera los 3 días que prevé el art. 119 CPM estaríamos ante un concurso aparente de normas penales, para cuya resolución acude al principio de alternatividad, prevaleciendo la norma militar por ser más grave la penalidad que la del CP ordinario. Además, estima que puede aplicarse el criterio de consunción, ya que el desvalor de la acción tipificada en el art. 119 CPM abarca el desvalor del tipo común. **MARTÍNEZ AZNAR, G.:** «Quebrantamiento de prisión preventiva en el ámbito castrense: problemas de tipicidad, jurisdicción y competencia», en *REDM*, cit., pgs. 83 a 85.

la obligación tenga la misma naturaleza ni, por tanto, iguales consecuencias su incumplimiento. Esto es, estamos ante preceptos que tutelan bienes jurídicos diversos y cuya utilización no es intercambiable: quien vulnera su prisión lesiona el correcto funcionamiento de la justicia militar, al impedir el cumplimiento de una decisión judicial, mientras que quien se ausenta de su unidad vulnera su disponibilidad permanente para todo servicio.

d) Por último, podemos acudir a una institución procesal, como es la conexidad delictiva, para subsanar esta deficiencia técnica de la norma penal castrense. De hecho, el estimar que la fuga de un preso preventivo de establecimiento militar es un delito conexo nos parece la solución teóricamente más útil y mejor fundada, pues conlleva que sea la jurisdicción militar la que aplique la norma penal común. En efecto, la conexidad procesal que regulan los arts. 14 y 15 LOCOJM permite al juzgador militar aplicar un precepto penal ordinario. Así, establece ese art. 14 que la jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave conocerá de los delitos conexos, y concreta el 15 en su punto 3.º que se considera delito conexo el cometido como medio para perpetrar o facilitar la ejecución de otros o procurar su impunidad. Permite esta norma que un Juez Togado conozca como delito conexo de la fuga que realiza un militar cuya prisión acordó, dado que es lógico deducir que esa evasión persigue bien la destrucción de pruebas, bien la coacción de testigos o bien, simplemente el escapar a la acción de la justicia y la impunidad ante el presunto delito militar que motivó la prisión (46).

5. EL ENCUBRIMIENTO COMO DELITO AUTÓNOMO

Estudiadas estas figuras delictivas debemos ocuparnos ahora de una carencia injustificable entre ellas, como es el encubrimiento, que debería configurarse como delito especial propio, abandonando su tradicional

(46) Para el caso de no superarse el plazo previsto en el delito de abandono de destino Martínez Aznar defiende esta opción, pues cree que desde un punto de vista jurídico, someramente gramatical, quien quebranta una prisión preventiva acordada en un proceso, favorece la impunidad del delito precedente en cuyo proceso se acordó la medida. Para el procesalista Gómez Orbaneja la evasión de detenidos encaja en la regla de conexidad de favorecimiento de la impunidad, por lo que parece obligado entender igualmente incluida en ese n.º 4 del art. 17 Lecrim la conducta del quebrantamiento de prisión preventiva y, por consiguiente, en el correlativo 15.3 LOCOJM. **MARTÍNEZ AZNAR, G.:** *Quebrantamiento de prisión preventiva en el ámbito castrense: problemas de tipicidad, jurisdicción y competencia*, cit., pgs. 93 a 95; **GÓMEZ ORBANEJA, E.:** *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1947, pg. 448.

encaje como mera forma de participación. En efecto, el art. 23 CPM lo regula de esa manera, a pesar de lo ilógico que es catalogar de partícipe al encubridor que interviene tras la ejecución del hecho punible, dado que, consumado el delito no existe posibilidad de colaborar en él.

No cabe duda de que el fundamento de la pena del encubridor es independiente del que motiva la imputación al autor, y ello movió al legislador del CP de 1995 a recoger el encubrimiento simple, antes una mera forma de participación, como delito autónomo (art. 451) en el título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia. Por otro lado, el encubrimiento con ánimo de lucro y la receptación se ubican entre los delitos contra el patrimonio. Esta modificación indica que el legislador punitivo no aprecia el mismo contenido de injusto en actuar ilícitamente cuando todavía puede evitarse la afectación del bien jurídico que en hacerlo posteriormente, cuando ya se ha producido lo que la norma penal pretendía evitar (47).

