

QUEBRANTAMIENTOS DE PRISION PREVENTIVA EN EL AMBITO CASTRENSE: PROBLEMAS DE TIPICIDAD, JURISDICCION Y COMPETENCIA

Por Germán Martínez Aznar
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTADO DE LA CUESTIÓN.—III. TEORÍAS.—IV. SOLUCIONES QUE SE PROPONEN.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque la reforma post-constitucional del Derecho militar (disciplinario, penal, orgánico y procesal) lleva cumplidos un número de años suficiente como para que —bien por modificaciones legales o por interpretación jurisprudencial— estuvieran definidas y satisfechas un buen número de cuestiones que, en la aplicación cotidiana de este Derecho, representan serias dudas a quienes dedicamos nuestra labor al empleo de dichas normas castrenses, lo cierto es que subsisten numerosos problemas y discusiones jurídicas al respecto. Alguno de esos problemas parece haber sido aclarado durante un tiempo, y digo “parece”, pues la situación de tranquilidad doctrinal es transitoria, hasta que se vuelve a introducir el dedo de la inquisición especulativa en la mal cerrada llaga de la cuestión jurídica.

Una de esas cuestiones transitoriamente solucionadas es la que sirve de título a este trabajo.

Al publicarse el Código Penal Militar (en adelante CPM) surgió inmediatamente la polémica sobre de la interpretación de su artículo 188, en cuyo primer párrafo se dice:

“Los sentenciados por la Jurisdicción Militar a penas que deban cumplirse en establecimientos penitenciarios militares, que que-

branten su condena, prisión, conducción o custodia, serán castigados con la pena de tres meses y un día a un año de prisión”.

El equivalente precepto del Código Penal ordinario era el artículo 334:

“Los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia serán castigados con la pena de arresto mayor”. (1)

Se discutía si los presos preventivos de la Jurisdicción Militar, que quebrantaran su situación procesal, incurrieran en el reproche penal de ese precepto (artículo 188 CPM) o, por el contrario, sólo debía estimarse incluidos en el tipo castrense a los “sentenciados”, atendida la redacción gramatical del texto, en cuyo último caso deberían aplicarse los preceptos del Código ordinario a tales conductas.

El tema llegó a plantear un conflicto jurisdiccional, que dió lugar a la Sentencia de la Sala Especial de Conflictos de fecha 2 de abril de 1990 (B.O.E. núm. 132, de 2 de junio), recaída en el conflicto núm. 9/1989, donde se resolvió en favor de la castrense el conocimiento de un hecho motivado por la fuga de un legionario, que se encontraba en situación de prisión preventiva acordada por un Juzgado Togado. Como consecuencia de esa resolución de la Sala de Conflictos, la Fiscalía Togada dictó —con cierta urgencia— una Instrucción de fecha 31 de agosto de 1990 en la que se decía lo siguiente:

“...la cuestión se centra en determinar si a tales comportamientos les es aplicable el tipo delictivo contenido en el artículo 188 del CPM o bien el previsto en el artículo 334 del Código Penal Común, problemática ésta que no resuelve de modo claro y explícito la mencionada resolución de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, la cual se limita a afirmar la competencia de la jurisdicción militar “con independencia de cuál sea la normativa sancionadora aplicable, cuestión que tendrá que resolver esa jurisdicción al conocer la cuestión planteada por este conflicto”.

(1) El Nuevo Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre), en su artículo 468 dice: “Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”.

Por ello, al no mencionarse la situación de prisión preventiva en el citado artículo 188 del Código Penal Militar, y al objeto de evitar problemas de legalidad y tipicidad de las infracciones, es parecer de este Ministerio Fiscal que la calificación de tales supuestos debería hacerse conforme a los correspondientes preceptos (artículos 334 y 335) del Código Penal Común, en evitación, reitero, de problemas de atipicidad e impunidad de conductas que, como decíamos en nuestra Instrucción de fecha 6 de marzo de 1990, atentan, indudablemente, contra uno de los bienes jurídicamente protegidos en el Código Penal Militar como es el de la Administración de Justicia Militar”.

En aquella otra Instrucción de marzo de 1989 de la Fiscalía Togada (era la núm. 1 de ese año), se alegaba la dificultad de solución del problema de los quebrantamientos de la prisión preventiva y, reconociendo que no era del todo satisfactoria, se inclinaba la Instrucción por atribuir la competencia de aquellas conductas a la jurisdicción militar, por vía de las “incidencias” del artículo 16 de la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LCOJM) (2). Se argumentaba que entre tales “incidencias” del proceso se puede citar “la relativa a la situación personal del procesado, tramitada en pieza separada (artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 712 “in fine” del Código de Justicia Militar) y, en consecuencia, el quebrantamiento de la prisión preventiva o provisional acordada por órgano judicial competente en un procedimiento instruido en la Jurisdicción Militar supone la atracción a esta jurisdicción del conocimiento del delito”. Continuaba expresando la Instrucción comentada: esta tesis de la incidencia “responde al concepto legal de incidencia que preveía el derogado artículo 24 del Código de Justicia Militar, en cuanto se trata de una infracción legal cometida en el curso del procedimiento susceptible de entorpecer la acción de la justicia”.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La postura de los Fiscales Territoriales, a partir de la Instrucción de 31 de agosto de 1990, consistía en mantener la acusación por el delito común de Quebrantamiento de Prisión (artículo 334 CP), sin mayores explica-

(2) Artículo 16 LCOJM.— “La jurisdicción que conozca de un procedimiento conocerá asimismo de todas sus incidencias”

ciones en cuanto a la no aplicación del artículo 188 CPM, ni respecto a la materia de distribución competencial. A su vez, los Tribunales Militares aceptaban la calificación de la acusación pública, en los casos de fuga de presos preventivos, y condenaban por un delito común de los artículos 334 o 335 del Código Penal.

Sin embargo pueden citarse casos en los que el tratamiento jurídico de la cuestión no era como el “estado normal”, al que hemos hecho mención en el párrafo anterior; tenemos constancia de un caso particular en el que la acusación pública calificó la fuga de un preso preventivo como concurso entre el delito de Deserción del artículo 120 del CPM (en su primera redacción) (3) y el Quebrantamiento del artículo 335 del texto punitivo ordinario; la calificación se formulaba como “concurso ideal” del artículo 71 del Código Penal (4), sin embargo, dada la desproporción de la pena, se tuvo en cuenta el último párrafo de la norma (cuando la pena agravada exceda del límite que correspondería si se penaran separadamente), y el Fiscal solicitó pena por cada uno de los delitos aisladamente considerados; el Tribunal sentenciador acogió la petición del Fiscal e impuso sendas penas privativas de libertad.

