

## COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO PENAL MILITAR. HACIA UN MODELO DE REFORMA

FRANCISCO JAVIER DE LEÓN VILLALBA

Prof. Titular de Derecho Penal  
UCLM

**Resumen:** El presente artículo es una reflexión sobre diversas cuestiones que marcan el pulso de la relación entre el Código Penal y el Código Penal Militar y que, dado el contexto actual, han de conducir a una revisión de la misma. Para ello, se realiza un repaso hasta la actualidad de la conformación histórica de la ley penal militar que termina poniendo de manifiesto la necesidad de un nuevo planteamiento del modelo de complementariedad sobre la base de la relación subyacente entre el artículo 9 del Código Penal y el artículo 5 del Código Penal Militar. Igualmente, el análisis de la problemática aplicativa y las soluciones jurisprudenciales indican que el Derecho Penal Militar ha de abrir un camino de reforma hacia su plena integración en el Derecho Penal común.

**Palabras clave:** Derecho Penal; Derecho Penal Militar; especialidad; complementariedad; jurisdicción castrense; reforma del Derecho Penal Militar.

**Abstract:** This article reflects on several matters which have determined the relation between the Criminal Code and the Military Criminal Code and must lead to its revision given the current context. In order to do this, a review on the historical formation of Military Criminal Law up to the present has been made and it shows how the complementary model needs a new approach considering the underlying relation between article 9 from the Criminal Code and article 5 from de Military Criminal Code. The analysis of the application and the solutions given by the jurisprudence show as well that the

Military Criminal Law must clear a path of reforms towards its total integration into the Common Criminal Law.

**Key words:** Criminal Law; Military Criminal Law; speciality; complementarity; military jurisdiction; Military Criminal Law reform.

## 1. Introducción. La especialidad de la Ley Penal Militar

Tradicionalmente y con carácter general, puede afirmarse que la conjunción entre el Derecho y el ejército, ambos potentes instrumentos de coerción del Estado, ha venido marcada por el predominio del componente militar, lo que indefectiblemente ha provocado una atemperación de la justicia militar en cuanto a la adecuación de las líneas aplicativas de los principios penales, entendidos estos como un elemento de integración del programa penal derivado del texto constitucional y de la construcción dogmática del delito propia de un Estado moderno, realizada por la jurisdicción mediante su incorporación al ámbito de la administración militar.

Sin embargo, esta tendencia de la preponderancia de lo militar se ha ido flexibilizando y amoldando a los requisitos propios e inherentes de la implantación y consolidación del Estado de Derecho, incluso invirtiéndose, en el último tercio del siglo XX, en países como Alemania, Francia, Holanda y Dinamarca, mediante un proceso de transformación de la jurisdicción militar, bien incorporándola a la jurisdicción ordinaria, bien atribuyendo su competencia a salas especializadas integrantes igualmente de esta jurisdicción<sup>1</sup>.

Esta línea de subsunción de la jurisdicción militar en la jurisdicción ordinaria no ha sido homogénea en los todos los países del entorno<sup>2</sup>, de manera que se ha apreciado una transformación más lenta y gradual en países como Italia<sup>3</sup> y, sobre todo, España, que mantiene

<sup>1</sup> En efecto, si bien la composición de los Tribunales varía según los ordenamientos jurídicos de estos países, como nota común les caracteriza la existencia de salas especiales con competencia para el conocimiento de asuntos de naturaleza penal militar integradas en Tribunales de la jurisdicción ordinaria. Vid. NOLTE, G.: *European Military Law System*, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, pp. 160-165.

<sup>2</sup> Vid. MASIDE MIRANDA, L.: «Panorámica de Derecho comparado sobre la organización de la jurisdicción militar», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Coruña*, n.º 1, 1997, pp. 361 y ss., y JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F.: «Notas sobre legislación penal militar extranjera», en *Revista Española de Derecho Militar* (en adelante, REDM), n.º 25, 1968, pp. 101 y ss.

<sup>3</sup> Donde, tras la discusión de fondo sobre el concepto de delito militar y la necesidad de adoptar una posición restrictiva o extensiva de los bienes jurídicos militares

aún en la actualidad una organización judicial castrense distinta de la ordinaria, aunque se constata la introducción y aplicación, aun de una forma más pausada, de los mismos principios que rigen aquella.