Para Sánchez-Ostiz la traslación del encubrimiento al título de los delitos contra la Administración de Justicia encierra una concepción sobre la intervención penal misma. Se pretende evitar, entre otros efectos, la violencia privada informal para la tutela de los bienes jurídicos: que tras la comisión del delito no sean los particulares quienes restauren la situación creada por el delito, sino sólo la Administración de Justicia, que obra con sometimiento al Derecho. De esta manera, es esta Administración la llamada a intervenir en sustitución del titular mismo del bien jurídico. El encubrimiento se revela ahora como el medio subsidiario de tutela de los bienes jurídicos, para el caso de que haya fracasado la contenida en los restantes tipos. La novedad de la reforma de 1995 no reside tanto en la traslación de una forma de participación a un delito contra la Justicia, cuanto en confirmar que la intervención penal tras la comisión de delitos se reduce a los casos más graves: el encubrimiento sobre todo, no existiendo deberes generales de colaboración, salvo limitadamente durante el proceso (48).

Debemos recordar que el momento histórico de redacción del CPM coincide con el proyecto de CP de 1980 y con la propuesta de anteproyecto de CP de 1983, y allí ya se introducía, como finalmente admitió el CP de 1995, el desdoblamiento del encubrimiento en dos delitos: por un lado origina una receptación dentro de los delitos contra el patrimonio y, por

(47) Sobre las formas de intervención en el delito, la accesoriedad y el fundamento de pena de los partícipes puede verse: **PEÑARANDA RAMOS, E.:** *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, editorial Tecnos, Madrid, 1990, pgs. 326 a 336.

(48) Según este autor se trata de una tutela subsidiaria de los bienes jurídicos, constatado el fracaso de las normas penales que definían delitos y penas. **SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P.:** *El encubrimiento como delito*, editorial Tirant lo blanch, Valencia., 1998, pgs. 48 a 50.

otro, da lugar al encubrimiento como favorecimiento personal y real dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. Sin embargo, en vez de entender, como defendían esos proyectos, que esos delitos eran autónomos, el legislador penal militar introdujo toda la figura del encubrimiento en un único precepto, el 23, encuadrado en la parte general del CPM. El art. 23 acaba recogiendo una excusa absolutoria para ciertas personas, el denominado encubrimiento entre parientes, que se acepta de forma similar en el vigente art. 454 del CP ordinario, encuadrado entre los delitos contra la Administración de Justicia.

En cuanto al bien jurídico que tutelaría el encubrimiento, de configurarse como nueva figura delictiva contra la Justicia Militar, parece que, de modo indirecto se protege el mismo objeto de tutela del delito que se pretende encubrir. Empero, tal protección sólo cabe tras la comisión del delito, momento en que, por haberse consumado éste, se habrá lesionado ya ese bien jurídico. Por tanto, es más correcto hallar el objeto de tutela directo en la propia Justicia Militar, esto es, en el correcto funcionamiento de la jurisdicción castrense (49).

En suma, en atención al bien jurídico afectado, conviene reformar el tratamiento otorgado al encubrimiento en el CPM, creando dos delitos autónomos, de modo similar a los que rigen en el CP de 1995. Así, surgiría un nuevo delito encuadrado entre los delitos contra la Administración de Justicia Militar y otro entre los referidos a la Hacienda Militar. La redacción actual del art. 23 CPM no respeta el objeto penal de tutela, al tiempo que refleja una ubicación sistemática equivocada. De hecho, posibilita su aplicación a la receptación o encubrimiento como delito contra el patrimonio, dando lugar a una especialidad infundada respecto al CP ordinario que excede de las razones de política criminal que apoyan la existencia de esta excusa absolutoria.

6. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Las páginas anteriores nos han puesto de manifiesto la importancia que tiene esclarecer la esencia del bien jurídico de cualquier figura delictiva

(49) En referencia al encubrimiento como delito ordinario, Sánchez-Ostiz reconoce la protección del bien jurídico del hecho previo, pero siempre que se incluya el matiz de que lo es en la medida en que se ha previsto tutelarlos a partir de la ejecución de un delito. Tanto la norma que se plasma en el tipo como la conducta que lo realice serán distintos en un tipo de la fase primaria (homicidio.p.ej) que en uno de la fase subsidiaria (encubrimiento de un homicidio). En ciertos casos, como cuando determinados funcionarios deben perseguir el delito, estima el autor que sería la Administración de Justicia el bien jurídico directamente tutelado. **SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P.:** *El encubrimiento como delito, cit., pg. 58.*

tivo, siendo ello útil no sólo como criterio sistemático, sino también como solución a diversos problemas concursales. Estableceremos ahora las conclusiones críticas a las que estas líneas nos han llevado:

1.^a La Administración de Justicia Militar es un objeto de tutela abstracto que requiere precisión, y sin volver a las elucubraciones realizadas anteriormente baste decir que debe concretarse en el ejercicio de la función jurisdiccional de los juzgadores militares conforme al imperio del Derecho, y ello a lo largo de tres fases: pre-procesal, procesal y post-procesal o fase ejecutiva. A tutelar estas fases se dirige el título que nos ocupa.

2.^a Sentado y delimitado el objeto de tutela observamos que «no están todos los que son, ni son todos los que están». Esto es, cabe mejorar el criterio sistemático utilizado por el legislador penal militar de 1985, en cuanto que echamos en falta figuras delictivas como la acusación y denuncia falsa en proceso penal militar, para cuyo castigo debemos acudir al CP ordinario, no siendo ello lógico a la vista de que existe un título en el CPM dedicado a tutelar la Justicia Militar. Otras infracciones se recogen pero pueden mejorarse, como acontece con la figura omisiva del art. 181 CPM, en la que debería preverse la conducta del militar que, pudiendo evitar un delito sin riesgo propio o ajeno, se abstiene voluntariamente de hacerlo, a imagen de lo previsto en el art. 450 CP.

Otra carencia a suplir es la referida al encubrimiento, en cuanto éste debería tomar forma de delito autónomo, a la vista de que no estamos ante una mera participación, al ocurrir cuando el delito ha terminado y no existe posibilidad de actuar en él.

Además, tampoco «son todos los que están», con lo que queremos decir que sobra alguna infracción. Tal es el caso del art. 186 CPM, referido al atentado contra autoridad judicial, pues, atendiendo a razones de bien jurídico, conviene su supresión por quedar cobijada la esencia de la conducta en el art. 87 CPM, siendo recomendable, no obstante, que se modifique dicho precepto en el sentido de cobijar a sujeto activo no militar en tiempo de paz, así como que el art. 9 CPM se amplíe, incluyendo a los Secretarios Relatores. Por otro lado, también propugnamos la desaparición del desacato, al igual que ha sucedido en el texto penal ordinario, dado que su existencia restringe la libertad de expresión y arremete contra el mismo principio de igualdad, al privilegiar al servidor público en atención a su función.

3.^a Conviene también ciertas reformas del CPM, a fin de evitar controvertidas aplicaciones del texto ordinario a actos que afectan la Justicia castrense. Así acontece con el falso testimonio y el quebrantamiento de condena. En cuanto a la primera, debería crearse *ex novo* una exención o atenuación de pena para el caso del testigo falso que se retracta antes de que finalice

la vista oral, pues se trata de beneficiar a ese testigo en aras a obtener una mejor Justicia. En segundo lugar, debería reformarse el art. 188 CPM, posibilitando que, además de los sentenciados, puedan ser sujeto activo los presos preventivos sujetos a la jurisdicción militar que quebrantan su prisión.

4.^a En cuanto al juzgador militar que dicta sentencia injusta, resulta que su acción queda cobijada en el art. 183 CPM, que desplaza por el principio de especialidad al CP ordinario. No obstante, la regulación de la prevaricación que se recoge en la ley penal ordinaria es más amplia y exhaustiva, de modo que nada impide que esa norma se aplique al juzgador militar por conductas como el retardo malicioso o la negativa a juzgar so pretexto de insuficiencia de ley.

