

## EN TORNO A LOS LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCION MILITAR

Eduardo CALDERON SUSIN  
*Teniente Coronel Auditor*  
*Doctor en Derecho*

### SUMARIO

1. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO.— 2. DESARROLLO LEGAL DEL ARTICULO 117.5 DE LA CONSTITUCION.— 3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, ESPECIALMENTE LA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.— 4. LOS DEBATES PARLAMENTARIOS.— 5. SINTESIS DE LAS POSTURAS DOCTRINALES.— 6. RECAPITULACION Y REFLEXIONES FINALES.

#### 1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

La jurisdicción militar ha sido amplia y virulentamente discutida desde el siglo XIX, no sólo en España, sino también dentro del ámbito cultural próximo al español, llegando a nuestros días viva la polémica en torno a la misma; existe sin duda una mala fama, productora de recelos y desconfianzas, no exenta de justificación pero, y no es menos cierto, nutrida de unas concepciones distorsionadas(1) y de unos equívocos, consecuentes unos y otros a la visceralización del problema(2) y, como recientemente se ha dicho, a la ignorancia, incomprensión y aun desprecio(3); todo ello, a mi enten-

(1) Muy recientemente y fuera de la bibliografía española, con referencia a la realidad italiana, ver CORSO, Piemaria, "Significato e costo della specialità della giurisdizione militare" (relación presentada al 2.º Consejo Nacional de Magistrados Militares, celebrada del 7 al 9 de marzo de 1986 en Bari, sobre el tema "Il futuro della giurisdizione militare: un nuovo diritto penale militare per una diversa cultura sui tribunali militari"), en *Rassegna della Giustizia Militare*, 1986 (3.º), págs. 186 y 187.

(2) Equívocos y visceralización ya enunciados en mi "Ley penal militar alemana de 1974. Comentarios y notas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985 (1.º), págs. 88 a 91; también, complementariamente, en mi "Comentario de urgencia al Proyecto del Código Penal Militar", en *Revista General de Derecho*, número 487, 1985 (abril), págs. 917 a 919.

(3) Ver JIMÉNEZ JIMÉNEZ, Francisco, "Introducción al Derecho Penal Militar", Cívitas, Madrid 1987, pág. 79 y ss.

der, entorpece el correcto enfoque y la satisfactoria o cabal resolución del problema.

De modo esquemático puede decirse que los aspectos centrales de la controversia son, uno álgido, que no es otro que el de la propia existencia (justificada) de una jurisdicción castrense, y, de estar reconocida ésta por el poder político, otros dos inducidos e íntimamente ligados: el que gira sobre su organización y funcionamiento (y en definitiva sobre las garantías que se ofrezcan al justiciable) y el que discurre alrededor de su ámbito competencial.

Nuestra vigente Constitución ha abordado decidida, expresa y sucintamente(4) estos tres problemas, al señalar en su artículo 117.5, dentro del título dedicado al Poder Judicial y tras afirmar que “el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales”: “la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.

Se arranca pues del reconocimiento de la existencia de la jurisdicción militar, sin haberse contabilizado, a lo largo del trámite parlamentario constituyente, ningún voto en contra(5); no estimo sea éste el lugar para contrastar, ni siquiera exponer, los argumentos que en pro de la existencia de tribunales castrenses se han barajado(6); en último extremo, razones ancladas en la tradición(7) y sobre todo utilitarias o prácticas(8), hacen aconsejable el

(4) No es corriente, en derecho comparado, la expresa mención de la jurisdicción militar en las Constituciones (lo hacen la italiana y la Ley fundamental de Bonn; ver bibliografía citada en la nota 2), aunque no es infrecuente en nuestro derecho histórico; de todas formas, si se menciona, ha de ser de modo sucinto, sin entrar en pormenores que no son propios de un texto constitucional.

(5) La Comisión en el Congreso aprobó el texto por unanimidad, 34 votos, acogiendo una enmienda de U.C.D., general de reordenación del título (la 779), y adicionando la referencia al estado de sitio como consecuencia de otras enmiendas presentadas respecto de los tribunales de honor y de excepción, que pretendía prohibirlos (*Diario de Sesiones*, número 84, la del día 8 de junio de 1978, págs. 3085 a 3090); lo que era entonces artículo 110 se aprobó sin ninguna discusión en la sesión del 13 de julio, con 277 votos a favor, ninguno en contra y tres abstenciones (*Diario de Sesiones*, número 51, la del 7 de septiembre, pág. 2419) y en el Pleno con 109 votos a favor, ninguno en contra y una abstención (*Diario de Sesiones*, número 63, 30 de septiembre, pág. 3.167).

(6) Una exposición de tales argumentaciones puede verse en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional (la problemática del artículo 117.5 de nuestra Constitución)”, en *Revista de Derecho Público*, número 88-89, 1982, págs. 546 a 552; también en JIMÉNEZ JIMÉNEZ, ob. cit., págs. 82 a 93.

Por otra parte, una relación, bastante completa, de la bibliografía en castellano sobre el tema de la jurisdicción militar, la ofrece MILLAN GARRIDO, Antonio, en “Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar”, de la Colección Biblioteca de Textos Legales de IECNOS, Madrid, 1987, págs. 93 a 95.

(7) Que no hay que desdeñar, máxime si se acompañan por otros argumentos y, desde otra perspectiva, cuando no los haya determinantes para la desaparición de estos órganos especializados.

(8) Sin duda que lo principal es la tutela a través de la ley penal, donde debe protegerse a la Institución Militar frente a los ataques intolerables; también que los conceptos de derecho penal militar y jurisdicción castrense no tienen que ser superponibles o identificados, pues, aun

mantener una jurisdicción expeditiva que salvaguarde el funcionamiento eficaz, e incluso la existencia misma, de la institución militar, con unos jueces que tengan un conocimiento ortodoxo de los valores que la informan; además, compartiendo, como lo hago y acabo de dar a entender, la conclusión de que “la jurisdicción penal militar ha surgido en España, como en otros países, por imperativos pragmáticos, más que por consideraciones doctrinales”(9), difícilmente se rebatirá que, hoy por hoy, nuestra jurisdicción ordinaria, por razones obvias, no esté en condiciones óptimas, ni mucho menos, de hacerse cargo del enjuiciamiento de los delitos militares, con la prontitud que exige la propia razón de ser del derecho penal castrense.

El artículo 117.5 de la Constitución, a mi juicio con total acierto, no sólo permite la existencia de la jurisdicción militar sino que la obliga (“la ley regulará...”); pero, poniendo el dedo en la llaga, o sea, en los problemas que su reconocimiento plantea, señala que su ejercicio debe ajustarse a los principios constitucionales y que su ámbito no debe exceder el campo de lo castrense.

El primero de ellos lo he visto siempre como el más importante, por cuanto los recelos hacia la jurisdicción militar, que serían justificables, siempre han venido por la denuncia de falta de garantías para quien por ella ha de ser enjuiciado(10); y en efecto ahí ha estado el caballo de batalla en muchos ordenamientos jurídicos, donde el problema se ha evidenciado a través de errores judiciales, poniendo de relieve la discutible independencia de los tribunales marciales(11).

En cumplimiento de la Constitución, ya la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, desarrollando aspectos particulares de los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política de 1977(12), modificó, en lo que se había estimado más perentorio, la organización de la jurisdicción, dando entrada a garantías procesales (fundamentalmente el recurso de casación) y de defensa(13), previendo su disposición final primera una reforma integral, cuyo paso inicial, en esta línea, ha tardado en llegar, pues no ha sido hasta la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, “de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar”, de

íntimamente relacionados cuando esta última exista, no son de una necesaria interdependencia (ver mis comentarios a “*La Ley penal militar alemana...*”, ob. cit., pág. 88).

(9) Conclusión, la transcrita de GONZALEZ-DELEITO y DOMINGO, Nicolás, en “La evolución histórica de la Jurisdicción Penal Militar en España”, *Revista Española de Derecho Militar*, número 38, 1979, pág. 63.

(10) De ser cierta tal denuncia los recelos serían justificados, y absolutamente atendibles; no lo serían si de lo que se trata es de evitar condenas rápidas, e incluso la condena de culpables de delitos; el problema, entonces, de existir, no es de jurisdicción, sino de ley penal; aprovechar la dureza de ésta para atacar la jurisdicción es confundir los planos.

(11) Vrg., en los anglosajones (ver GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ, F., Manuel M., “La extensión de la Jurisdicción Militar en el Derecho comparado”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1975, págs. 374, 375, 381 y ss.).

(12) Más conocidos como Pactos de la Moncloa.

(13) Ver VALENCIANO ALMOINA, Jesús, *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80*, edición propia, Madrid 1980.

la que es consecuencia necesaria (ex artículo 44), ya en 1988, una Ley de Planta y Organización(14); falta todavía una nueva regulación procesal(15).

Aunque haya quienes, no exentos de razón, piensen que "cuanto más exigente se sea con la extensión de los principios del Estado de Derecho a la Jurisdicción Militar más se desvanece la justificación de ésta como distinta de la ordinaria, pudiendo llegar a convertirse en el futuro en un orden procesal más de la unidad jurisdiccional"(16), sigo pensando(17) que era prioritaria, respecto de la reforma penal y competencial militar, la reforma orgánica y procesal de la jurisdicción para adaptarla a las exigencias constitucionales, porque éste era el nudo gordiano del problema de cara a desvelar suspicacias, desconfianzas o recelos.