Sin tener en cuenta el supuesto anterior, que ha sido extraordinario, la situación parecía pacífica a partir de la resolución de la Sala de Conflictos de abril de 1990, pues los Tribunales Militares aplicaban los preceptos del Código Penal común para los Quebrantamientos de prisión preventiva; pero era una mera apariencia de paz jurídica. Buena prueba de ello la aporta el resultado final del propio proceso que había motivado el conflicto resuelto por la Sala Especial. En efecto, una vez dictada la sentencia de 2 de abril de 1990, que se había planteado entre el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Pontevedra y el Togado Militar núm. 42 de La Coruña, se devolvieron las actuaciones a este último por haberse decidido el conflicto en favor de la castrense, cuyo órgano militar dictó un auto de archivo en fecha 10 de julio de 1990, “al carecer de tipicidad la conducta realizada por el legionario...”, razonaba dicha resolución. El Fiscal Territorial recurrió en apelación dicho auto, pero el Tribunal

(3) Artículo 120 (antes de la reforma verificada por L.O. 13/1991): “Comete deserción el militar no comprendido en el artículo anterior (es decir, el no profesional) que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia”.

(4) En el nuevo Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre) es el artículo 77.

Territorial desestimó el recurso por los mismos Fundamentos Jurídicos que había utilizado el Juez. Se transcriben, por su interés, dichos razonamientos:

“I Que en el Auto de inhabilitación del Juez Togado, se establecía la no existencia en el ámbito Penal Militar de un tipo legal aplicable a los hechos objeto de las presentes actuaciones, toda vez que el art. 188 del texto legal castrense ... exige que el sujeto activo se encuentre sentenciado ... lo que no se da en este supuesto concreto, ya que el citado legionario se encontraba en situación de Prisión Preventiva; por lo que en aplicación del Principio de Legalidad ... procedía acordar la inhabilitación en favor de la Jurisdicción Ordinaria.

III Que enmarcado así lo anterior, se impone recordar que la competencia de la Jurisdicción Militar viene fijada por razón del delito, desde la entrada en vigor del Código Penal Militar, habiéndose abandonado los viejos criterios competenciales, por razón de la persona y por razón del lugar ...

IV Habiéndose quedado determinado claramente a lo largo del conflicto planteado que no nos encontramos ni ante un supuesto de conexidad material, ni ante una incidencia de un procedimiento judicial incoado previamente, hemos de detenernos en el estudio del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio... (5)

Dicho artículo después de señalar la competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, contempla el supuesto de un concurso de normas, que en virtud del principio de especialidad, se atribuye a esta Jurisdicción.

Dicho concurso de normas o de leyes presupone que la conducta pueda ser subsumida en dos o más disposiciones del ordenamiento

(5) El artículo 12.1 de la LCOJM (redactado conforme a la Disposición Adicional Sexta de la L.O. 2/1989, de 13 de abril) dice: “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. Salvo lo dispuesto en el artículo 14 (delitos conexos), 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”.

to primitivo (sic), con una vigencia en el tiempo y el espacio, y que la aplicación de una de ellas ha de excluir necesariamente la aplicación de la otra, lo que no se da en este supuesto concreto por las razones antes mencionadas”.

La situación de fondo era, pues, verdaderamente “explosiva”. En el origen del problema —llamando origen al primer conflicto de jurisdicción que la Sala Especial del Tribunal Supremo resuelve sobre el particular— la sentencia de la Sala del art. 39.1 de la LOPJ decreta la competencia en favor del órgano judicial castrense, especificando que dicha atribución lo era “con independencia de cual sea la normativa sancionadora aplicable” (el art. 335 del Código Penal o el 188 del texto militar), por vía del criterio o cláusula general de “los intereses estrictamente militares” y el resultado práctico final es que el Tribunal encargado de juzgar la conducta del fugado declara la falta de tipicidad de los hechos.

No puede sino calificarse de discordante y paradójico tal resultado, pues lo que en un principio era una doble tipificación (335 del C.P. y 188 del C.P.M.), pasa posteriormente a carecer de tipicidad, y lo cierto es que no se había practicado diligencia alguna intermedia entre los dos momentos (el del planteamiento del conflicto y el del archivo por el Tribunal Militar Territorial), que justificara tan profundo cambio de criterio.

Con excepción de los casos que antes han sido mencionados, lo cierto es que el estado normal de la cuestión consistía en que los Tribunales Territoriales venían aceptando la calificación de los hechos por el art. 334 C.P., sin plantear la más mínima duda sobre la competencia de la Jurisdicción Militar o, en algún caso, se motivaba la atracción jurisdiccional con la mera cita de la sentencia de la Sala de Conflictos del 2 de abril de 1990. Un análisis más a fondo del tema nos indica que la solución era puramente eventual y no podía ser definitiva, pues no estaba fundamentada en argumentos jurídicos suficientemente sólidos.

Solamente una de las causas señaladas expresamente en las leyes (conexión, art. 12.1 de la LCOJM, incidencia, estado de sitio, etc) puede llevar a que la Jurisdicción Militar conozca de infracciones comunes y, desde luego, en el caso del art. 334 del C.P. no estaba justificada verdaderamente la atracción de competencia, lo que exponía y expone al riesgo de que se reputara vulnerado el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado, del art. 24.2 de la norma fundamental.

III. TEORÍAS

En el Código de Justicia Militar (en adelante CJM) se trataba como una circunstancia que calificaba el delito de deserción la de “hallarse sufriendo arresto o prisión preventiva” (art. 371-4.^a). No se incluían en el delito de deserción, según el Consejo Supremo de Justicia Militar, las conductas de ausencia de quienes estuvieran cumpliendo condena pues, como afirmaba el extinto órgano supremo “el tiempo en que el condenado está sufriendo condena no puede cometer el delito de deserción puesto que no se dan ninguno de los supuestos que prevé el art. 370 del C.J.M. que implican una relación de dependencia con el servicio militar, que ha de estar cumpliendo”.

En estos casos de deserción calificada por encontrarse el desertor en situación de prisión preventiva (a los que no podía asimilarse, según la doctrina, las situaciones de prisión atenuada) se producía, para el insigne Rodríguez Devesa —citado por Millán (6)—, un *concurso de leyes* con el art. 334 del CP, que se resolvía, como todo concurso con leyes penales militares, con normas del Código Penal, en virtud de lo previsto en el art. 257 CJM, a favor de la aplicación de la legislación especial (7).

Ya, desde este momento, adelantamos que la solución patrocinada por nuestro memorable compañero y maestro de penalistas Don Jose M.^a, sigue siendo válida para la vigente legalidad, puesto que las distintas teorías que se han dado para solventar la relación entre el art. 188 CPM y el 334 CP y, sobre todo, para determinar la jurisdicción competente, tienen alguno o varios puntos débiles a nuestro juicio.