Como ya apuntábamos anteriormente, razones de política criminal han llevado al legislador a tipificar el tipo base de la prevaricación judicial como delito especial propio de naturaleza militar, pero defendemos su supresión. Esto es, aunque los bienes jurídicos «Administración de Justicia» y «Administración de Justicia Militar» tutelados en el CP y en el CPM hemos visto que no son idénticos, atendiendo a los valores que vertebran el Derecho penal Militar, no podemos negar que cuando nos referimos al juzgador la cuestión no es sencilla. Esto es, el bien jurídico a tutelar en ambos casos –tanto en la prevaricación judicial cometida por Juez común como por la que comete Juez Militar–, coincide en su esencia, pues atiende al correcto funcionamiento de la función jurisdiccional, si bien en el caso de la ley penal militar debe atenderse concretamente a que la Justicia Militar se funda en valores propios, como el honor o la disciplina, que la diferencian de la jurisdicción ordinaria. Estos valores justifican la configuración de la mayoría de delitos militares como delitos especiales, pero no creemos que ello acontezca cuando se trata de incumplir una función sagrada en el estado de derecho como es la jurisdiccional. Así pues, estimamos que el Juez que dicta sentencia injusta debe ser sancionado penalmente conforme a la misma ley y ante el mismo Tribunal, con independencia de que el juzgador sea del orden penal, civil, laboral, contencioso-administrativo o militar, pues esos cinco órdenes se unen en la cúspide del TS. Propugnar otra cosa sería defender un derecho militar de casta e ir en contra de la unidad del Poder Judicial que antes hemos defendido. De este modo, siendo mucho más completa la regulación ordinaria, sería deseable que se eliminara el art. 184 CPM, y con ello la denominada prevaricación judicial militar, pero sin desatender la especialidad de esta Justicia castrense. En suma, la supresión de esa norma militar debería acompañarse de la creación de otro precepto en el Código Penal ordinario que regulase expresamente la prevaricación en causa militar o contencioso-disciplinaria.

5.^a La idea anterior conlleva, en el fondo, aligerar el CPM de algunos preceptos que pueden derivarse a la ley penal ordinaria, y podría aplicarse a otras figuras delictivas del texto castrense. En este sentido, no faltan en la actualidad autores que propugnan reducir esta ley penal especial. De hecho, acogemos con agrado una idea innovadora de CPM propugnada por un sector de la doctrina jurídico penal que encabeza el Doctor Rodríguez-Villasante. Efectivamente, coincide este autor con otros, como Calderón Susín o Millán Garrido, en que resulta llamativa y desmesurada la considerable extensión de nuestras vigentes leyes penales, orgánicas y procesales militares, resultando un hecho aislado y singular en las modernas codificaciones castrenses de la segunda mitad del siglo XX. Así, para el caso de una próxima reforma penal militar, sería bueno suprimir lo que hay de redundante y vano en las leyes castrenses, por entrañar repetición innecesaria de las normas comunes o regulación no justificada por su especialidad (50).

En consonancia con ello, propugna este autor una definición novedosa y más adecuada de los delitos militares, la cual, junto a una labor de coordinación entre el Código Penal y el texto punitivo castrense, permitiría eliminar de la parte especial del CPM gran parte de infracciones, como los delitos contra las leyes y usos de la guerra, contra la institución militar, contra la Hacienda Militar o contra la Administración de la Justicia Militar. Si a ello unimos la simplificación y eliminación de otros tipos castrenses, como los referidos a los deberes del servicio, podríamos acercarnos a un deseable CPM de extensión similar a los mejores ejemplos de Derecho comparado, cuyo núcleo, en la parte especial, está integrado por los delitos contra la disciplina y los delitos contra los deberes del servicio. En cuanto a los Delitos contra la Administración de Justicia Militar, defiende este autor la modificación del art. 16 de la LOCOJM, para dar solución al enjuiciamiento por la Jurisdicción Militar de este tipo de delitos (51).

(50) Rodríguez-Villasante prefiere, por ello, no continuar la técnica de militarizar los delitos comunes con el fin de atraer la competencia de la jurisdicción militar, al estilo de como hace el CPM con los Delitos contra la Administración de Justicia Militar. **RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.:** *El Derecho Militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario*, REDM, n.º 77, Madrid, 2001, pgs. 92 a 96.