Ciertamente, los países del entorno europeo constituyen un valioso marco normativo o contexto jurídico de referencia en relación al tratamiento que de las cuestiones penales militares de índole jurisdiccional se efectúa y en el que España ha de forzosamente converger a riesgo de continuar con unas pautas de regulación que no están en sintonía con la evolución orgánica de la jurisdicción militar a nivel europeo. No obstante, esta afirmación no debe interpretarse como una proposición que entrañe una evolución conjunta o armonizada de un pretendido Derecho Penal Militar europeo puesto que la heterogeneidad de los marcos legales de los Estados Miembros y resto de países europeos que han de tomarse en consideración, la inercia y dinámica interna de cada ordenamiento jurídico y, en definitiva, la incidencia de tantos otros problemas relacionados con este ámbito jurídico dificultan en extremo esta cuestión<sup>4</sup>.

En última instancia, aprehender el Derecho Penal Militar a nivel europeo pone de relieve una realidad que le antecede, y es que antes de confeccionar tal Derecho Penal Militar en Europa es necesario acometer la armonización interna en cada Estado entre el Derecho Penal y el Derecho Penal Militar y, en tal sentido, el ordenamiento jurídico español aún ha de acometer tal tarea de forma sustancial.

Dejando de lado los aspectos jurisdiccionales del Derecho Penal Militar en los diversos Estados europeos, cuyo desarrollo excede el objetivo de este artículo, la perspectiva material o sustantiva del mismo revela el carácter de especialidad que tradicionalmente se ha atribuido al Derecho Penal Militar. Así ocurre también en el contexto

---

implícita o explícitamente derivados del texto constitucional, se ha tendido a subsumir y convertir en militares parte de los delitos establecidos en el Código Penal común. Así las conductas que afectan a la seguridad del Estado y orden público, administración pública, administración de justicia, fe pública, etcétera, a condición de que sean cometidos por militares y que tengan relación con intereses militares, utilizando como criterios de conexión determinadas formas de conducta, el lugar de comisión, el sujeto pasivo, el abuso de poder o quebranto de deberes militares, o conductas que afecten al normal desarrollo del servicio militar o la administración militar. En FIANDANCA, G.: «Quelle spécialité pour le droit pénal militaire?», en MANACORDA, S. y NIETO MARTÍN, A.: *El Derecho Penal entre la guerra y la paz. Justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2009, pp. 235-236.

<sup>4</sup> Cfr. SOTIS, C.: «Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del Derecho Penal material», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A.: *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, p. 107.

español donde, en efecto, parece haberse abandonado la tesis defendida por algunos autores conforme a los cuales el Derecho Penal Militar constituye una ley *autónoma e independiente* con respecto al Derecho Penal común. Ello se justificaba en la *indisputable sustantividad*, de la que hablaba QUEROL Y DURÁN, en base a la constitución de un ordenamiento jurídico militar, propio y privativo, integrado por todas aquellas disposiciones legales de índole militar que regulan la organización y trascendente funciones de las instituciones armadas, así como su mantenimiento; todo ello en orden a la consecución de la finalidad última, que no es otra que la defensa nacional<sup>5</sup>. Dicho de otro modo, concebía el Derecho Penal Militar como *independiente*, en tanto basado en principios y fundamentos que, en última instancia, le confieren un fin diverso a aquel respecto del resto de normas del ordenamiento jurídico (idea de la *sociedad militar perfecta*), al extremo de conformar un núcleo normativo diferenciado. De la misma opinión participaba igualmente SALCEDO Y RUIZ, el cual mantenía lo *especialísimo* de la ley militar como expresión del *particularismo* de aquellos destinatarios y fines de sus normas<sup>6</sup>. Sin embargo, QUEROL Y DURÁN ya señaló que lo que confiere la especialidad al Derecho Penal Militar no es tanto una razón de tipo subjetivo, sino de naturaleza material y, en consecuencia, los parámetros a tener en cuenta en la tipificación del delito militar han de obedecer, en primer lugar, a la materia, después a las circunstancias del lugar y, sólo en última instancia, al autor de la infracción<sup>7</sup>.