Sin embargo el problema que, de la jurisdicción militar, se ha destacado en España, ha sido el referido a su ámbito competencial; la razón estriba en la tendencia abusiva a ser empleada más allá de sus elementales límites, por razones puramente políticas, en las que subyacía una desconfianza hacia los jueces naturales, utilizándola para tutela de intereses generales (o si se prefiere del orden jurídico en general), que nada tenían que ver con lo militar como tal(18).

Esa tendencia expansionista explica que la Constitución limite el ejercicio de la jurisdicción militar "al ámbito estrictamente castrense", siguiendo modelos cual el italiano o el de la precedente Constitución republicana de 1931, pero sin copiarlos, lo que no deja de ser significativo; por otra parte, permite su extensión en los supuestos de estado de sitio, lo que, además de los problemas interpretativos, que nada interesan a este comentario, no ha merecido controversia alguna, por cuanto en tiempo de guerra difícilmente se puede discutir la existencia, en cierto modo expansiva, de la jurisdicción militar, por razones de la defensa nacional(19).

(14) En la Ley 9/1988, de 21 de abril, de "Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar".

(15) Y estimo que hubiera convenido sobremanera una elaboración conjunta; al no haber sido así se ha tenido que arbitrar (sobre la marcha y con prisas) una disposición adicional en la Ley 9/1988, de 21 de abril, cuyo Proyecto originario nada preveía, estableciendo la aplicación provisional del tratado tercero del Código de Justicia Militar, con ligeros retoques y supletoriedad del "procedimiento ordinario" de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues de no ser así los nuevos órganos de la Jurisdicción Militar (que deben funcionar a partir del uno de mayo de 1988) no hubieran tenido normas procesales en que pasar su actuación; lo anómalo de tal proceder se patentiza en la simple observación de que las normas procesales del Código de Justicia Militar de 1945 no sólo estaban pensadas en otra organización, sino inspiradas en otros principios también radicalmente distintos a los que derivan de la Constitución de 1978.

(16) Ver TORRES DEL MORAL, Antonio, "Principios de Derecho Constitucional Español", volumen 2, Atomos Ediciones, Madrid, 1986, pág. 286.

(17) Ver mi *Comentario de urgencia...*, ob. cit., págs. 907, 908 y 918.

(18) De "hipertrofia" y de "tradición expansionista" habla gráficamente ALMAGRO NOSETTE, José, en *Derecho Procesal*, Tomo I, volumen 1.º (escrito junto con Gimeno Sendrá, Cortes Domingo y Moreno Catena), *Tirant Lo Blanc*, Valencia, 1987, página 162; la expresión "hipertrofia" la había utilizado JIMÉNEZ DE ASUA (ver su *Tratado de Derecho Penal Tomo II*, tercera edición, Losada, Buenos Aires, 1974, página 1.362).

(19) Sobre este inciso, por todos, ver SERRANO ALBERCA, José Manuel, en *Comentarios a*

La locución “ámbito estrictamente castrense”, como la doctrina ha puesto de manifiesto, es flexible, en el sentido de fijar un límite mínimo y otro máximo, que deben ser marcados por la Ley(20), y supone así la utilización por el legislador de un “concepto jurídico indeterminado”(21).

No hay duda de que la Constitución circunscribe el ámbito de la jurisdicción militar, fuera de los estados de sitio, a lo que es propio de los Ejércitos, prohibiendo que invada esferas que le son “precisamente” ajenas; dejando a la Ley el perfilar los contornos exactos, que no podrán sobrepasar la indicada prohibición.

Pasaremos a continuación a ver cómo se ha ido desarrollando, tanto en las leyes, como en la jurisprudencia, esta fórmula flexible que, a modo de criterio rector, establece la Constitución.

## 2. DESARROLLO LEGAL DEL ARTÍCULO 117.5 DE LA CONSTITUCIÓN

La primera referencia que, una vez en vigor la Constitución, se hizo en las leyes a la competencia de la Jurisdicción Militar, fue en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar(22), cuyo artículo 40, dedicado a la jurisdicción castrense, en la referencia a su ámbito competencial, se limitó a reproducir, en sus propios términos, la prescripción constitucional(23).

Con tal disposición seguían, pues, las cosas exactamente igual que al pro-

*la Constitución*, coordinados por Garrido Falla, 2.ª edición, Cívitas, Madrid, 1985, pág. 1675 y ss.

No deja de ser significativo que, cuando en 1982, el legislador francés suprimiera la Jurisdicción militar, lo hiciera tan sólo para tiempo de paz (y en territorio francés).

(20) Ver SERRANO ALBERCA, ob. cit. pág. 1.673.

(21) Ver MARTINEZ-CARDOS RUIZ, Leandro, en el colectivo *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por Bleuca Haga y Rodríguez-Villasante, Cívitas, Madrid, 1988, pág. 2.097.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, alude a que “... el ámbito estrictamente castrense, constitucionalmente erigido en fundamento de la Jurisdicción Militar, pero normativamente indeterminado...”

(22) Fue modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, modificación que en nada afecta al artículo 40, el que aquí nos interesa.

(23) Más que establecer normas, este artículo 40 lo que hace es formular unos principios programáticos a desarrollar; dice literalmente:

1.º La Justicia Militar se administrará en nombre del Rey en la forma que señala el Código de Justicia Militar y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución.

2.º La Ley regula el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, bajo los principios de especialidad jurisdiccional, salvaguardando debidamente la unidad del Poder Judicial del Estado.

3.º La Jurisdicción Militar conocerá y ejecutará lo juzgado en los procedimientos que en la misma se sigan conforme a lo establecido en el Código de Justicia Militar.

4.º El procedimiento penal militar establecerá la garantía de defensa. La apelación, casación o revisión de los fallos de los Jueces y Tribunales estarán regulados en el Código de Justicia Militar con las restricciones que para el estado de sitio o tiempo de guerra se determinen.

5.º La constitución, funcionamiento, gobierno y estatuto de la Autoridad Judicial Militar, sus Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal Jurídico Militar y el personal a ellos asignados, se regulará en la ley y en los reglamentos de su desarrollo”.

mulgarse la Constitución y, así, pendiente la ley que regulara el ejercicio de la jurisdicción en el ámbito estrictamente castrense, a pesar de que en los antes mencionados Pactos de la Moncloa(24), aprobados el 27 de octubre de 1977, se hubiera acordado la “reconsideración de sus límites (del Código de Justicia Militar) en relación con la competencia de la jurisdicción militar”(25).

Sería la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, “de reforma del Código de Justicia Militar”, la que iba a constituir el primer intento de cumplir el mandato constitucional de delimitar el “ámbito estrictamente castrense”, recortando de modo significativo la competencia de la jurisdicción, aunque, para determinar el nuevo marco, se partiera de la conservación de los patrones tradicionales, o sea, por razón del delito, del lugar en que se cometa y de la persona responsable(26).

Por razón del delito se extendía la competencia(27) a los delitos militares (cuya definición en cuanto al calificativo, al igual que ocurre ahora en el artículo 20 del Código Penal Militar, era puramente formal), pero, además, a otra serie de infracciones, que, aunque de raíz común y definidas por ello en el Código Penal, se presumía “*iuris et de iure*” su pertenencia al ámbito castrense, por las circunstancias de lugar o de sujeto activo; quizás el caso más señalado era el de los delitos contemplados en el artículo 194 del Código de Justicia Militar; por otra parte hubo una pequeña poda, saliendo de la ley marcial algunos delitos, sobre todo los que a ella se habían incorporado desde la denostada Ley de 1906, comúnmente conocida como “de Jurisdicciones”(28).

(24) Los “Acuerdos sobre el programa de actuación jurídica y política”, que el Presidente Suárez había propiciado mediante el consenso de las fuerzas políticas resultantes de las elecciones de ese mismo año 1977.

(25) Con arreglo a los siguientes puntos:

“1.º Por razón del delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares.

2.º Por razón de lugar: limitar la competencia de la Jurisdicción Militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares.

3.º Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyen delito militar.

4.º Sometimiento a los Tribunales ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo”.

El único punto en ser cumplido con relativa premura fue este último, mediante la Ley 55/1988 de 4 de diciembre, de la Policía.

(En un siguiente apartado se acordaba también “el fortalecimiento de las garantías procesales y defensa en los procedimientos a la Jurisdicción Militar”).

(26) Sobre esta reforma competencial ver: VALENCIANO ALMOINA, ob. cit., pág. 581 y ss.; y sobre todo MARTINEZ-CARDOS RUIZ, ob. cit., pág. 2.099 y ss.

(27) Artículo 6 del Código de Justicia Militar.

(28) Así se instalaron en el Código Penal, donde permanecen, la punición de las injurias y amenazas a los Ejércitos o a sus Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados (artículo 242) y se recortó el ámbito de aplicación de los ultrajes a la bandera (en el artículo 316 del Código de Justicia Militar), ampliándose, por esta vía indirecta, el del artículo 123 del Código Penal; igual ocurrió en los atentados y desacatos a Autoridades Militares (artículo 314 y 315 del Código castrense). También proceden de esta reforma los actualmente vigentes artículos 152 y 154 del Código Penal.

En cuanto a los delitos, de cualquier índole, cometidos en lugar militar o por persona aforada(29), se mantenía la competencia para su enjuiciamiento por la jurisdicción castrense, siempre que su comisión afectara a las Fuerzas Armadas, más concretamente y de modo fundamental a “su buen régimen y servicio”, cláusula general de atribución de competencia que permitía incluir o excluir, con claridad y certeza, grupos de supuestos en el núcleo competencial, pero que indudablemente dejaba una zona de dudosa adscripción, de donde derivaban problemas interpretativos(30), para cuya solución el legislador había ofrecido unas pautas y que la jurisprudencia iba resolviendo, con mayor o menor acierto(31), siendo incluso en una ocasión corregida por el propio Tribunal Constitucional, como más adelante se verá.