Se exponen seguidamente cuales son esas diferentes tesis sobre el tratamiento penal de los presos preventivos de la Jurisdicción Militar, cuando se fugan del lugar donde cumplen la medida cautelar de limitación de libertad:

1.^a) La primera postura ante la cuestión objeto de debate sería la adoptada por los órganos judiciales militares, a los que antes nos hemos referido, los cuales decidieron el archivo de las actuaciones (en las que la Sala de Conflictos había resuelto la competencia a favor de la Jurisdicción Militar por sentencia de 2 de abril de 1990), y mantuvieron la tesis de la

(6) A. MILLÁN GARRIDO, “El delito de deserción militar”. Bosch, Casa editorial S.A. Barcelona. 1987. p. 94.

(7) J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, en “Nueva Enciclopedia Jurídica”. F. Seix. Tomo VII. Barcelona, 1955. p. 251

“atipicidad” de la conducta del legionario que, preso preventivamente por la jurisdicción militar, se había fugado de su lugar de custodia.

Las argumentaciones de esta interpretación ya se han expuesto; resumidamente consisten en que el artículo 188 CPM exige que el sujeto activo del delito se encuentre “sentenciado” por la Jurisdicción Militar, lo que implica la existencia de una previa condena, que no se produce cuando el encartado está sometido a prisión preventiva. El principio de legalidad, recogido tanto en la Constitución (arts. 9.3 y 25.1), como en los textos penales (arts. 1 del CP; 1 y 20 del CPM), impide que la norma penal sea aplicada a supuestos no tipificados expresamente, salvo los casos de interpretación “in bonam partem”, admitidos por algún sector doctrinal cuando resulte beneficio para el reo.

2.ª) De una base similar toma partida la tesis que se expone en la Instrucción —ya citada— de la Fiscalía Togada de 31 de agosto de 1990, cuando alega problemas de legalidad y tipicidad para evitar la calificación por el artículo 188 CPM, “al no mencionarse la situación de prisión preventiva” en el citado artículo, por lo que recomienda a los Fiscales calificar tales supuestos de quebrantamiento de la medida cautelar procesal, conforme a los preceptos del Código Penal (arts. 334 y 335).

Sin embargo difiere con la precedente postura en el resultado, pues no puede decirse que la conducta sea atípica, cuando lo cierto es que el art. 334 CP describe, entre los supuestos del reproche legal, a los “presos que quebrantaren su prisión”. Si el hecho es típico se hace necesario y es exigible su persecución y condena, sin que se pueda favorecer la impunidad; tal impunidad se produjo en el caso particular de la tesis del ordinal anterior pues, tratándose de unas Diligencias Previas, resultaba imposible un recurso de casación y, por ello, la resolución de archivo del Tribunal Militar Territorial adquirió inexorable firmeza, sin que la Sala Quinta del Tribunal Supremo pudiera pronunciarse sobre cuestión de tan elevado interés.

3.ª) También resulta muy discutible la postura de que la Jurisdicción Militar conozca del delito común de Quebrantamiento de la Prisión, pues no es suficiente razón para atraer —siempre y con carácter general— la competencia a los órganos marciales, la alegación consistente en que la Sala de Conflictos haya resuelto, en un caso particular y pretérito, que unos hechos similares sean sometidos a la especial Jurisdicción, cuando no se justifica dicha atracción competencial a través de otros argumentos apoyados en normas procesales específicas, que técnicamente expliquen la causa por la que una Jurisdicción no atrayente, cuyo marco de conoci-

miento está limitado a los delitos específicos militares, ensancha esos límites y entra a juzgar un tipo penal común.

No resulta muy técnico, jurídicamente hablando, que en el estado normativo actual de atribución de la competencia penal castrense —objetivamente definido—, se acuda a cláusulas de tipo general, como la del “carácter estrictamente castrense” del bien jurídico atacado, que se utiliza en la Sentencia de la Sala Especial de Conflictos de 2 de abril de 1990 (8).

Es la propia doctrina de la Sala de Conflictos la que considera que las normas que fijan los límites de la jurisdicción militar deben ser interpretadas con un criterio restrictivo, puesto que no todo lo estrictamente castrense corresponde a la Jurisdicción Militar, sino tan sólo aquello que, concretamente, le esté atribuido por la Ley. Fuera de los casos en que una norma legal, de modo claro y específico, atribuya la competencia sobre infracciones comunes a la Jurisdicción castrense, por mucho que el sujeto activo esté integrado en las Fuerzas Armadas y el tema en cuestión pertenezca al ámbito estrictamente castrense, será la Jurisdicción ordinaria la que, con carácter general y único, está llamada constitucionalmente a ejercer la función de juzgar y ejecutar lo juzgado.

En palabras del profesor López Ramón: “La legalidad no puede atribuir competencias a la Jurisdicción Militar fuera del ámbito castrense, pero sí puede sustraerle las que encajan en tal ámbito. No todo lo estrictamente castrense es necesariamente para la Jurisdicción Militar, sino lo que, dentro de lo castrense, decida la ley” (9).

Se puede decir que la Sala de Conflictos, en la reiteradísima sentencia de 2 de abril de 1990, vino a realizar lo que la doctrina italiana denomina una sentencia “aditiva”, referida a resoluciones de su Tribunal Constitucional. Con tal tipo de decisiones se pondría remedio a las omisiones provenientes del Poder Legislativo pasando, de este modo, el Tribunal Constitucional a ejercer una facultad paralegislativa, con lo que se aparta de su función institucional propia y vulnera así el principio de separación de poderes.

El Doctor Javier Vecina (10) explica la tesis del Tribunal Constitucional italiano, utilizada para poner remedio a las lesiones del principio de

(8) Diferente sería que, una vez olvidados los “complejos” que atenazaban a la Jurisdicción Militar en los primeros años del sistema constitucional, se ensanchen los criterios de distribución de competencias y se establezca, por reforma legislativa, esa cláusula general de “afección a intereses estrictamente castrenses”.

(9) “Reflexiones sobre lo Contencioso-Disciplinario militar”. Jornadas sobre el Título Preliminar de la Constitución. Vol. IV. Madrid. 1988. p. 2627.

igualdad ocasionadas por olvidos legislativos, y dice que cuando las disposiciones legales “presentan un contenido normativo menor de aquel que a tenor de ciertos preceptos constitucionales deberían de tener, ... su adecuación al texto constitucional la realiza el Tribunal mediante una doble y sucesiva operación, que por un lado es demolitoria o ablativa de la disposición legislativa... y, por otro, reconstructiva, en cuanto aumenta el inicial contenido normativo de la disposición, introduciendo una norma positiva sustitutiva de la originariamente negativa, por lo que se extiende también a los excluidos el beneficio o ventaja del que anteriormente carecían”.

Si dichas sentencias “aditivas” son dignas de crítica desde el momento en que suponen una manipulación que vulnera la separación de poderes (con la visión de los postulados clásicos Kelsenianos) tendrían, no obstante, una doble justificación: en primer lugar, que se verifica por el Tribunal Constitucional, el cual no puede solucionar la pretensión de inconstitucionalidad del precepto recurriendo a las sentencias “interpretativas” y, en segundo término, porque lo que se pretende, en definitiva, es restablecer el principio constitucional de igualdad, anulando la norma excluyente del texto legislativo, e incorporando a dicho texto una norma que originariamente no contenía, a través de la cual se extiende también a los sujetos excluidos el trato legal de favor.