El Derecho Penal Militar era pues, para los mantenedores de su sustantividad, un *Derecho esencial* para la salvaguardia de las instituciones militares en el sentido de que no son suficientes el resto de normas del ordenamiento jurídico y que sólo a través de leyes *directa e intencionalmente* elaboradas para militares puede alcanzarse una adecuada protección de lo específicamente castrense<sup>8</sup>. COLOMBO mantenía la trascendencia del Derecho Penal Militar en que es en las instituciones armadas *permanentes* donde radicaría la *realización del Derecho* y el *núcleo vital* de la defensa del Estado. Por ello, las normas

<sup>5</sup> DE QUEROL Y DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, Ed. Naval, Madrid, 1948, tomo I, p. 18. Esta idea también es compartida por COLOMBO, el cual cree que es la garantía del mantenimiento y desarrollo de las funciones vitales del Estado la que confiere a las normas penales militares una sustantividad propia y, en consecuencia, integradas en un ordenamiento jurídico específico (COLOMBO, C. J.: «Sustantividad del Derecho Penal Militar», en *REDM*, n.º 17, enero-junio, 1964, p. 16).

<sup>6</sup> Vid. SALCEDO Y RUIZ, A.: *Sustantividad y fundamento del Derecho militar*, discurso leído en el acto de su recepción como miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 27 de abril de 1913, Madrid.

<sup>7</sup> DE QUEROL Y DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, tomo I, pp. 53-54.

<sup>8</sup> *Ibíd.* tomo I, pp. 21 y 52.

militares concretan un ordenamiento jurídico propio y específico paralelo al ordenamiento general<sup>9</sup>. Esta conceptualización de la ley militar posee importantes implicaciones para la jurisdicción militar, ya que, de la sustantividad del Derecho Penal Militar ha de emanar la existencia y permanencia de la jurisdicción militar<sup>10</sup>.

Podemos considerar una excepción a estas posiciones la mantenida por JIMÉNEZ DE ASÚA que sostiene, antecediéndola, la tesis de la especialidad de la ley penal militar basándose en la materia de la misma y subrayando igualmente la vigencia de los principios y fundamentos básicos del *ius puniendi* en relación al Derecho Penal Militar<sup>11</sup>, posición que es igualmente compartida por HIGUERA GUIMERÁ, cuando afirma que el Derecho Penal Militar no puede ser autónomo o independiente por tomar sus principios de la ley penal común<sup>12</sup>.

En la actualidad, la práctica totalidad de los autores, apuestan por la *especialidad* del Derecho Penal Militar, desmarcándose en mayor o menor medida de la tesis anteriormente descrita. Así, por ejemplo, NÚÑEZ BARBERO considera poco factible la pretendida autonomía de la ley militar. No obstante, coincide con los defensores de la sustantividad de dicha ley al entender que la condición de sujeto activo y el lugar de la comisión del hecho modifican de forma sensible, en el sentido de aumentar su gravedad, la cualidad o naturaleza de la infracción. Más concretamente, según éste autor, la especialidad del Derecho Penal Militar reside en que es una ley no integrada en la ley penal común, en que su aplicación sólo recae en los ciudadanos en los que concurren ciertas condiciones jurídicas<sup>13</sup>. En este punto coincide también CALDERÓN SUSÍN al afirmar que la ley militar adopta una serie de *particularismos* en su regulación de las diversas materias que componen lo castrense pero manteniendo un nexo básico con la ley penal, referido a instituciones y principios comunes<sup>14</sup>, de tal manera que, la ley militar únicamente se apartaría de ello cuando la protección de los bienes jurídicos así lo exigiese o sugiriese.

Para RODRÍGUEZ-VILLASANTE una ley especial es aquella no comprendida en el Código Penal común, siguiéndose así el criterio topo-

<sup>9</sup> COLOMBO, C. J.: «Sustantividad del Derecho Penal Militar», pp. 15, 16 y 23.

<sup>10</sup> Op. cit. tomo I; p. 22.

<sup>11</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1964, pp. 1359, 1360 y 1361.

<sup>12</sup> HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: *Curso de Derecho Penal Militar Español. Parte General*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 25 y 35.

<sup>13</sup> NÚÑEZ BARBERO, R.: «Derecho Penal militar y Derecho Penal común», en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Madrid, 1971, pp. 717-720.