El legislador, además del mencionado criterio de afectación (del injusto) al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, ofrecía otros de no mayor determinación, cuales eran los del “decoro” de las clases militares (para la competencia respecto de las faltas comunes), la “seguridad de las Fuerzas Armadas” (para la competencia por razón del lugar) y la “soberanía española”, la “seguridad militar”, los “compromisos internacionales contraídos por España para la navegación de unidades navales de guerra” y “el perjuicio al tráfico o normas aéreas de las aeronaves militares españolas o las que por compromisos internacionales militares sobrevuelan territorio español” (criterios o cláusulas, todas estas últimas, para resolver la competencia en el conocimiento de delitos cometidos en aguas del mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes, espacio aéreo y aeronaves).

El sistema, no exento de complejidad, necesitaba de algunos retoques, pero tenía en su haber la rotunda claridad del artículo 6(32) y la virtualidad

(29) En los artículos 7, 9 y 16 del Código de Justicia Militar.

(30) Ver MARTINEZ-CARDOS RUIZ, ob. cit. pág. 2.100 y ss.

(31) El mismo MARTINEZ-CARDOS RUIZ nos ofrece sistemáticamente una agotada selección de esa jurisprudencia de la Sala Especial de conflictos (ob. cit., págs. 2.098 y 2.101 a 2.103).

(32) Cuyo número 1, en lo que quizás convenga destacar, señalaba que la Jurisdicción militar conocería de los procedimientos que se instruyeran contra cualquier persona por los delitos comprendidos en este Código (el de Justicia Militar), “incluso aquellos a que se refiere el artículo 194”. Y este artículo decía:

Art. 194. Serán juzgados con sujeción a las reglas de este Código y castigados con la pena que tuvieren señalado en el penal ordinario, impuesta en su grado máximo o con el grado mínimo o medio de la inmediata superior, los delitos cometidos por militares, con las circunstancias que a continuación se expresan y no previstos especialmente en esta Ley:

1.º El asesinato, homicidio y lesiones ejecutadas en acto de servicio o con ocasión de él o en cuartel, campamento, buque, aeronave, fortaleza u otro cualquier edificio o establecimiento de los Ejércitos, en casa de Oficial o en la que el culpable estuviere alojado, si la víctima fuere el dueño o alguno de su familia o servidumbre.

2.º El robo, hurto, estafa, apropiación indebida, amenaza con exigencia de cantidad o imponiendo otra condición, incendio y daños cometidos en iguales circunstancias o lugares y en casa de vivandero o proveedor de los Ejércitos, si aquél fuera el perjudicado.

3.º La violación de una mujer abusando de la ventaja u ocasión que proporcionen los actos del servicio.

4.º La malversación de caudales o efectos de los Ejércitos, falsificación o infidelidad en la custodia de los documentos de los mismos, fraudes al Estado por razón de cargo o comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidación de efectos o haberes.

de dejar al intérprete, en esa zona de penumbra antes aludida y ofreciéndole unos criterios con que llevar razonablemente a cabo su labor, la fijación de la competencia en cada caso concreto, dada la imposibilidad de apresar, con precisión y en unas fórmulas, la variada realidad que ofrece la fenomenología criminal.

En la misma legislatura, pocos meses después, se intentó cumplir el mandato constitucional relativo a la regulación del ejercicio de la jurisdicción militar "en los supuestos de estado de sitio"; fue la Ley Orgánica 4/1987, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, de excepción y de sitio, la que, al ocuparse de este último, se limitó a señalar, en el artículo 35, que el Congreso de los Diputados, en la declaración del estado de sitio, "podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar"; mención escueta, igual que la de los bandos(33), demostrativa del deseo, no ya de soslayar, pero sí de no profundizar en la regulación.

Pero centrándonos en los tiempos de normalidad, que son los que, aparte de deseables, nos importan al hilo de lo que se viene tratando, conviene señalar que, abstracción hecha de lo que iba plasmando el *Boletín Oficial del Estado*, se había ya apuntado con toda claridad la posición de quienes, tal vez inspirados en la Constitución de 1931 (cuyo artículo 95 limitaba la jurisdicción penal militar "a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de los institutos armados")(34), pretendía definir al "ámbito estrictamente castrense" por referencia sólo a los delitos comprendidos o definidos en el Código militar, y que lo estarían por resultar afectados los intereses o el servicio de las Fuerzas Armadas; era la postura del grupo parla-

5.º La acusación o denuncia falsa, el falso testimonio, la prevaricación y el cohecho cometidos en procedimiento militar.

Dejando aparte otros problemas, e importantes, que planteaba este artículo, el criterio competencial era claro, al entender que dichas infracciones, en esas circunstancias, afectaban "iuris et de iure" al buen régimen o servicio de las Fuerzas Armadas.

(33) Señala el artículo 34 de la Ley Orgánica 4/1981 que "la autoridad militar (la que el gobierno haya designado conforme al artículo 33.2) procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio"; al hilo de este precepto, el artículo 63 del Código Penal Militar tipifica el delito de "desobediencia a bandos militares en tiempo de guerra o estado de sitio", con el que implícitamente resuelve el problema de la competencia, pero que adolece, a mi modo de ver, de una insuficiente regulación.

(34) Añadía aún más el artículo 95 de la Constitución republicana: "No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas o de los lugares. Se exceptúa el caso de estado de guerra con arreglo a la Ley de Orden Público. Quedan abolidos todos los tribunales de honor tanto civiles como militares".

Como curiosidad, y al socaire de este último inciso, cabe añadir que, aunque la Constitución de 1978 no prohíbe los Tribunales de honor en la esfera militar (ex artículo 26), han quedado abolidos recientemente (casi de modo subrepticio), mediante el mecanismo de dejar sin contenido los artículos 1.025 a 1.046 del Código de Justicia Militar, según se establece en el punto 4 de la disposición adicional de la Ley 9/1986, de Planta y Demarcación de la Jurisdicción Militar; disposición adicional que no figuraba en el Proyecto del Gobierno y que fue añadida, en virtud de enmienda del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, con la finalidad de proveer provisionalmente de normas procesales de funcionamiento a los órganos judiciales militares, hasta tanto no se promulgara una nueva ley procesal militar.

mentario socialista, expresada ya con ocasión del debate del proyecto de donde saldría la comentada reforma del Código de Justicia Militar, mediante la Ley Orgánica 6/1980(35), y, aún antes, en la fase de enmiendas (de la que no se pasó) al Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 16 de abril de 1980(36); postura que se maximalizó en el programa con el que los socialistas se presentaron a las elecciones generales de octubre de 1982(37).

La disposición final 1.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 6/1980 preveía la inmediata elaboración de una reforma en profundidad de la Justicia Militar(38), por lo que, cuando ésta se ha venido produciendo, era lógico que la referida postura restrictiva de la competencia se reflejara en la ley.

Así, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, "del Poder Judicial", anunciaba, en su artículo 3.2, que "la competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 9 apartado 2, de esta ley"(39).

(35) Ver SERRANO ALBERCA, ob. cit., pág. 1.685; también el *Diario de Sesiones* número 99, la correspondiente al día 17 de junio de 1980, pág. 6.846.

(36) Ver FERNÁNDEZ SEGADO, ob. cit., págs. 584 y 585.

(37) Donde se decía textualmente: "se reducirá la jurisdicción militar al enjuiciamiento de aquellos delitos cometidos por militares en servicio activo y que, además, lesionen bienes o intereses de naturaleza específicamente militar" (apartado III, 1-3.º).

Se habían así combinado, acumulándolos, los dos criterios más restrictivos para el ámbito competencial de la jurisdicción militar, uno el de la Constitución española de 1931 y el otro traído desde la italiana de 1947, cuyo artículo 103 circunscribe la jurisdicción de los tribunales militares en tiempo de paz a "los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas":

Los constituyentes de 1978, que a la vista tenían estos antecedentes del derecho constitucional patrio y comparado, no tomaron como modelo a ninguno de los dos.

(38) Establecía:

"Primera. Uno. Para la elaboración de un plan de informes y anteproyectos relativos a la Reforma Legislativa de la Justicia Militar y la reordenación y modernización de la misma y bajo la autoridad del Ministro de Defensa, se constituirá antes de un mes, desde la aprobación de la presente Ley, una Comisión para el estudio y reforma de la Justicia Militar.

Dos. Será misión de la Comisión: Elaborar un proyecto articulado del Código, o Códigos referentes a la Justicia Militar antes de un año, a partir de su constitución, en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal, y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los Ejércitos extranjeros de más asidua relación."

(39) El artículo 9.2 refiere la competencia de la jurisdicción militar en el orden civil, circunscrita a la prevención de los juicios de testamentaria y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieran en campaña o navegación.

En consecuencia, se había producido una derogación tácita de lo dispuesto en los artículos 38, 1.063 a 1.071 del Código de Justicia Militar; después la ha habido expresa, del primero por la Ley Orgánica 4/1987 y de los demás por la Ley 9/1988.

Ello merece un estudio detenido, pues no se acierta a ver por qué se desmontan unas normas contrastadas por la tradición, ni se sabe si a las referentes al testamento militar sitas en el Código Civil les alcanza la abrogación. Una vez más aflora la influencia de impremeditadas y apresuradas reformas.

Y, desde la perspectiva del precepto transcrito, hay que entender la disposición derogatoria contenida en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 diciembre, "del Código Penal Militar", donde, tras declarar derogado el Tratado II "Leyes Penales" del Código de Justicia Militar de 17 de julio "en cuanto se refiere a las mismas", extiende la derogación a "cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica, especialmente aquellas referidas a la aplicación por la jurisdicción militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito".