Los supuestos de hecho en los que se han producido tales sentencias “aditivas” del Constitucional italiano, se referían a relaciones de Derecho Civil, específicamente a beneficios arrendaticios. Muy distinto es el caso que es objeto de estudio en este trabajo y de la resolución de la Sala de Conflictos; ahora es materia estrictamente penal y, además, no estamos en el ámbito de la llamada jurisdicción constitucional, donde se podrían tolerar al Tribunal intérprete de la norma fundamental ciertos —llamémosle— “excesos”, en aras de su función de defensor máximo de los derechos constitucionales.

4.ª) El Excmo. General D. Virgilio Peña (11), el comentar el artículo 188 del Código Penal Militar, explica que la palabra “sentenciados” de dicho precepto no se refiere exclusivamente al condenado por sentencia firme, sino también a quien se encuentre en situación de prisión y hubiere recaído sentencia que se halle pendiente de recurso.

(10) VECINA CIFUENTES J., Revista “Justicia 93”. núm. III. 1993.

(11) PEÑA Y PEÑA V. “Comentarios al Código Penal Militar” dirigidos por Bleuca y Rodríguez-Villasante. Civitas. 1988. pp. 2007 y 2008.

La tesis propuesta resulta perfectamente aceptable, pues explicaría los propios términos del artículo 188 CPM, donde se mencionan no sólo los quebrantamientos de “condena”, sino también los de “prisión”. Asimismo, aparece corroborada legalmente esa interpretación con el texto del artículo 355 de la Ley Procesal Militar, en el que se expresa:

“Cuando al ser sentenciado un militar estuviere preso preventivamente a resultas de otra causa, continuará en el establecimiento o *prisión* en que se encuentre, hasta que cese aquella situación o sea fallado el procedimiento en trámite, en cuyo momento se proveerá sobre su destino”.

En definitiva, no se puede identificar al “sentenciado” con el condenado por resolución firme y ejecutoria, sino meramente al encartado sobre el que haya recaído sentencia en un procedimiento penal, aunque sea en la primera instancia. En el artículo citado anteriormente, no se identifica la palabra “prisión” con la situación procesal del privado de libertad, sino que se trata de término usado como equivalente al “lugar” donde se cumple o satisface tal medida cautelar; ello explica que la redacción del artículo 355 LPM emplee como sinónimos “...establecimiento o *prisión* en que se encuentre...”. Y cuando el precepto utiliza la frase “aquella situación”, a lo que se refiere es a la de “preso preventivamente”, que mencionó al inicio del artículo.

La precedente interpretación permitiría acoger dentro del tipo del artículo 188 CPM las conductas de evasión de presos preventivos, a partir del momento en que hubiere recaído sentencia condenatoria, mientras no fuera firme y estuviera pendiente de recurso. Sin embargo, escaparían al campo de esa norma punitiva castrense los casos de los encartados, que permanezcan en situación de prisión provisional, que se evadieran durante la tramitación del proceso, antes de dictarse el Fallo por el Tribunal juzgador.

IV. SOLUCIONES QUE SE PROPONEN

A) *Cuando la ausencia se prolonga por más de quince días (o de tres días, si es un profesional):*

Ni la regulación legal del artículo 188 CPM, ni la sentencia de la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1990, satisfacen práctica ni técnicamente la cuestión pues dejan incertidumbre, por lo que se hace necesario encontrar mecanismos que, a través

de la interpretación, permitan compatibilizar el principio de legalidad, el de reparto de competencias entre la Jurisdicción Militar y la Ordinaria, así como el respeto al “ámbito estrictamente castrense” del artículo 117.5 de la Constitución.

La solución verdaderamente eficaz y definitiva al conflicto debería ser la de una reforma del precepto legal del Código Penal Militar —solicitud reiteradamente interesada desde distintos campos de la profesión—, que aclarase de una vez cuáles sean las conductas de evasión o quebrantamiento de condena o prisión, que el legislador considera como delitos contra la Administración de la Justicia Militar y que, por tanto, deban ser sometidas al conocimiento de esa especial Jurisdicción.

No obstante, un análisis de conjunto del ordenamiento punitivo y, sobre todo, el centrar la atención del intérprete en los bienes jurídicos que resultan afectados en cada acción criminal, podría situarnos en la ruta correcta para encontrar soluciones aceptables jurídicamente, sin necesidad de poner en marcha el largo y complicado engranaje de la reforma legislativa.

La primera propuesta de solución ha surgido al hilo de una sentencia absolutoria, dictada por un Tribunal Militar Territorial, en cuyo proceso el Fiscal venía acusando por un delito del artículo 119 bis del CPM, cuya resolución fue recurrida en casación.

El supuesto fáctico consistía en la detención de un soldado, como consecuencia de la orden de busca y captura acordada por el Juzgado Togado, en méritos a un proceso previo y, encontrándose dicho soldado eventualmente internado en un Acuartelamiento, a disposición del Juez Togado, se evadió del establecimiento y permaneció ausente un total de treinta y seis días, hasta que fue nuevamente detenido.

El Fiscal Territorial calificó los hechos por el artículo 119 bis CPM y el Tribunal de instancia absolvió, por considerar que no se satisfacía el tipo penal propuesto por la acusación, por cuanto el Acuartelamiento del que se ausentó el inculcado no era ni la “unidad”, ni el “destino” habituales del ausente, ni tampoco el lugar de su “residencia”, pues su estancia en el mismo era puramente conyuntural, como recinto de custodia “in itinere”, en espera de su inmediato traslado. Expresaba el Tribunal en su sentencia, que los hechos podrían ser incardinados en el artículo 334 del CP, por lo que no tenía competencia para condenar por un tipo delictivo común, y sin que fuera posible aplicar el artículo 12.1 de la LCOJM, pues la pena del artículo 334 CP era inferior a la señalada en el artículo 119 bis CPM.

Recurrida la absolución, el escrito del Fiscal Togado formalizando la casación alegó que el término “residencia” del tipo penal objeto de acusa-

ción no tenía que venir necesariamente caracterizado por las notas de regularidad y permanencia, lo que llevaría a impunidades absurdas (hospitalizados, unidades en tránsito, etc.), sino que era preciso entender incluidos en dicho término aquellos lugares en los que resulta obligatoria la permanencia o presencia.

El recurso de casación del Fiscal Togado entraba a considerar la mención del Tribunal sentenciador acerca del delito de evasión de presos del artículo 334 CP común, en cuyas consideraciones radica una de las posibles respuestas al tema objeto del presente estudio.