<sup>14</sup> CALDERÓN SUSÍN, E.: La Ley Penal Militar Alemana de 1974, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, fasc. I, p. 125.

gráfico apuntado por RODRÍGUEZ DEVESA<sup>15</sup>, que RODRÍGUEZ-VILLASANTE denomina formal, aunque no comparte la postura de aquél cuando basa la especialidad de la ley militar en su aplicación a una categoría determinada de personas, toda vez que, el actual Código Penal Militar toma como referencia en su construcción una perspectiva de carácter material, la naturaleza militar del bien jurídico protegido. Señala, igualmente, que la Ley penal militar constituye una especie frente al género de la Ley penal común, por contener aquellos elementos especiales que justifican su excepción<sup>16</sup>.

En consecuencia, los autores que mantienen de la especialidad de la ley penal militar, niegan que exista un ordenamiento jurídico propiamente militar<sup>17</sup>, ya que, la conservación o garantía de lo peculiar o específicamente castrense no quiere decir que la ley penal militar deba ser independiente de la ley penal común, pues, la especialidad de la norma determina la aplicación de dicha ley general únicamente en lo no previsto por la ley especial y, precisamente, la ley militar, en tanto ley especial, contendrá en su regulación todo aquello que constituya una especialidad castrense.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ DEVESA también se sitúa al lado de aquellos autores que defienden la especialidad de la ley penal militar en base a un criterio que dio en llamar *topográfico*, es decir, que la ley militar se encuentra codificada o recogida en cuerpo normativo distinto al de la Ley penal común (*extramuros*). Esta situación, continúa este autor, no significa que la ley penal militar sea independiente pues, muy al contrario, comparte los principios básicos establecidos por ésta. La principal característica de este tipo de legislación, la especial, es la de contener tipificadas conductas no previstas en la ley penal común (contemplación de una lesión a un bien jurídico no recogido en la legislación en la ley penal común), señalándose ciertamente penas más graves por razón de la persona quien lo comete (sujeto activo del delito) o por las circunstancias del hecho (RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte general*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995; pp. 33, 156, 158-161). Éste autor, en su art. «Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común», en cambio, pone el énfasis en criterios criminológicos: «La dureza de la vida militar y el hecho de que las mayoría de los componentes de las fuerzas armadas estén en la edad más crítica desde el punto de vista criminológico, aumenta la energía criminal de estos actos y su capacidad de contagio se multiplica por la estrecha convivencia a que están sometidos los componentes de aquellas fuerzas. Esta es la explicación de la diversidad de contenido, esto es de conductas descritas, en las leyes penales militares con relación a las leyes comunes y la razón de que las penas sean más severas que las impuestas por la ley común». En *Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*. Universidad de Valladolid. 1961, p. 21.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L.: «El principio de especialidad», en RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. y BLECUA FRAGA, R.: *Comentarios al Código Penal Militar*, Ed. Civitas. Madrid, 1988, p. 119.

<sup>17</sup> NÚÑEZ BARBERO, R.: «Derecho Penal militar y Derecho Penal común», p. 721, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «El Código Penal Militar», en *Revista General del Derecho*, n.º 499, 1986, p. 1264, e HIGUERA GUIMERA, J. F.: *Curso de Derecho Penal Militar Español. Parte General*, p. 25.

No obstante, las razones que fundamentan la especialidad de la ley castrense varían de unos autores a otros. Así, por ejemplo, cabe distinguir entre aquellos que, como, NÚÑEZ BARBERO y CALDERÓN SUSÍN, mantienen la especialidad de la ley penal militar en razón de la propia y especial naturaleza de los bienes jurídicos que se protegen por la ley marcial. Asimismo, RODRÍGUEZ-VILLASANTE, comparte esta postura cuando considera superada la noción de la especialidad de la ley penal militar en base a criterios puramente formalistas, en clara referencia a RODRÍGUEZ DEVESA, el cual basó dicha especialidad, fundamentalmente, en el citado criterio *topográfico*<sup>18</sup>. En el mismo sentido se expresa JUANES PECES al señalar que la actual ley penal militar, partiendo de la unidad con la ley penal común, regula sólo las especialidades militares desde la óptica de los bienes jurídicos que se protegen<sup>19</sup>.