Disposición ésta, en la parte transcrita, un tanto oscura, extraña, por cuanto no parece lógica su ubicación en una ley penal, y criticada por la doctrina que de ella se ha ocupado(40), pero que tenía un carácter provisional, siendo así superada por la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, "de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar", que es donde, de momento, ha quedado fijada la competencia de ésta; concretamente su artículo 12 preceptúa(41):

"En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas:

1. Los comprendidos en el Código Penal Militar.

2. Los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula.

(40) Ver RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis, "El Código Penal Militar", número 499 (abril 1986) de la *Revista General de Derecho*, páginas 1.286 y 1.287; MARTINEZ-CARDOS RUIZ, ob. cit. págs. 2.106 y 2.107; y mi *Comentario de urgencia al Proyecto...*, ob. cit., pág. 911.

(41) Se completa la regulación con los artículos 13, 14 y 16 a 18:

"En tiempo de guerra, y en el ámbito que determine el Gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la Jurisdicción Militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas:

1.º Los que se determinen en tratado con potencia u organización aliadas.

2.º Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las Leyes, por las Cortes Generales, o por el Gobierno, cuando estuviera autorizado para ello.

3.º Todos los tipificados en la legislación española, que se cometen fuera del suelo nacional y el inculcado es militar español o persona que siga las Fuerzas o Unidades Españolas.

4.º Todos los cometidos por prisioneros de guerra.

A los efectos de esta Ley la locución "tiempo de guerra" se entenderá en los términos definidos en el artículo 14 del Código Penal Militar" (artículo 13)

"La Jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave conocerá de los delitos conexos.

Si sobreseyese el procedimiento en relación con el delito de pena más grave, dejará de conocer de los conexos de los que no sea competente" (artículo 14).

"La Jurisdicción que conozca de un procedimiento conocerá asimismo de todas sus incidencias" (artículo 16)

"Corresponde a la Jurisdicción Militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar" (artículo 17)

"También será competente la Jurisdicción Militar para imponer sanciones en vía disciplinaria judicial a todos cuantos intervengan en los procedimientos judiciales militares y a los que infrinjan la policía de estrados" (artículo 18)

El artículo 15 se ocupa de especificar cuáles son los delitos que deben considerarse conexos, siguiendo el patrón diseñado en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Aquellos que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier Ejército.

4. En los casos del número anterior y cuando no existan tratados o convenios aplicables, todos los tipificados en la legislación española siempre que el inculpado sea español y se cometan en acto de servicio o en lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas. En este supuesto, si el inculpado regresare a territorio nacional y no hubiera recaído sentencia, los órganos de la jurisdicción militar se inhibirán en favor de la ordinaria, salvo en los supuestos contemplados en los números 1 y 2 de este artículo.”

Sólo mencionar que el Proyecto del Gobierno(42) incluía entre los delitos de exclusiva competencia de la jurisdicción militar aquéllos cometidos como consecuencia del desarrollo de un servicio de armas; grupo de infracciones que, ya en el Congreso, desapareció del ámbito competencial a cambio de modificar el artículo 159 del Código Penal Militar(43), que ahora incrimina al “militar que se extralimite en la ejecución de un acto al servicio de armas reglamentariamente ordenado” y cause muerte, lesiones o daños, tanto dolosa como culposamente(44); extraño o anómalo precepto que plantea graves problemas en su aplicación práctica(45) y que demuestra palpablemente la dificultad de llevar hasta sus últimos extremos palpablemente la idea inflexible de contraer la competencia de la jurisdicción castrense a los delitos militares, como más adelante se intentará demostrar.

(42) Aprobado por el Gobierno el día 3 de octubre de 1986 y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, del siguiente día 17, proyecto que era reproducción exacta del publicado en dicho *Boletín* el día 20 de marzo de 1986 (previa su aprobación por el Gobierno el anterior día 28 de febrero); la disolución de las Cortes para convocar elecciones generales había impedido la tramitación de este primer proyecto.

(43) En la disposición adicional 8 de la Ley Orgánica 4/1987.

(44) Dice así el artículo 159:

“El militar que se extralimite en la ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado, será castigado con la pena de doce a veinticinco años de prisión si causare lesiones muy graves; y con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión si produjere cualquier otro tipo de lesiones o daños.

Si la muerte, lesiones o daños se produjeran por negligencia profesional o imprudencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años. En el caso de imprudencia temeraria y de que se tuviera la condición de militar profesional, la pena será de tres meses y un día a ocho años de prisión.

(45) Ver REY GONZALEZ, Carlos, en *Comentarios al Código Penal Militar*, ob. cit., pág. 1.762 y ss.

### 3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, ESPECIALMENTE LA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El análisis de la jurisprudencia que se ha ocupado de la exégesis del inciso constitucional del que venimos tratando, ha llevado a muchos autores(46) a estimar que la locución "ámbito estrictamente castrense" invita a una interpretación restrictiva de la misma.

En efecto la Sala Especial de Competencias(47) tuvo que pechar con la delimitación de la zona competencial establecida, con cláusulas generales, en la Ley Orgánica 6/1980, ocupándose de numerosos supuestos, en los que tendió a utilizar criterios restrictivos(48); paradigmáticas pueden ser las afirmaciones contenidas en el auto de 29 de noviembre de 1982(49):

"...Una vez más tiene que enfrentarse el intérprete con la delimitación de un concepto jurídico indeterminado, que al estar incluido en el texto constitucional, su precisión conceptual tiene repercusiones jurídicas imprevisibles. Según el Diccionario, castrense es un adjetivo que se aplica a «ciertas cosas pertenecientes al Ejército o a la profesión militar». Seguro que los legisladores de 1978 no quisieron dar al vocablo tan desmesurada extensión. La doctrina científica más moderna y el derecho comparado recortan las competencias de la Jurisdicción Militar, para limitarlas a la protección de los intereses de los Ejércitos en cuanto instrumento de la defensa nacional; por ello en sentido estricto, y con relación a los hechos (no a la persona o al lugar), la delimitación vendrá impuesta por las infracciones que se cometan por militares, entre militares y con referencia a las actuaciones propias del servicio o profesión militar; pero también alcanza la competencia a los delitos y faltas cometidos por civiles cuando incidan directamente sobre actividades propias de los ejércitos; este último supuesto debe tener un ámbito más restringido que el anterior, con tendencia en casos dudosos a derivar hacia la jurisdicción penal ordinaria. En este sentido es un valioso precedente la Constitución Republicana de 1931, cuyo artículo 95, después de proclamar la unidad jurisdiccional declaraba que «la Jurisdicción Penal Militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados». El artículo 117 de la Constitución de 1978, no ha sido tan explícito, y delega en una ley el desarrollo de esta Jurisdicción que en lo sucesivo no constituirá privilegio alguno, sino otra Jurisdicción cuya separación se impone, como las demás, por la especialidad de los intereses que protege. Esta Ley ya se ha publicado —Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que reforma el Código de Justicia Militar— y a ella habrá que atenerse, mientras no se derogue”.

(46) Prácticamente a la totalidad de constitucionalistas y procesalistas.

(47) La prevista en la ya derogada Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948.

(48) Ver anterior nota (37).

(49) Referencia Aranzadi 7.224; marca una línea interpretativa esbozada en anteriores resoluciones y reiterada en las siguientes.

A parte de contener otras afirmaciones y apoyaturas más que discutibles, interesa reseñar que la línea restrictiva que se marca, y que fue pauta, hay que situarla en su contexto, o sea, en el de la repetida Ley de reforma del Código de Justicia Militar acaecida en 1980 y más concretamente en el recorte que, por razón del lugar y del aforamiento personal, se produjo en el ámbito de competencia de la jurisdicción militar; se trataba, no se olvide, de frenar con energía la tendencia expansiva demostrada históricamente.

Más importa, estudiar la doctrina que, al respecto, podemos encontrar en las sentencias del Tribunal Constitucional(50).

Como no podía de ser menos, del primer problema, a partir del reconocimiento de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense, del que se ocupó el Tribunal Constitucional, fue de la aplicación de las garantías procesales que el artículo 24 de la Constitución reconoce como derechos fundamentales, señalando que todas ellas son también patrimonio del encausado por órgano de aquella jurisdicción; así la sentencia 22/1982, de 12 de mayo(51), abundada y desarrollada en la 36/1983, de 11 de mayo(52).

Pero también tuvo ocasión enseguida de interpretar la expresión "ámbito estrictamente castrense"; fue en la sentencia 75/1982, de 13 de diciembre(53), de la que la doctrina ha destacada su fundamento jurídico segundo, donde en relación con el artículo 117.5 de la Constitución, señala:

"...El precepto remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado tiene también un valor interpretativo de tal regulación legal. En este sentido, y prescindiendo de la hipótesis del estado de sitio que aquí no interesa, resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al «ámbito estrictamente castrense». Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente".

El carácter restrictivo de la jurisdicción militar se ha pretendido erigir así en una declaración programática, derivada de la Constitución, en virtud de la cual el ámbito competencial de aquella debería ser recortado al máximo; pero, en la parte transcrita de la sentencia, no se dice sino que lo exigido por la Constitución es una jurisdicción militar restringida al ámbito estrictamente castrense y que ello constituye el criterio rector del que hemos

(50) Con una perspectiva más amplia (de toda la problemática relacionada con la Jurisdicción Militar), ofrece una selección de sentencias GOMEZ CALERO, Juan: "La reforma de la Jurisdicción Militar a partir de la Constitución", en número 504 (spbre. 1986) de la *Revista General de Derecho*, pág. 3.970 y ss.