Si con la ausencia injustificada por más de quince días del militar de reemplazo se realiza también un quebrantamiento de prisión preventiva acordada en proceso castrense, estaríamos ante un concurso aparente de normas penales, para cuya resolución debemos acudir al principio o relación de alternatividad, previsto en el artículo 68 del CP. En este concurso de normas prevalece el artículo 119 bis CPM pues su penalidad es más grave que la prevista en el artículo 334 CP. Obviamente, el mismo razonamiento es utilizable para los “profesionales” (que se ausenten por más de tres días), en cuyo caso se aplicaría el artículo 119 CPM, con preferencia al tipo del 334 CP.

Además del principio de alternatividad, se puede aplicar el criterio de consunción, ya que el desvalor de la acción tipificada en el artículo 119 bis CPM —o 119 en su caso— expresada en la pena prevista para esa conducta de ausencia o evadimiento, abarca el desvalor del comportamiento descrito en el artículo 334 CP (12).

(12) El artículo 8 del nuevo Código Penal (L.O. 10/1995) establece:

“Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
- 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
- 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel.
- 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

A su vez, por disposición del artículo 9 del citado nuevo Código Penal: “Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquellas”.

Ese principio de consunción también resulta viable en aquellas ocasiones en que la evasión se produzca con las circunstancias agravatorias descritas en el artículo 335 CP (violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o acuerdo con otros reclusos o encargados de la guarda), por lo que el concurso de normas entre ese precepto y el artículo 119 o 119 bis CPM se resolverá igualmente a favor de estos últimos. Sin embargo, por determinación legal del artículo 12.1 de la LCOJM, la pena que resulta aplicable será la del artículo 335 CP, de mayor entidad.

La sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1995 (Ponente Mayor Bordés), en el proceso que hemos expuesto más arriba, resolvió el recurso de casación estimando la petición del Fiscal Togado y, por ello, dictó segunda sentencia en la que condenó al evadido como autor de un delito del artículo 119 bis del CPM.

El Fundamento de Derecho Primero de la resolución de la Sala de lo Militar acepta la tesis de la acusación pública y establece que es lugar de "residencia", a los efectos del tipo penal, el Acuartelamiento en el que permanecía provisionalmente el soldado, a disposición del Juez; argumenta la sentencia:

"... no se trata de adscripción administrativa sino de la simple presencia física en un lugar determinado, en cuanto "residir" significa gramaticalmente estar de asiento en un lugar, es decir habitar, vivir, radicar, morar, y "residencia" equivale a lugar en que se reside (acción y efecto de residir), lo que debe conducir al rechazo de toda interpretación restrictiva, como la que ha hecho la sentencia "a quo", que pudiese conducir a impunes conculcaciones del deber de presencia, que es el bien jurídico protegido en este precepto, entendido éste como el necesario soporte sobre el que descansa aquella disponibilidad permanente del militar para todo servicio ... cualquiera que fuere el lugar en que se ordene por el Mando o Autoridad competente la oportuna presencia física para esta disponibilidad. Abarcando, por tanto, el término analizado también aquellos supuestos de permanencia eventual y transitoria en Unidad, centro o dependencia distinta a la de su normal pertenencia es claro que el imputado infringió por su propia y voluntaria decisión, el art. 119 bis, párrafo primero, del Código Penal Militar, al ausentarse injustificadamente por más de quince días del Acuartelamiento Aéreo del Prat, donde se encontraba a disposición del Juzgado Togado Militar núm. 11 de Madrid ...".

No entra la sentencia en el tema del concurso con el artículo 334 CP, eludiendo expresamente cualquier consideración de fondo (Fundamento de Derecho Segundo), “al carecer de consecuencias prácticas”, puesto que el Fiscal calificó los hechos exclusivamente por el artículo 119 bis CPM, lo que impide entrar en la calificación por el delito común.

Parece poco discutible que los bienes jurídicos que resultan lesionados en estas conductas delictivas son dos: uno, el de la administración de justicia, puesto que el evadido incumple el mandato judicial de permanecer privado de libertad en situación de preso preventivo; por otro lado, diferente bien jurídico se vulnera al ausentarse del lugar en el que estaba prevista su permanencia y disponibilidad, a los efectos del servicio militar, lo que se quiebra es esa disponibilidad permanente del militar para todo servicio que sea preciso, la cual desaparece al incumplir el deber de presencia.

La sentencia de la Sala Quinta de 9 de junio de 1995 se refiere exclusivamente a este último bien jurídico, con lo que está acogiendo, implícitamente, la tesis del principio de “consunción”, de modo que la ausencia injustificada del lugar de residencia castrense —donde se cumplía la medida cautelar— absorbe el reproche del artículo 334 CP, esto es, el no cumplimiento de la resolución judicial de mantenerse privado provisionalmente de libertad y a disposición del Juzgado que instruye el proceso.

Esa dualidad de bienes jurídicos lesionados nos permitirá abordar la cuestión o, mejor dicho, atisbar la solución del problema desde otra perspectiva, que sería la del concurso ideal de delitos, cuando un hecho aparece subsumible en dos o más tipos delictivos; a diferencia del concurso de normas, donde la conducta lesiona un solo bien jurídico tutelado por los preceptos en concurso —de ahí el conflicto, ya que su aplicación conjunta vulneraría el principio “non bis in idem”—, la acción única del concurso delictual es plural en la valoración jurídica, al lesionar a la vez varios bienes dignos de ser protegidos, cada uno tutelado en un precepto diferente, por lo que no existe incompatibilidad y debe resolverse mediante la aplicación conjunta de todas ellas, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 del CP (ver sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20-IX-1985, 14-III-1988, 21-V-1990 y 24-VI-1992).

Según esta última regla concursal, debe imponerse la pena señalada al delito de mayor gravedad en su grado máximo (13), lo cual nos lleva nuevamente al artículo 119 bis (o 119) del CPM.

(13) El artículo 77.2 del nuevo Código Penal (L.O. 10/1995) establece que “en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave...”

Desde un punto de vista estrictamente técnico-penal podría ser la solución más adecuada, aunque la cuantía de la penalidad resultaría muy elevada de la rigurosa aplicación del artículo 71 CP; no obstante, tal posibilidad de pena desmesurada, queda paliada desde el momento en que la aplicación de las penas en el ámbito de los delitos militares no está sujeta a la división de grados, sino que los Tribunales marciales pueden graduar la extensión punitiva del modo que, motivadamente, estimen adecuado (artículo 35 CPM) (14).

Con el planteamiento antes descrito se consigue una ajustada “proporción” de la pena, puesto que no se dispara exageradamente hacia arriba, ni tampoco se llega a situaciones punitivas tan absurdas como sería la aplicación preferente del artículo 334 CP, en cuyo caso resulta más beneficiado quien, ausentándose, quebranta una medida coercitiva de privación cautelar de libertad como es la prisión preventiva, que aquel que simplemente se ausenta sin estar sometido a restricción procesal alguna; por no hablar de la hipótesis en que el evadido tenga el propósito de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, tipo del artículo 120 CPM, que tiene prevista una pena de hasta seis años de prisión.