Por tanto, para aquellos defensores de la especialidad de la ley penal militar no es posible defender su autonomía en tanto en cuanto ésta es deudora en sus grandes principios e instituciones de su ley general, radicando, en consecuencia, dicha especialidad no en esta cuestión, por otro lado, común a toda ley especial, sino en todo aquello que la ley penal militar posee de específico, esto es, no tanto en su aspecto formal —puramente incidental y resultado de una determinada técnica legislativa—, como en su contenido material: los delitos militares como expresión de la protección de los bienes jurídicos inherentes y específicos de las Fuerzas Armadas. Como ocurría para el caso de la teoría de la sustantividad de la ley penal militar, la especialidad implica una formulación determinada de los delitos militares y la aplicación o trasvase de los principios del Derecho Penal a la ley penal militar cuando así lo permitan las especiales circunstancias del caso, que no se lesionen bienes propiamente castrenses.

Decíamos con anterioridad, que es nota común en las familias jurídicas afines al ordenamiento jurídico español, a excepción de los países de tradición jurídica anglosajona en los que la ley militar está integrada en la ley penal común, la concepción de la ley castrense como especial<sup>20</sup>. Esto ha originado que se haya realizado una codifi-

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L.: «EL Código Penal Militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes», en PÉREZ ESTEBAN, F.: *El Derecho Penal y Procesal Militar en la reforma de las normas comunes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 34.

<sup>19</sup> JUANES PECES, A.: Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, en *Revista La Ley Penal*, n.º 7, año I, julio 2004, p. 6.

<sup>20</sup> Más concretamente, en el caso de Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Polonia, Países Bajos, España, Austria, Bulgaria, Chipre y Portugal, la ley penal militar tiene la consideración de *lex specialis* en relación con el Derecho

cación específica de dicha ley, de tal manera que por lo general, es posible encontrar Códigos penales militares y Códigos procesales militares a parte de aquellos códigos penales y procesales civiles u ordinarios cuyo objetivo es subrayar precisamente esa aludida especialidad y justificar el mantenimiento de una jurisdicción militar especial. Ello más por razones político-institucionales que por razones técnico-penales, manteniendo la idea de la institución militar como un universo independiente<sup>21</sup>.

Un primer acercamiento a este panorama revela, además, la existencia de diversos modelos de regulación sustantiva según la tradición jurídica que subyace en la base de cada Estado. Así, y en primer lugar, puede claramente apreciarse un modelo basado en el *Common Law* e implantado en el área anglosajona, el modelo de la Europa occidental y mediterránea inspirada en la tradición romanista y, por otro lado, el modelo de regulación de los países del antiguo bloque soviético, el cual a pesar de haber desaparecido continúa sin grandes reformas en la Comunidad de Estados Independientes (Rusia) y ha marcado ostensiblemente los sistemas militares posteriores de las ex-repúblicas soviéticas<sup>22</sup>.

La clasificación más oportuna de los diferentes modelos de regulación existentes del Derecho Penal Militar es, quizá, aquella que toma como base la complementariedad del Derecho Penal Militar con el Derecho Penal común<sup>23</sup>. De esta manera, se constata la existencia de códigos militares como la Ley Penal Militar suiza o aquel Código de Justicia Militar español de 1945, que integran una parte general completa y su correspondiente parte especial donde se tipifican delitos comunes que fundamentan la competencia de la jurisdicción militar y/o agravan la penalidad. Esta circunstancia justifica que, precisamente, sean llamados *códigos penales militares integrales*, lo que es, sin embargo, una tendencia que se ha abandonado por los legisladores europeos desde la Segunda Guerra Mundial<sup>24</sup>. Efectivamente, la evolución legislativa de la ley penal militar muestra como ésta se concibió en sus inicios desde una perspectiva eminentemente

---

Penal civil o general. En el caso del Reino Unido, el Derecho Penal Militar está plenamente incorporado o integrado en el Derecho Penal. por otra parte, tanto Suiza como Turquía y Noruega, combinan ambos tipos de cuerpos penales. Vid. NOLTE, G.: *European Military Law System*, pp. 156 y ss.

<sup>21</sup> FIANDANCA, G.: «Quelle spécialité pour le droit pénal militaire?», pp. 227 y ss.

<sup>22</sup> GILISSEN, J.: «The present evolution of military Justice», en *Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre: L'évolution actuelle de la justice militaire*, Vol. I. Bruxelles, 1981, pp. 71 y ss.

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J.L.: «El principio de especialidad», pp. 137-138.

<sup>24</sup> Op. cit., pp. 82 y ss.