(51) Dictada por la Sala 2.<sup>a</sup> resolviendo el amparo 383/1981 (*Boletín Oficial del Estado* de 9 de junio de 1982; *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, número 14).

(52) También de la Sala 2.<sup>a</sup> resolviendo el amparo 205/1982 (*Boletín Oficial del Estado* de 20 de mayo de 1983; *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, número 26).

(53) Del Pleno, resolviendo el recurso de amparo 245/1987, contra auto de la Sala Especial de competencias de 9 de julio de 1987 por el que se declaraba la competencia de la Jurisdicción militar para conocer de las actuaciones por presunto delito de tortura cometido en cuartel de la Guardia Civil (*Boletín Oficial del Estado* de 15 de enero de 1983; *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, número 21); el recurso de amparo fue interpuesto por los querellantes.

de valernos para interpretar la legislación correspondiente, que era la que admitía como nexos de competencia el lugar militar y la persona aforada, cual hemos visto se establecía en la reforma de 1980 del Código de Justicia Militar, siempre que el hecho afectase al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, incluso a su seguridad. No se trataba pues de restringir el ámbito castrense, sino de no extender éste por el mero hecho de la circunstancia de lugar o de vestir el uniforme.

Por ello, la misma sentencia, tras sentar que el "casus decidendi" se contrae a un delito común (del artículo 204 bis del Código Penal), reprochado por haberlo realizado miembros de la Guardia Civil en ejercicio de funciones de policía (en cuyo caso la Ley 55/1978 afirmaba la competencia de la Jurisdicción Ordinaria), centraba la cuestión en sí, por razón del lugar de comisión, cabía constitucionalmente atribuir la competencia a los tribunales militares, y concretamente en el análisis del artículo 9.1 del Código de Justicia Militar, según la redacción dada por la Ley Orgánica 9/1980, que la atribuía siempre que el delito (común y quien quiera fuera su autor) afectase al buen régimen, servicio o seguridad de las Fuerzas Armadas.

Así las cosas el Tribunal Constitucional indica que tal redacción tenía "la finalidad de limitar la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense" y que por ello:

"... «ratione loci» la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionen bienes jurídicos de carácter militar, para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan «contra cualquier persona», sea militar o paisano. La extensión de la jurisdicción militar a estos casos se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos puede afectar a la defensa nacional encomendada a las Fuerzas Armadas..."

La sentencia termina otorgando el amparo y reconociendo consiguientemente la competencia de la jurisdicción ordinaria(54); pero lo que aquí interesa destacar, a efectos generales, son dos cosas: 1.ª, que el Tribunal reconoce la constitucionalidad de los criterios competenciales por razón del lugar y de la persona en los términos establecidos en la Ley Orgánica 9/1980; y 2.ª, que asimismo es constitucional el conocimiento por la jurisdicción militar de delitos comunes que lesionen bienes jurídicos que puedan afectar a la defensa nacional.

De forma frontal no ha vuelto el Tribunal Constitucional a referirse al ámbito estrictamente castrense, aunque sí, de forma incidental, cual en la

(54) Porque, como también se dice en la sentencia, "normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria" y en el auto impugnado para nada se alude al buen régimen, servicio o seguridad en las Fuerzas Armadas, ni a una posible lesión de estos intereses militares, "ni de la simple descripción de los hechos puede inferirse razonablemente que existiera"; y añade: "ello es evidente en lo que se refiere al buen régimen y seguridad, y en cuanto al servicio, no es tampoco perceptible, por cuanto precisamente el que realizaban los miembros de la Guardia Civil presuntamente responsables del delito objeto de la causa criminal era un servicio de policía, es decir, un servicio que con arreglo a la legislación vigente supone de ordinario la pérdida del fuero militar".

sentencia 54/1983, de 21 de junio(55), en la que, con toda lógica, afirma que "...es evidente que las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquel ámbito...", y de forma indirecta, en una interesante serie de sentencias, donde se reconoce ciertas peculiaridades del derecho penal militar, tanto sustantivo como procesal.

Se trata concretamente de las sentencias 95/1985, de 29 de julio(56), 180/1985, de 18 de diciembre(57) y 107/1986, de 24 de julio(58).

En la primera de ellas alude a que las Fuerzas Armadas para el logro de los altos fines que les asigna el artículo 8.1 de la Constitución "necesitan imperiosamente... una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados".

La sentencia 180/1985 abunda en lo mismo, justificando la no aplicabilidad de la suspensión de condena a las condenas de militares por delitos militares en "la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado". En definitiva, que, como se dice en la primera de estas dos sentencias, lo que hay que proteger jurisdiccionalmente, por la militar, es la "cohesión de las Fuerzas Armadas".

(55) Del Pleno del Tribunal resolviendo cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 710 del Código de Justicia Militar, que declaró contrario a la Constitución (en *Boletín Oficial del Estado* de 15 de julio y *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 27, pág. 796 y ss.).

(56) Resolviendo el recurso de amparo 809/1983 (Sala 1.ª; en *Boletín Oficial del Estado* de 14 de agosto, y *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 52-53, pág. 1.042 y ss.); en ella se hace una interpretación del artículo 452.2 del Código de Justicia Militar, admitiendo en determinadas ocasiones la acción privada ante la jurisdicción militar (doctrina que se ha plasmado en el artículo 108 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar).

(57) Resolviendo el recurso de amparo 615/1985 (Sala 2.ª; en *Boletín Oficial del Estado* de 15 de enero y *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 57, pág. 76 y ss.); en el declaró la constitucionalidad del artículo 245 del Código de Justicia Militar en cuanto privaba del beneficio de suspensión de condena a los que siendo militares cometían delito militar (actualmente habría que convenir pues en la constitucionalidad del artículo 44 del Código Penal Militar, lo que no significa que su contenido deje de merecer críticas).

(58) Resolviendo el recurso de amparo 514/1985 (Sala 1.ª; en *Boletín Oficial del Estado* de 13 de agosto y *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 84-85, pág. 1.054 y ss.); en ella declaró la constitucionalidad del artículo 221 del Código de Justicia Militar, que establecía la accesoria de separación de servicio a las penas impuestas a Oficiales o Suboficiales como consecuencia de la comisión de determinados delitos comunes (actualmente derogado dicho artículo, se recoge la posibilidad de sanciones disciplinarias extraordinarias, que pueden llegar hasta la separación de servicio, en términos más amplios que los de aquel artículo 221, en el artículo 60 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, reformado en la Disposición Adicional 9.ª de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar).

La sentencia 107/1986 se apoya en aquellas dos y justifica el "plus" de punibilidad, respecto de un delito de estafa cometido por militar, en que "además de daño a los intereses generales protegidos por la ley común, originó también un daño concreto e indiscutible al servicio de las Fuerzas Armadas"(59).

Se está pues reconociendo "a sensu contrario" que el daño a la jerarquización, unidad, disciplina, cohesión y servicio de las Fuerzas Armadas está en el "ámbito estrictamente castrense", habiéndose además señalado por el Tribunal Constitucional que el artículo 117.5 "impone una consideración forzosamente restrictiva del alcance de esa jurisdicción a los supuestos previstos constitucionalmente"(60), o sea, que no puede extenderse a casos en que aquellas características y valores no queden afectados en modo alguno.

#### 4. LOS DEBATES PARLAMENTARIOS

En las Cortes Generales la discusión sobre los perfiles del inciso "ámbito estrictamente castrense" se ha producido en todos y cada uno de los Proyectos que han desembocado en las leyes antes mencionadas(61), pero sobre todo, con mayor intensidad, con ocasión del trámite parlamentario tanto en la Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar, como de la 14/1985. "Ley puente", ambas de la misma fecha (9 de diciembre), por cuando afloraba de continuo en el debate sobre la adscripción o ubicación de concretos delitos en la ley militar o en la común, hasta el punto que ambos proyectos, por ello, se discutieron conjuntamente en el Pleno del Congreso.

Y es que, desde el principio de la andadura parlamentaria, todos estaban en la consciencia de que, aun fuera de sede (por no tratarse de leyes sobre competencia), se abordaba, con estos dos Proyectos, el ajuste del mandato dirigido al legislador desde el artículo 117.5 de la Constitución.

Por ello, en la sesión inicial para el debate sobre la totalidad de ambos Proyectos(62), se fijaron las posturas, señalando el Ministro, en la presentación, que el Código Penal Militar debía incluir "tan sólo los delitos que

(59) Explica la sentencia que "el hoy recurrente utilizó su pertenencia a las Fuerzas Armadas en calidad de Brigada para fines delictivos, esto es, para facilitar la comisión del delito de estafa por el que fue condenado, sirviéndose de su condición de militar para inducir a engaño tanto a los soldados de su unidad como a los proveedores de la misma, y apropiándose fondos procedentes del Destacamento de pago".

(60) En la sentencia 93/1986, de 7 de julio (recurso de amparo 478/1985, sala 2.ª, en *Boletín Oficial del Estado* de 22 de julio y *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 63, pág. 941 y ss.), reconociendo, con toda razón, que la jurisdicción ordinaria es competente para conocer de una solicitud de "habeas corpus" de policía nacional en una privación de libertad por aplicación de normas del Código de Justicia Militar; sin embargo justifica la aplicación de estas normas disciplinarias como no contrarias al artículo 25.3 de la Constitución (en igual sentido la sentencia 31/1985, de 5 de marzo, *Boletín Oficial del Estado* del día 27 de marzo).

(61) En el apartado 2 de este mismo epígrafe.