Un estudio aparte merece el caso de que el evadido fuera un sujeto al que, previa declaración de rebeldía en proceso anterior, le hubiera sido aplicado el artículo 107.1 del Reglamento del Servicio Militar, en relación con la Orden Ministerial núm. 40/1995, de 16 de marzo (por la que se establecen los efectos administrativos de la ausencia injustificada del militar de reemplazo respecto a su Unidad de destino), puesto que si se produce una nueva evasión durante la prisión preventiva, antes de que el Centro de Reclutamiento hubiera procedido a su “clasificación” (como dice el artículo Tercero de la Orden), no resulta nada clara la condición de “militar” del sujeto activo, a los efectos del artículo 8-2.º del CPM. Nos limitamos a enunciar la cuestión, cuya solución exige un análisis a fondo de las normas administrativas, así como de las razones y circunstancias que han motivado la elaboración de la Orden ministerial citada, a fin de

(14) Artículo 35 CPM: “En los delitos militares, y salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, se impondrá la pena señalada por la ley en la extensión que se estime adecuada, teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, la personalidad del culpable, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión.

La individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en la sentencia.”

poder llegar a una conclusión mínimamente rigurosa y satisfactoria, lo cual no es ciertamente sencillo.

B) *Casos en que la ausencia no alcanza la duración de quince días (o tres días en los profesionales):*

Mayor dificultad interpretativa ofrecen aquellas conductas delictivas en las que la evasión del preso preventivo no llega a alcanzar el período de tiempo exigido en los tipos de los artículos 119 (tres días) y 119 bis (quince días), ambos del CPM, porque en la tesis que estamos manejando, esto es, considerar que no se encuentra subsumida tal acción en el artículo 188 CPM por respeto al principio de legalidad, nos quedaríamos con una única posibilidad de enmarque antijurídico penal (descartando el disciplinario): la del artículo 334 del CP común.

Si a la anterior dificultad se añade el que no compartimos la argumentación de la sentencia de la Sala de Conflictos del 2 de abril de 1990 — insuficiente y necesitada de fuste normativo específico, como ya se dijo —, debemos concluir que la competencia para el conocimiento de tales hechos correspondería a la Jurisdicción Ordinaria, a menos que se logre encontrar una apoyatura legal expresa justificativa de la atracción de competencia hacia nuestra especial Jurisdicción, que permita romper la regla general de preferencia a favor de los órganos judiciales ordinarios (art. 9 LOPJ, así como los arts. 10 y 16 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Para que los Juzgados y Tribunales Militares puedan conocer del delito común del artículo 334 CP, es preciso aplicar algún precepto de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar que expresamente lo permita, concretamente dentro del Capítulo Primero del Título I (artículos 12 al 18).

Excluidos los supuestos extraordinarios de estado de sitio, presencia temporal de fuerzas en territorio extranjero o tiempo de guerra y ante la imposibilidad de aplicar el artículo 12.1, pues partimos de que no hay un equivalente en el Código Penal Militar, únicamente restarían las causas de conexidad y las llamadas “incidencias” del art. 16 de la LCOJM.

Aunque se ha pretendido justificar, en algunas ocasiones (15), la competencia de estos delitos comunes del artículo 334 CP por parte de la

(15) La Instrucción núm. 1/1989, de 6 de marzo, de la Fiscalía Togada, que ya se ha citado más arriba, se inclinaba por esa tesis, aún reconociendo el propio Fiscal Togado que no era por completo satisfactoria: “Entre estas (incidencias del artículo 16 LCOJM) cabe

Jurisdicción Militar, bajo el manto de las “cuestiones incidentales”, que sí tuvieron apoyo legal durante la vigencia del Código de Justicia Militar, en la actualidad se estima inadecuada tal interpretación.

Como ya se dijo en anterior ocasión (16) el concepto de “incidencias” de la LCOJM es diferente al que tenía el art. 24 del derogado CJM. Se hacía en aquel art. 24 una enumeración de delitos (falsedad, violación de secreto del sumario, desacatos, denegación de auxilio, etc.), que la doctrina pasó a llamar “delitos incidentales”, los cuales se cometían con motivo de un procedimiento militar o que afectaban al objeto de éste. En palabras de Querol (17), comentando el art. 24 CJM: “...cada jurisdicción debe conocer de los delitos susceptibles de producir entorpecimiento o desviación de la justicia por ellos ejercida”.

Frente a este concepto, el art. 16 LCOJM tiene una finalidad muy distinta. Supuesta la competencia de un órgano —más propiamente, fijada la “jurisdicción”—, la función de ese órgano comprende no solamente la investigación y decisión sobre el objeto principal del proceso, sino la ejecución de lo declarado y la resolución de otras cuestiones accidentales o incidentales. La enumeración de tales incidencias se hace imposible, se decía (18); unas serán propios actos del proceso (admisión de denuncia, procesamiento, prisión, libertad provisional, afianzamiento, embargo, sobreseimiento, resolución de recursos, etc.), otras serán propias actividades incidentales (cuestiones de competencia, conflictos de jurisdicción, recusaciones, previos pronunciamientos, cuestiones prejudiciales, responsabilidades derivadas del ilícito penal, costas, incidente de pobreza, etc.).

En definitiva y al modesto juicio de quien esto escribe, no resulta válida —atendido el tiempo transcurrido desde la derogación total del Código de Justicia Militar y la vigencia de la nueva normativa castrense (19)— la

citar la relativa a la situación personal del procesado, tramitada en pieza separada (artículo 544 de la LECR y artículo 712 “in fine” del CJM) y, en consecuencia, el quebrantamiento de la prisión preventiva o provisional acordada por órgano judicial competente en un procedimiento instruido en la Jurisdicción Militar supone la atracción a esta Jurisdicción del conocimiento del delito.

(16) G. MARTÍNEZ AZNAR. En la obra colectiva “Comentarios a las Leyes Procesales Militares”. Tomo I. 1995. p. 243.

(17) F. DE QUEROL Y DURÁN, “Principios de Derecho Militar Español”. Tomo I. Editorial Naval. Madrid. p. 238

(18) G. MARTÍNEZ AZNAR. *cit.* pp. 243, 244.

(19) Pudo ser suficiente en los días muy próximos a la vigencia de la LCOJM, que convivió jurídicamente con una porción del CJM —hasta la publicación de la LPM—; como fueron las circunstancias temporales en que se dictó la comentada Instrucción de la Fiscalía Togada núm. 1/89.

tesis de las “cuestiones incidentales” para solucionar el tema debatido, puesto que el conocimiento de un delito común por una Jurisdicción que no sea la Ordinaria, debe apoyarse en un cimentación jurídica de mucho más peso específico que el de una mera “incidencia” dentro del proceso penal, en el cual se había acordado la situación de privación de libertad posteriormente quebrantada.

Hablando de esa medida cautelar, será precisamente el análisis de la finalidad que satisface en el procedimiento la prisión preventiva, la brújula que nos permita encontrar el rumbo hacia la solución de la cuestión jurídica propuesta.