(51) Estamos ante un proyecto de Código Penal Militar auténticamente complementario del CP que, reducido a 83 artículos, ha huido de la elefantiasis que caracteriza al vigente. Se presenta así un texto punitivo castrense, que pretende responder a las necesidades del Derecho Militar del siglo XXI, plenamente integrado en el sistema español a través de una mayor complementariedad respecto del CP común. **RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.:** *El Derecho Militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario*,

BIBLIOGRAFÍA

- CANOSA USERA, R.: «Configuración constitucional de la jurisdicción militar», en *PJ*, n.º34, 1994.
- CUELLO CONTRERAS, J.: «Jurisprudencia y prevaricación», en *La Ley*, 1993-1.
- CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado y resistencia*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DE OTTO, I.: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, G.: «La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva», en *La Ley*, 1993-3.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz. (Reflexiones en torno al art.12 de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar)», en *PJ*, n.º 36, 1994.
- FERRER BARQUERO, R.: *El delito de prevaricación judicial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GARCÍA ARÁN, M./ MAGALDI, M.J.: «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.
- GARCÍA ARÁN, M.: *La Prevaricación Judicial*, editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- GARCÍA MIGUEL, M.: «Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.
- GILI PASCUAL, A.: *El favorecimiento personal en el sistema penal español*, tesis doctoral, Palma de Mallorca, 1998.
- GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1947.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984.
- HERNÁNDEZ MUNTIEL, A./ FERRER BARQUERO, R.: *Manual práctico de la jurisdicción militar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1998.
- LOPEZ GARRIDO, D. Y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, editorial Tecnos, Madrid, 1996.

- MAQUEDA ABREU, M.L.: *Acusación y denuncia falsa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA en la obra colectiva, (coordinada por Frigola, J.): *Delitos contra la Administración Pública; Delitos contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución*, editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- MARTÍN CONTRERAS, L.: «La Administración de Justicia: una reforma anhelada», en *La Ley*, n.º 4641, 1999.
- MARTÍNEZ AZNAR, G.: «Quebrantamiento de prisión preventiva en el ámbito castrense: problemas de tipicidad, jurisdicción y competencia», en *REDM*, n.º 67, 1996.
- MILLÁN GARRIDO, A.: Prólogo, en *Competencia y organización de la jurisdicción militar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- MONTERO AROCA en Montero Aroca, J./ Ortells Ramos, M./ Gómez Colomer, J.L.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, editorial Bosch, Barcelona, 1991.
- MORENO ALCAZAR, M.A.: «El honor en relación con el bien jurídico protegido en los desacatos. Comentario a la Sentencia del TS-Sala 2.ª de 10 de marzo de 1992», en *Revista General de Derecho*, 1993, julio-agosto.
- ORTS BERENGUER en VIVES, T.S./ BOIX, J./ ORTS, E./ CARBONELL, J.C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PEÑA Y PEÑA, V.: *Comentarios al Código Penal Militar*, varios autores, coord. por Bleuca Fraga, R. y Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., editorial Civitas, Madrid, 1988.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- PÉREZ ESTEBAN, F.: «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», en *PJ*, n.º 55.
- QUINTERO OLIVARES, G, en la obra colectiva que coordina: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, editorial Aranzadi, Barcelona, 1999.
- RAMÍREZ SINEIRO, J.M.: «La estructura orgánica de la jurisdicción militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *PJ*, n.º 33, 1994.

- RAMOS TAPIA, M.I.: *El delito de prevaricación judicial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: *El Derecho Militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar Complementario*, REDM, n.º 77, Madrid, 2001.
- ROIG TORRES, M., *El delito de atentado*, editorial Aranzadi, Valencia, 2004.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P.: *El encubrimiento como delito*, editorial Tirant lo blanch, Valencia., 1998.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: «Introducción a los delitos contra la “realización” de la Justicia», en la obra colectiva: *Delitos contra la Administración de Justicia. Artículos 325 a 338 bis del Código Penal*, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, editorial Comares,, Granada, 1995.