(62) Por haberse interesado así por el Grupo Parlamentario Popular, solicitando la devolución al Gobierno.

definíamos como de naturaleza típicamente militar...tipificando conductas delictivas atentatorias contra bienes jurídicos de carácter militar en atención al sujeto activo o al lugar de realización”, y que, a la protección de esos bienes jurídicos “estrictos” de las Fuerzas Armadas, debían contraerse las leyes penales militares y la jurisdicción castrense, avalando tal posición con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1982(63), que, por cierto, iba a ser alegada también, en contra, por la oposición, tanto en el Congreso como en el Senado.

Se le contestó que derogar los criterios de competencia distintos al de por razón del delito, suponía reducir la jurisdicción militar “no sólo al ámbito estrictamente castrense..., sino al estrecho campo de los delitos militares con exclusión de la competencia por razón del lugar y de la persona responsable, aun cuando los hechos afectasen al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas”; y que, de otra parte, el hallazgo de ese criterio fundamental no era “más que un juego de palabras”, manejándose como componenda “de una de cal y de otra de arena”(64).

Desde otra perspectiva y grupo parlamentario, se indicó que había que ensamblar diversos aspectos: la condición civil o militar del justiciable, el lugar y circunstancias en que se comete el delito y la materia o naturaleza del bien protegido; si sólo se discutiera sobre esta última “estaríamos ante un galimatías”(65).

En la Comisión de Justicia e Interior se dijo que no era “fácil estructurar recortadamente y con claridad los delitos militares correspondientes” y que, en todo caso, debían serlo los que atacaren a la Defensa Nacional, por estar encomendada a las Fuerzas Armadas(66); contestándose en representación del grupo mayoritario que la delimitación entre jurisdicción militar y ordinaria es “un problema de voluntad política, un problema absolutamente de ideología, un problema de oportunidad”, que “el bien jurídico de la Defensa Nacional es propio de todos y cada uno de los españoles” y que el deslinde entre las jurisdicciones, en la zona difusa, se quería políticamente hacer “hacia la jurisdicción ordinaria, sin que eso sirva de recelo a la jurisdicción militar”, pues esta última, como cualquier jurisdicción especial, no puede tener “vis atractiva”; se acababa recordando que su concepción sobre lo “estrictamente castrense” había quedado fijada en el programa electoral(67).

(63) Ver *Diario de Sesiones*, n.º 178, la del 28 de diciembre de 1984, págs. 8.202 y 8.204.

(64) Portavoz del Grupo Popular, págs. 8.206 a 8.208. Le siguió una intervención del portavoz del Grupo Socialista, un tanto oscura, para mí, en cuanto a lo que llamó principios y criterios competenciales (pág. 8.210).

(65) Portavoz del Grupo Centrista (págs. 8.213 y 8.214), quien reconocía “una buena presentación de esta Ley”, refiriéndose al Código Penal Militar, aunque respecto del de la “Ley Puente” se tenían reservas “por su mediocridad de concepción técnica, por su pobreza de concepción jurídica”.

(66) Grupo Popular (*Diario de Sesiones*, número 314, la de la Comisión del día 4 de junio de 1985, págs. 9.758, 9.759, 9.766 y 9.767).

(67) *Diario de Sesiones*, págs. 9.759, 9.760, 9.763, 9.764, 9.767 y 9.768.

En el Pleno del Congreso, que registró una discusión conjunta de los dos proyectos y en una sola intervención global por grupos de enmendantes, nada nuevo se añadió(68) y, en el del Senado se reprodujeron los argumentos, poniéndose de manifiesto cómo la reducción al ámbito, estrictamente castrense, era sin duda “el caballo de batalla” y que en definitiva era un problema de oportunidad y decisión política(69).

## 5. SINTESIS DE LAS POSTURAS DOCTRINALES

Siendo un concepto, el referido al ámbito estrictamente castrense, con una zona ciertamente de indeterminación, es lógico que la doctrina no haya llegado a unas conclusiones pacíficas, sino más bien distintas, que han sido sistematizadas esquemáticamente(70) en tres diversas posturas: según se ponga el acento en la eficiencia de los Ejércitos y los principios que los informan, o se haga en el hecho de ser estos instrumentos de la Defensa Nacional y por consiguiente en la protección del servicio y la disciplina, o se combinen ambos criterios.

En todo caso quedaría un núcleo inderogable que sería el relativo al servicio y a la disciplina, en su concepción más amplia de cumplimiento de deberes que impone al militar su permanencia en los ejércitos; ocurre que el concepto de servicio tiene también un sentido extensivo que conecta con la idea de eficacia, o ésta puede ser atacada, o puesta en peligro, de muy diversas formas.

Una vez producida la reducción de la competencia de la Jurisdicción Militar, constriñéndola esencialmente a lo que el legislador considera delitos militares, por su inserción en el Código Penal Militar, la valoración doctrinal también ha sido divergente, por cuanto hay quienes han considerado que ahora sí se limita de modo efectivo la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense(71), mientras que otros han considerado insuficiente o estrecho el nuevo marco competencial que la vigente regulación reserva a los tribunales militares(72).

(68) Ver *Diario de Sesiones*, número 217, la del Pleno del Congreso del día 13 de junio de 1985, págs. 9.661, 9.966 y 9.967.

(69) Ver *Diario de Sesiones*, número 136, la del Pleno del Senado del día 23 de octubre de 1983, págs. 6.480, 6.481 y 6.483.

(70) Por MARTINEZ-CARDOS RUIZ, Leandro S., ob. cit., págs. 2.097 y 2.098.

(71) Así MILLAN GARRIDO, Antonio, en el prólogo de la edición de la *Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, Biblioteca textos legales de Tecnos, Madrid, 1987, pág. 24.

(72) Así, para mí con mejores argumentos que Millán, RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis, “El Código Penal Militar”, en *Revista General de Derecho*, número 499 (abril 1986), págs. 1.286 y 1.287; y MARTINEZ-CARDOS RUIZ, Leandro S., ob. cit., págs. 2.106 y 2.107.

## 6. RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES FINALES

Tras esta amplia panorámica, con apoyo en lo dicho y a modo de recapitulación, es momento de esbozar una serie de reflexiones y apuntar alguna conclusión.

Parece claro que era constitucional, o, si se prefiere, respetaba las exigencias del artículo 117.5 de la Constitución, el ámbito competencial conformado en la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar; y lo mismo cabe decir del actualmente fijado por la disposición derogatoria del vigente Código Penal Militar y en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, "de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar".

Ello es debido a que tal artículo 117.5, partiendo del reconocimiento de la Jurisdicción Militar, prohíbe se expanda hacia lo que carece de precisa y clara vinculación a lo castrense (adjetivo que hay que entender como lo relativo a las Fuerzas Armadas) y utiliza una fórmula elástica que deja una amplia zona indeterminada, a concretar por el legislador, por expreso mandato que a éste dirige la Constitución.

Lo único pues que al legislador prohibieron los constituyentes fue, de una parte, que prescindiera de la Jurisdicción Militar en su núcleo inderogable, y, de otra, que, al dotarla de contenido, éste excediera de lo que es su razón específica en tiempo de paz; se dejaba, y sigue dejando, a una decisión de oportunidad política, como quedó patentizado en los debates parlamentarios antes aludidos, el decidir cómo llenar la competencia de los tribunales militares en cada momento.

La libertad, por tanto, de que, al respecto, goza el legislador, con unos límites infranqueables por exceso y por defecto, es muy amplia.

Sentado cuanto se viene diciendo, lo que no me parece acertado es ni el camino seguido para reducir las atribuciones de la Jurisdicción Militar, ni tampoco el excesivo recorte de éstas; aunque, repito, el artículo 117.5 permite la actual constricción de la competencia. Sin embargo hacerlo así no era exigencia constitucional, siendo posible un más amplio marco competencial que el vigente, a la luz de la doctrina sentada o apuntada por el Tribunal Constitucional y que antes se ha examinado.

Como ya en un trabajo anterior había mantenido(73), la poda progresiva que ha venido experimentado la competencia de los tribunales militares se ha alimentado de unos criterios rectores, válidos como hipótesis de trabajo, pero discutibles en cuanto se toman como principios o dogmas que no admiten fisura.

Los criterios a los que me estoy refiriendo no son otros que el de reservar la jurisdicción militar sólo para los militares y el de que únicamente alcance a los delitos militares(74).

(73) En *Comentario de urgencia...*, ob. cit., págs. 918.

(74) El programa del Partido Socialista para las elecciones generales del año 1982 combinaba ambos criterios, acumulándolos restrictivamente (ver anterior nota 75).

El primero de ellos está constitucionalizado en Italia, cuya Carta Magna de 1947 establece, en el párrafo 3.º del artículo 105, que “los tribunales militares en tiempos de paz tendrán jurisdicción en los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas.”

El segundo lo utilizó nuestra Constitución de 1931; en efecto, su artículo 95 prescribía, entre otros extremos, que “la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados”, añadiendo que no podía establecerse fuero alguno por razón de las personas o de los lugares y exceptuando “el caso de estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público”.

Aunque ya hemos visto cómo la Sala de competencias prevista en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948 aludió a este precepto de la Constitución de la 2.ª República como criterio interpretativo de la hoy vigente(75), estoy, por el contrario, con quienes piensan que los constituyentes de 1978 rehuyeron el imitar aquel posible modelo y este precedente(76), prescindiendo de ambos criterios, sabedores tal vez de lo problemático que resulta llevarlos a cabo hasta sus últimos extremos e incluso desarrollarlos técnicamente; bien parece que de modo expreso se separaran de ellos y convinieran en consecuencia una formulación más flexible que, no obligando a hacer difíciles equilibrios, sirviera a la clara y fundamental idea de poner freno, tanto a desmesurados alargamientos de la competencia, como a una fácil o cómoda utilización política de los órganos jurisdiccionales militares, en materia y ámbitos por completo ajenos a lo castrense.