El libro de Gómez Orbaneja y Herce Quemada (20) nos explica que las medidas cautelares penales van encaminadas al aseguramiento del juicio y “a la efectividad de la sentencia que se dicte”; añaden, al hablar del carácter de instrumentalidad de esas medidas, “que guardan con el proceso declarativo y de ejecución una relación de medio a fin, es decir, la medida cautelar no es fin en sí, sino medio con relación a la sentencia definitiva, y la existencia del “periculum in mora” se entiende ya como peligro de que el inculpaado se sustraiga al proceso, ya como peligro de que se sustraiga a la ejecución de la pena”.

Gimeno Sendra (21) dice que “las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal...no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento de medida cautelar alguna”.

Entre los presupuestos de las medidas cautelares personales se destacan el “fumus boni iuris” y el “periculum in mora”. Enseña Gimeno Sendra que el “periculum in mora” o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, viene determinado, en el procedimiento penal, por el peligro de fuga o de ocultación personal del imputado. Naturalmente este peligro de evasión del encartado se acrecienta en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por tanto, la futura pena a imponer sea más grave. Finalmente, debido a la circunstancia de que el peligro de fuga es mínimo, establece el artículo 495 LECR que “no se podrá detener por simples faltas”, exceptuándose el supuesto de que el imputado

(20) E. GÓMEZ ORBANEJA Y V. HERCE QUEMADA, “Derecho Procesal Penal”. 10.ª ed. Madrid. 1987. p. 206

(21) V. GIMENO SENDRA, “Derecho Procesal”. Tomo II. 3.ª ed.. Valencia 1990. Tirant lo Blanc. p. 353 y ss.

carezca de domicilio conocido y no cubra la fianza impuesta por la Autoridad que intente detenerle.

La profesora Aragoneses Martínez (22) expone que “estas medidas sirven para asegurar el normal desarrollo de los procesos de declaración y ejecución. En efecto, mediante las restricciones del derecho a la libertad se intenta asegurar la presencia física del encausado en el proceso, precisa durante la fase de instrucción..., durante la fase de juicio..., durante la impugnación de la sentencia y para la ejecución de la hipotética pena corporal que pudiera imponérsele”.

El propio Tribunal Constitucional lo ha proclamado en la sentencia núm. 108/1984, de 26 de noviembre, según la cual “la puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio (art. 5.3 del Convenio de Roma) o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo, como especifica el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (Fundamento Jurídico 2.a).

La reciente sentencia del mismo Tribunal núm. 128/1995, de 26 de julio, dice que el fin de la prisión provisional “responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva” (Fundamento Jurídico 3). También expresa que “...a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia” (Fundamento Jurídico 4).

Queda claro, a estas alturas de lo escrito, que la solución propuesta viene dada por vía de la “conexidad” procesal de delitos. Resulta ocioso advertir que la postura que se sostiene en este trabajo admite, naturalmente, discrepancias; y siempre habrá ocasión de rectificar, si los criterios dispares, que serán consecuencia de un análisis más profundo y riguroso que el presente, se manifiestan convincentes. De lo que se trata ahora es de exponer una personal consideración; de modo que, si en algo puede ayudar, la misión propuesta estará sobradamente cumplida.

(22) S. ARAGONESES MARTÍNEZ, “Derecho Procesal Penal”. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1993. p. 383

La regla de conexidad procesal que se estima aplicable es la del núm. 3 del artículo 15 LCOJM, en el punto correlativo al ordinal 4.º del artículo 17 de la LECR, es decir “*los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos*”.

La impunidad a la que se refiere esa regla de conexión normalmente será procurada, como dice Gómez Orbaneja (23) mediante la supresión del cuerpo del delito o de otras pruebas de comisión, o por la confección fraudulenta de pruebas contrarias (por ejemplo, falsificación de documentos).

No obstante, aunque los casos habituales de favorecimiento de la impunidad de delitos serán los anteriormente descritos, también pueden encuadrarse en la regla del núm. 3 del artículo 15 LCOJM los supuestos en los que se produce la fuga o evasión de presos.

Nos explicamos: si como consecuencia de la comisión de un delito, por el que se sigue un proceso penal, el órgano judicial acuerda la prisión preventiva del presunto autor, el posterior quebrantamiento de dicha prisión tiende a favorecer directamente la impunidad del delito precedente.

Esa impunidad del primer delito se obtiene o procura de modo directo (entendida la palabra gramaticalmente como “no punición”), pues hay que admitir que existen grandes posibilidades de que no recaiga pena sobre el culpable, cuando éste se encuentra en paradero desconocido, impidiendo así la acción de la Justicia. Si se hacen desaparecer pruebas del delito, es posible que existan otras directas o indirectas; si el encartado fabrica falsas pruebas, dependerá del criterio del órgano judicial el dar valor o no a las mismas; en definitiva la impunidad está condicionada, en tales casos, a varias circunstancias ajenas a la voluntad de quien la favorece. Sin embargo, en el caso en que el evadido logre ocultarse convenientemente, resulta claro que se frustra la actividad de la Justicia y será imposible el cumplimiento de la sentencia condenatoria (que ni siquiera llegará a dictarse en el proceso militar, donde no se regula la condena en ausencia), en definitiva el delito será “impune” o, al menos, se habrá procurado que así sea.

También desde un punto de vista jurídico, no meramente gramatical, se puede afirmar que quien quebranta la prisión preventiva acordada en un proceso “favorece la impunidad” del delito precedente, en cuyo proceso se acordó la medida. Si la prisión es una medida cautelar que, como

(23) E. GÓMEZ ORBANEJA, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Tomo I. Bosch. Barcelona. 1947. p. 448

vimos, tiene uno de sus presupuestos en el “periculum in mora”, esto es el peligro de evasión del imputado, cuya ocultación impedirá la ejecución de la futura pena a imponer, el hecho de que se materialice la evasión, hace aflorar la imposibilidad de ejecutar la pena sobre un inculpado que, si se le condenara, haría inútil la acción de la Justicia, pues no existiría la persona sobre la que debiera ejecutarse la condena; así pues, se favorecería la impunidad de una previa conducta delictiva.

Nos sirve la cita anterior del maestro procesalista Gómez Orbaneja (24) cuando, al hablar del núm. 4.º del artículo 17 de la ley comentada en su libro dice: “Puede procurarse (la impunidad) tanto por actos...en sí delictivos...que se opongan a la aprehensión de los culpables (ejemplo, agresión a los perseguidores), como que impliquen la evasión de los detenidos”.

Si para tan ilustre profesor la “evasión de detenidos” encaja en la regla de conexidad de “favorecimiento de la impunidad”, es obligado entender igualmente incluida en ese núm. 4.º del artículo 17 LECR la conducta de quebrantamiento de prisión preventiva y, por consiguiente, en el correlativo 15.3 de la LCOJM.