El que los tribunales marciales sólo puedan tener como justiciables a militares es un corriente equívoco que no tiene razón alguna(77) y, que yo sepa, únicamente tiene ganada carta de naturaleza en Italia por imperativo constitucional, donde ello ha obligado a afrontar una árdua problemática, no sólo a nivel dogmático, sino también práctico.

Como idea de la que partir, puede ser válida para evitar una hipertrofia o codicia de la jurisdicción militar, y así da la impresión de haber sido utilizada de cara a la configuración del marco competencial hoy en vigor; pero el legislador ha respetado las normas generales de participación de extraños en delitos propios (de militar) y además, aunque de manera muy restrictiva, ha acuñado una serie de delitos en que su sujeto activo no precisa ser militar(78); ya al presentar el Proyecto de Ley del Código Penal Militar en el Pleno del Congreso de los Diputados, el propio Ministro de Defensa, con

(75) En el auto, antes parcialmente transcrito, de 29 de noviembre de 1982.

(76) Así, SERRANO ALBERCA, José Manuel, ob. cit., pág. 1.673; y MARTINEZ CARDOS RUIZ, Leandro, pág. 2.106.

(77) Equívoco que explica la máxima atención periodística cada vez que, ante un tribunal militar, comparece como acusado un no militar, aunque el contenido de injusto del delito enjuiciado, atendido el marco penal, sea mínimo.

(78) Ver, entre otros extremos al respecto, cuáles son estos delitos, en RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO, José Luis, *El Código Penal Militar*, ob. cit., págs. 1.283 a 1.285; del mismo, *Comentarios al Código Penal Militar*, ob. cit., pág. 145 y ss.

apoyo y cita expresas de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1982, lo dijo con claridad: "... la jurisdicción militar es competente cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar, para cuya tutela se extiende aquella jurisdicción a los procedimientos que se siguen contra cualquier persona, sea esta militar o paisana"(79).

Otra cosa es que, en esa selección de los escasos delitos militares en los que pueden ser autores personas no aforadas, se haya obrado de forma acaso restrictiva y que, además, en determinados supuestos, se haga una separación entre el ilícito común y el militar con una fundamentación poco clara y que puede parecer arbitraria; ejemplo de lo primero sería el nuevo párrafo 1.º del artículo 221, introducido por la "ley puente" en el Código Penal(80), y de lo segundo esa doble vía de proteger penalmente al centinela en el texto militar y al resto de quienes también puedan calificarse de fuerza armada en el común.

El otro criterio, el de ceñir la jurisdicción castrense a los delitos militares, es sin duda el que se ha utilizado de modo rector, alimentando técnicamente la progresión legislativa hasta llegar a la situación normativa vigente.

Con ello el problema se traslada al del concepto de delito militar, del que el Código ofrece una definición puramente formal, al señalar el párrafo 1.º del artículo 20 del Código Penal castrense que "son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas en este Código"; luego, en el Libro Segundo del mismo texto legal, se van describiendo las conductas que, a juicio del legislador, tienen tal carácter, de modo que el legislador selecciona los bienes jurídicos que estima son de naturaleza militar, así como en qué medida y cómo deben ser protegidos penalmente.

Dicho de otro modo, partiendo de un concepto formal, se dota de contenido al delito militar por la naturaleza del bien jurídico.

Ocurre que las categorizaciones al respecto resultan difusas y muy relativas.

Aunque la doctrina ha intentado perfilar los criterios diferenciales entre unos delitos exclusivamente militares y otros que, sin dejar de pertenecer al ámbito castrense, tienen un claro carácter pluriofensivo(81), la delimitación ha resultado problemática y, a la postre, baldía, en mi opinión; no es por ello de extrañar que, de modo realista, el legislador español haya prescindido de cualquier distinción, evitándola incluso en la escala y clase de penas, y apar-

(79) *Diario de Sesiones*, número 178, de la del 28 de diciembre de 1984, pág., 8.202.

(80) Párrafo 1.º del artículo 221 del Código Penal que, con una técnica defectuosa en sus propios términos y por enquistase en una sede ajena, castiga, con prisión menor a "el que de palabra, por escrito, impreso u otro modo de posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de Sedición militar, a las tropas o (sic) comportamientos de indisciplina o al incumplimiento de deberes militares o hiciera apología de la Sedición militar o de los sediciosos.

(81) Por todos ver VENDITTI, Rodolfo, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, 5.ª edición, Giuffrè ed., Milán, 1985, pág. 157 y ss.

tándose así de los textos militares anteriores que preveían penas comunes y militares(82).

Pero, al no tener en cuenta otro criterio competencial que el del delito militar, entiendo que, ante la insuficiencia o vaguedad de la pauta que ofrece el carácter del bien jurídico para delimitar el campo castrense, no se ha sido congruente, obligando a unas soluciones cuanto menos discutibles y de dudosa bondad técnica, al mezclar dos planos, el sustantivo y el de competencia, que no precisan de una absoluta coincidencia. Trataré de explicarme.

De una parte, para evitar que la jurisdicción castrense conociera determinados delitos "comunes" expresamente por razón del lugar de comisión o de la persona responsable, se han militarizado algunas infracciones, introduciendo (solapadamente) aquellos criterios; así, en la ya anotada intervención del Ministro de Defensa(83), señalaba que "... en el texto del Código Penal Militar se han tipificado conductas atentatorias contra bienes jurídicos de carácter militar en atención al sujeto activo o al lugar de realización".

El obrar de esta manera ha traído una serie de problemas que derivan en soluciones distorsionantes del sistema, añadiendo dificultades en la aplicación de algunos preceptos y sobrecargando el Código Penal Militar; algunos ejemplos pueden ilustrar lo dicho; de un lado el artículo 155 castiga la imprudencia del militar generadora de graves daños en vehículos militares(84) y el 159 la del que "extralimitándose en acto de servicio de armas" causa, también imprudentemente, muerte, lesiones graves o daños(85); de otro, los artículos 180 a 188, abrazados con la rúbrica de "delitos contra la Administración de Justicia", hubieron de ser introducidos en el proyecto a última hora, ya en el Senado, militarizando lo que siempre ha regulado el Código Penal común, pues, de lo contrario, hubiera conocido de tales delitos la Jurisdicción ordinaria(86).

Por la mezcla de planos, y ante las dificultades técnicas, se aportan unas soluciones de las que derivan añadidos unos nada fáciles problemas concursales, tanto de normas como de delitos.

De otra parte, el que tan sólo se tipifiquen como delitos militares los comportamientos que ofendan intereses de las Fuerzas Armadas (lesión o puesta en peligro de bienes que afecten estrictamente a las mismas) puede

(82) En particular ha rehuído absolutamente la utilización de la categoría del delito exclusivamente militar; ver mi referencia al artículo 22-1.ª, en *Comentarios al Código Penal Militar*, ob. cit. pág. 430.

(83) Ver anterior nota 79.

(84) Donde no se contemplan, a pesar de llevar aparejada una pena de tres meses y un día a dos años, los daños que en propiedad no militar se ocasionen por el mismo hecho, ni, por supuesto, tampoco cualquier lesión de otro bien jurídico (vida o integridad corporal).

(85) Delito que fue retocado por la Ley Orgánica 4/1987, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar, como consecuencia al parecer de haberse suprimido en el Congreso la previsión del correspondiente Proyecto del Gobierno que pretendía extender la competencia a los delitos cometidos en acto de servicio de armas.

(86) Ver PEÑA PEÑA, Virgilio, en *Comentarios al Código Penal Militar*, ob. cit., págs. 1.973, 1.974, 1.982 y 1.983.

ser útil para fijar el núcleo inderogable del delito militar, y descartar lo que nada tiene que ver con los Ejércitos, pero siempre queda una zona intermedia de difícil determinación y, además, son frecuentes los supuestos de pluriofensividad, en los que el hallazgo de un subcriterio discernidor de la adscripción a un campo o a otro se presenta como algo en cierto modo imposible "a priori", porque ahí es donde entran en juego factores de lo más heterogéneo y en suma de política legislativa (tradición, conyuntura o circunstancia política, conveniencias prácticas de eficacia, utilidad o de otro orden...).

Por ello, el llevar a rajatabla la distinción de delito militar o común en orden a la determinación de la competencia de la jurisdicción castrense, dificulta la solución de este último problema, produciéndose a veces lo que da la impresión de caprichosas adscripciones; tal ocurre con los artículos 235 bis del Código Penal y 85 del Militar, pero también en otros muchos casos(87).

Desarrollando en algo el ejemplo que se acaba de proponer, puede sostenerse en una primera aproximación que, caso de un militar y un paisano que, puestos de acuerdo y simultáneamente, maltraten de obra a fuerza armada, aquél responderá por el artículo 85 del Código Penal Militar y éste en virtud del 235 bis del común; a efectos de competencia, las reglas para determinarla se contienen en los artículos 14.º y 15.º de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio ("de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar"), pero, como los expresados artículos 85 y 235 bis, no sólo parecen obedecer a distinta política criminal, sino que, para configurar el injusto, utilizan técnicas diferentes, la solución recuerda en cierto modo al juego de la lotería; y todavía puede complicarse más, tanto para la calificación penal como en orden a la atribución de competencia, si, en el caso propuesto, se introduce la variante de aquel militar y aquel paisano maltratan a un centinela y a su Cabo, Oficial o Suboficial, cuando alguno de éstos acude en su auxilio.