Por lo anteriormente expuesto, el delito de Quebrantamiento del artículo 334 del CP será, pues, “conexo” de la infracción penal castrense que haya dado motivo al procedimiento, en cuyo seno procesal se acordó la medida cautelar que ha sido vulnerada. Sin embargo resta por determinar la Jurisdicción que deba conocer de esa “acumulación” de objetos; esa determinación se lleva a cabo por la regla de la “mayor gravedad del delito”, pues según el artículo 14 de la LCOJM: “La jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave, conocerá de los delitos conexos”. Teniendo en cuenta que la pena prevista en el artículo 334 CP es la de arresto mayor (25), lo más frecuente será que el delito militar, en cuyo proceso se hubiera acordado la medida cautelar infringida, tenga señalada pena mayor a la del referido artículo 334 CP, por lo cual se atraerá el conocimiento del delito de evasión de presos a la jurisdicción marcial. Sin embargo, en el caso de que la evasión (por menos de tres o quince días, según la condición de militar profesional o no del sujeto) se produzca con las circunstancias agravato-

(24) E. GÓMEZ ORBANEJA, Cit. p. 448

(25) El artículo 468 del nuevo Código Penal (L.O. 10/1995) establece para estos casos de Quebrantamiento la “pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”.

rias del artículo 335 CP (26), al estar prevista la pena de prisión menor, no será infrecuente que resulte de mayor gravedad esa punición que la del delito militar, en el que se acordó la medida quebrantada; en cuyo caso, aún admitiendo el tenor literal del precepto procesal (artículo 14 LCOJM), creemos que no es oportuno dar una regla general, sino que el análisis profundo de cada situación, aconsejará la solución que permita proteger los intereses o bienes implicados.

C) *Reglas de reparto de la competencia entre los distintos órganos de la Jurisdicción Militar:*

Si se utiliza la tesis de que el quebrantamiento de la prisión preventiva es una mera “incidencia” del proceso principal, en tal caso la distribución de competencia queda fácilmente solucionada por la aplicación del artículo 76 LPM, es decir que el Juez o Tribunal que conoce del delito principal, ha de conocer también de esas incidencias. Esto es, el órgano judicial que hubiera acordado la medida de prisión preventiva, que ha resultado infringida posteriormente, sería el que deba conocer de tal incidencia.

Sin embargo no se ha aceptado esa tesis de la “incidencia” como solución válida y debemos acudir a las reglas de determinación de la competencia para los casos de delitos conexos.

Puesto que tratamos de la regla de conexión entre delitos, por “favorecer la impunidad” de uno respecto al otro, la acumulación de objetos procesales se ha de producir no sólo en los supuestos del apartado B) de las soluciones que proponemos en este trabajo (aplicación del artículo 334 del CP), sino también en los casos de evasión que dure más de quince días (o tres días si son militares profesionales) de los artículos 119 y 119 bis del CPM. En definitiva, la ausencia o fuga del preso preventivo siempre “favorece la impunidad” del delito que determinó la medida cautelar vulnerada.

No obstante, en los supuestos en los que se haya acordado el sobreseimiento definitivo, o haya recaído sentencia firme en el proceso inicial, no habrá lugar a esa acumulación de procesos (27), por la sencilla razón

(26) En el nuevo artículo 469 del Código Penal (L.O. 10/1995) la pena establecida para estos casos agravados es la de “prisión de seis meses a cuatro años”

(27) No parece imposible el caso y, de hecho, se conoce un supuesto concreto, cuando el evadido se presenta o es detenido con posterioridad al archivo definitivo de las actuaciones.

de que no puede existir “conexión” a algo que está ya fenecido. Además de la pura lógica, existen motivos legales para no acordar la conexión cuando se sobresee el proceso principal, según el artículo 10, regla Segunda, de la LPM (“En caso de sobreseimiento del procedimiento en relación con el delito principal, dejará de conocer de los delitos conexos que no sean de su competencia”). Tampoco sería procedente si ha recaído sentencia en el proceso inicial, puesto que el último párrafo del artículo 76 LPM establece tal acumulación de delitos conexos para que sean “resueltos en una sola vista y en única sentencia”; si la vista y la sentencia ya se han llevado a término, carece de motivo cualquier acumulación.

Las disposiciones aplicables para determinar el órgano judicial militar que está llamado a conocer, en los casos de conexidad de delitos, son el artículo 10-Primera de la LPM (“El órgano judicial militar que sea competente para conocer del delito principal lo será también para conocer de los conexos...”) y el artículo 76 de la LPM (“El Juez o Tribunal que conozca del delito principal conocerá también de los conexos...Se considerará delito principal el que tenga señalada pena más grave o, en su defecto, el primero que se hubiera comenzado a investigar”).

En definitiva si la pena señalada al delito inicialmente perseguido, en cuyo proceso se había acordado la prisión preventiva, es más grave (o es igual), será el mismo Juez o Tribunal que había acordado tal medida quien deba conocer de los delitos conexos (119 o 119 Bis del CPM si se supera el plazo temporal de los tres o quince días; o el artículo 334 CP en caso contrario).

Por el contrario si la pena del delito inicial es menor, el conocimiento de los delitos “acumulados” pasará al órgano judicial militar en cuya demarcación o territorio se hubiera producido la evasión del preso preventivo (artículo 10-Primera de la LPM).

V. CONCLUSIONES

1.^a El artículo 188 del CPM se aplicará no sólo a los sentenciados que quebrantaren su condena firme, sino también a aquellos presos preventivos respecto de los que hubiera recaído sentencia y ésta estuviera pendiente de recurso.

2.^a Cuando la evasión de un preso preventivo, cuya medida se haya acordado por el órgano castrense, dure más de tres días (si es militar profesional) o de quince días (si no es profesional), se habrán de considerar

tales conductas como constitutivas de los delitos de los artículos 119 o 119 bis del CPM.

3.^a Si la evasión del preso preventivo no alcanza la duración suficiente para estimar cometidos los delitos contra el Deber de Presencia del CPM, la conducta se deberá calificar como constitutiva del delito previsto en el artículo 334 del CP común. De dicha infracción habrá de conocer la Jurisdicción Militar, por razón de conexidad del artículo 15.3 de la LCOJM, por cuanto dicha evasión fue medio para procurar la impunidad del delito inicial.

4.^a En los supuestos de la Conclusión 2.^a, así como en los de la 3.^a, se producirá “acumulación” procesal de delitos, debiendo conocerse todos en un mismo procedimiento: en dicho proceso se incluirá, tanto la infracción inicial que determinó la medida de prisión preventiva, como el delito constitutivo de la propia fuga del preso. La razón será igualmente la de “conexidad”, pues las conductas de evasión o ausencia son el medio para procurar la impunidad del primer delito.

Resultará órgano judicial competente el del lugar en que se haya cometido el delito “principal”, entendiendo por tal el que tenga señalada pena más grave (artículo 76, párrafo segundo, de la LPM).