En otro orden de ideas, para los supuestos de pluriofensividad, lo determinante no parece que deba ser la entidad de los diversos bienes jurídicos en juego, pues por esa vía la agresión al superior, productora de su muerte, debería trasladarse al Código Penal común, ya que sin duda la vida está, en tiempo de paz, por encima de la disciplina(88); antes bien al contrario, el

(87) Así el mencionado párrafo 1.º del artículo 221 del Código Penal, o, en relación a la Defensa Nacional, con la comparación de los artículos 125 bis e) a 125 bis g) del texto común con los 57 a 62 del castrense que, además de no tener parangón el artículo 61 de éste con aquellos, lleva a distinta jurisdicción al militar que al funcionario que desarrolla su actividad laboral en dependencia castrense. Los ejemplos podrían multiplicarse. Ver también la siguiente nota 88.

(88) Problema distinto, que no menos importante, es el de la penalidad más benigna que pueda resultar en ocasiones de la aplicación del texto marcial, consecuencia de haberse elaborado éste con unos criterios políticos criminales más avanzados que los que inspiran el aún vigente Código Penal común; la distorsión del sistema es palmaria y está denunciada por la

que, con un delito común se vulneren intereses militares, debería significar la posible atracción de competencia sin necesidad, en muchos casos, de militarizar la infracción.

Por último, con el sistema seguido se han sustraído al conocimiento de la jurisdicción militar una serie de delitos, de raíz común, y que desde siempre habían pertenecido a su ámbito competencial; el ejemplo más claro es el de los que se contenían en el artículo 194 del Código de Justicia militar de 1945; la solución técnica, que se arrastraba en este precepto, desde el artículo 175 del Código de Justicia Militar de 1890, no era correcta desde la perspectiva estrictamente penal, pero la idea, en términos generales, de atribuir con claridad la competencia, en el enjuiciamiento de determinados delitos, por razón de la condición militar de su autor y la circunstancia del lugar castrense de su comisión, o de otras, no debió ser tan fácilmente arrumbada, máxime en unos momentos en que los jueces y tribunales ordinarios se encuentran saturados e incluso colapsados por la avalancha de asuntos que tienen que afrontar, lo que va en detrimento y desdoro de su función.

No es sólo desde tal óptica, quizás coyuntural, si bien la justicia española desgraciadamente no tiene trazas de caminar hacia metas óptimas(89), que se pueda reivindicar la vuelta a la Jurisdicción Militar de aquellos, y otros, delitos, pues, permitiéndolo la Constitución y la doctrina del tribunal "ad hoc", el buen régimen de los Ejércitos, e incluso el mantenimiento de la disciplina, aconseja que los hurtos, lesiones, tráfico de drogas y algunos otros delitos cometidos en cuarteles por personas aforadas, sean rápidamente juzgados por los órganos de la justicia castrense; en algunas infracciones contra la libertad ocurre algo parecido, dándose la paradoja de que si el sujeto activo es superior en sentido estricto habrá infracción militar(90), mientras que, si no lo es, aunque se prevalega de una situación real de supe-

doctrina; deberíamos contar con un nuevo Código Penal, y, al no ser así, lo correcto parece que hubiera sido, en una ley especial y complementaria como la militar, hacer, no una radicalmente novedosa, sino una reforma de la anterior en congruencia con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal.

El mal enfoque de los problemas comporta, una vez advertidos, la mala solución de los mismos; lo digo porque me encuentro con la sorpresa, ya cuando prácticamente estaba elaborado este trabajo, de que el Proyecto de Ley Procesal Militar, publicado en el *Boletín del Congreso de los Diputados* de 15 de abril de 1988 (serie A, número 79-1), contiene una disposición adicional quinta que pretende redactar el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, de la siguiente manera:

"Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la jurisdicción militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste".

Una vez más, de convertirse en Ley, se mezclarían indebidamente, con repercusiones prácticas, creo que imprevistas, los planos de la competencia con los estrictamente penales.

(89) A lo sumo tan sólo se vislumbran paliativos.

(90) Delito o falta disciplinaria de "abuso de autoridad" o de "extralimitación en el ejercicio del mando" (artículos 103 a 106 y 138 a 142 del Código Penal Militar, y sus correlativos en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, como pudieran ser las faltas leves 14.<sup>a</sup> a 17.<sup>a</sup> del artículo 8 y las graves 11.<sup>a</sup>, 14.<sup>a</sup> y 19.<sup>a</sup> del artículo 9).

rrioridad, la infracción será común(91); debería también evitarse que las malversaciones de caudales militares; o bien salgan de la esfera de la competencia militar o, lo que es peor, se reconduzcan, junto con hurtos y robos sin violencia o intimidación en las personas, a los delitos contra la Hacienda Militar, sobre todo a los artículos 195 y 196 del Código marcial, planteando de modo innecesario problemas de concurso y confundiendo la razón de ser de las distintas figuras delictivas en juego.

Creo haber desgranado hasta aquí un grupo de argumentos en contra de la decisión del legislador de conectar la competencia de la jurisdicción castrense a un inaprensible concepto del delito militar. Involucrar el plano penal con el de la competencia, lleva a enturbiar el primero, así como a soluciones técnicas incorrectas.

Más realista me parece no hinchar el Código Penal Militar, el conocimiento de cuyos delitos sería el núcleo básico de la Jurisdicción Militar, y ampliar ésta a determinadas infracciones comunes, previamente seleccionadas por su especial incidencia en el ámbito militar, si se quiere mediante el sistema de lista y dejando una fórmula final en que se conectara la competencia por razón del lugar de comisión y de la persona responsable, con fundamento en los criterios que ha perfeñado el Tribunal Constitucional interpretando el "ámbito estrictamente castrense" al que se refiere el artículo 117.5 de la Constitución; esta cláusula residual y general sería la que podría interpretarse restrictivamente, aunque no veo razón para ello, pero previamente el legislador habría diseñado en la lista las infracciones que, siendo de génesis común y no precisando preverlas el texto penal militar, pertenezcan a aquel ámbito.

Finalmente, y en otra perspectiva, es obvio que en un estado de derecho no hay razón para desconfianzas y recelos hacia la Jurisdicción Militar y que, desde luego, para afrontar con rigor los problemas, estimo, hay que superar prejuicios que sólo conducen a solucionar aquéllos insatisfactoriamente.

Si existen unas Fuerzas Armadas, parece necesario, o por lo menos muy conveniente, mantener una Jurisdicción Militar, que salvaguarde su eficacia; por ese camino discurre nuestra Constitución(92) y en modo alguno se deduce de su artículo 117.5 que deba ahogársela o constreñirla en exceso.

(91) En el tema de las llamadas "novatadas" está más claro: si el que abusa del novato es un superior, hay infracción militar, pero, de no serlo, cual ocurre con frecuencia, se acude en la práctica a la 'vía' disciplinaria despreciándose la penal, aun cuando procediera, por no estar atribuido el posible delito a la competencia castrense.

(92) Otra cosa es que no haya Fuerzas Armadas; también es verdad que caben éstas sin jurisdicción militar, aunque no es menos cierto que es fenómeno reciente en algunos países, donde se detecta un fortalecimiento fáctico de las facultades disciplinarias con evitación de la vía penal, que, a veces, la no existencia de justicia castrense específica obedece a concretas circunstancias políticas y que, como vengo repitiendo, la jurisdicción ordinaria en España no está preparada para asumir las competencias que dejaría la militar.

La noticia más reciente que conozco sobre la situación del derecho comparado la ofrece ALMAGRO NOSETE, José, en *Derecho Procesal. El Proceso Penal(2)* (de varios autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 353 y 354.

El evitar impunidades y la prontitud en el castigo es algo predicable de todo orden jurisdiccional, pero muy especialmente del militar, pues es lo que le dota de sentido.

En fin, que el nudo gordiano, como vengo repitiendo desde hace años(93), estriba *no en ser cicateros con la competencia de la jurisdicción, vaciándola o restringiéndola al máximo, sino en organizarla de acuerdo con la Constitución, llevando a ella todas las garantías constitucionales, lo que además era lógica y expresa exigencia del pasaje con que se cierra el artículo 117.5(94); amén de que aquellas garantías eran, y son, de aplicación directa, debiendo interpretarse las leyes y aplicarse de modo que quedaran, y queden, salvaguardadas.*

Como de la simple lectura se deduce, este trabajo se elaboró durante el año 1988; la regulación de la competencia de la Jurisdicción Militar, objeto de estas páginas, en nada ha variado, excepción hecha de la regla incrustada en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/87, mediante la disposición adicional 6.ª de la Ley Orgánica 2/89, y a la que se hace mención en la nota 88.

Lo que si se ha acaecido desde entonces es la puesta en marcha del nuevo diseño de la Jurisdicción militar y la entrada en vigor de unas normas procesales con la que actuar aquella; y no parece que se haya logrado la deseable agilidad y celeridad que, armonizadas con las insoslayables garantías constitucionales, debieran ser, en mi opinión, una de las características esenciales del funcionamiento de la justicia militar, llamada a castigar los delitos castrenses y, en consecuencia, a imponer unas penas, cuya finalidad preventiva general es claramente prioritaria.

(93) Ver mi *Comentario de urgencia...*, ob. cit., págs. 910 y 911.

(94) En ésta línea la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, competencia y organización de la Jurisdicción Militar, junto con la Ley 9/1988, de 21 de abril, de planta y demarcación de la Jurisdicción Militar, suponen un cumplimiento parcial, a falta de una ley procesal militar, de lo dispuesto en el inciso final del artículo 117.5 de la Constitución.

Ver nota 88 en relación al Proyecto de Ley Procesal Militar.