*integral*, esto es, que la codificación de la ley marcial incluía tanto una parte general como una parte especial independiente de la ley penal común, un cuerpo legal completo que tipifica tanto delitos comunes como especiales —de forma que la ley penal aplicable a los militares es una sola—, sin remisiones a la ley penal y regido por principios e instituciones distintos, hecho derivado de la sustantividad y autonomía que tradicionalmente la caracterizaba frente a otras ramas del Derecho y cuya finalidad es la extender la competencia de la jurisdicción militar y asegurar una mayor penalidad. Buen ejemplo de este modelo integral lo constituye también el Código de Justicia Militar español de 1945. Sin embargo, en la actualidad, y a pesar de la profunda discusión doctrinal surgida en torno a esta cuestión durante la redacción del vigente Código Penal Militar, la ley penal militar acabó configurándose como una ley *complementaria* en relación con la ley penal común, de manera que el texto legal recoge únicamente en su parte general las peculiaridades específicamente castrenses y, en su parte especial, los delitos estrictamente militares, realizando remisiones, en consecuencia, a los principios de la ley penal común en todas aquellas cuestiones que no supongan una especialidad frente a la ley general. Es precisamente esta fórmula la que se ha plasmado en el artículo 5 del Código Penal Militar de 1985.

Como bien precisa RODRÍGUEZ-VILLASANTE, la realidad de la ley penal militar española y también la del derecho comparado muestra que la complementariedad de la ley militar y la ley penal común admite una gradación desde aquella complementariedad denominada por este autor como *rigurosa* (parte general breve con especialidades militares, cláusulas de remisión al Código Penal, tipificación de delitos esencialmente militares sólo susceptibles de comisión por miembros de las Fuerzas Armadas) hasta aquella otra categoría de *complementariedad mixta, ecléctica o parcial* (excesiva regulación en la parte general, cláusula de remisión vaga, tipificación de delitos militares y comunes militarizados en la parte especial)<sup>25</sup>. En este sentido, este autor califica a la ley penal militar española como próxima a aquellos códigos *rigurosamente complementarios*<sup>26</sup>, por la existencia de una cláusula de remisión, expresión de la especialidad de la ley penal militar, que incluiría una cláusula de salvaguardia, la cual limitaría la supletoriedad de la ley penal común a aquellas cuestiones o supuestos fácticos en tanto en cuanto ésta no fuera incompatible con la especial naturaleza de los bienes jurídicos militares. En relación a la parte general, afirma la rigurosa complementariedad de la

<sup>25</sup> Op. cit., pp. 128-129, 131, 135-137.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 137 y 142.

ley penal militar con respecto al Código Penal en contraposición a la opinión de CALDERÓN SUSÍN. Así, mientras que el primero sostiene la especialidad de cada uno de los artículos incluidos en la parte general, el segundo arguye que, no obstante, los artículos referidos al principio de legalidad (artículo 1), al principio de culpabilidad (artículo 2), al principio de especialidad (artículo 5) y a la separación de la acción penal y las infracciones disciplinarias, suponen una redundancia por no constituir, en realidad, especialidad castrense alguna<sup>27</sup>. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, dentro del debate doctrinal entre ambos autores, concluiría que la inclusión de estos principios es verdaderamente beneficiosa para la ley penal militar al permitir la interpretación de ésta sin necesidad de acudir a la supletoriedad del Código Penal. Por lo demás, se afirma la *evidente peculiaridad* del delito militar, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de las penas y de la extinción de las mismas. Por último, en cuanto a la parte especial, la ley penal militar no es rigurosamente complementaria pues contiene tipificadas determinadas conductas que si son realizadas por ciudadanos no militares constituirán igualmente un delito de esta naturaleza.

Ubicado así nuestro modelo en el contexto actual, veamos algunas cuestiones que nos permitan valorar la necesidad y oportunidad de una reforma de nuestro Código Penal Militar.

## 2. La relación entre el Derecho Penal Militar y el contexto socio-histórico

Es lugar común entre aquellos dedicados al estudio de la jurisdicción militar el afirmar que ésta es tan antigua como la existencia misma de los Ejércitos, que está tan arraigada como el ejercicio de defensa de los valores que dan sentido y sustentan una comunidad o sociedad y que, en consecuencia, es una constante en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de todas las épocas y lugares aun con diversas manifestaciones<sup>28</sup>. En este sentido, los inicios del Dere-

<sup>27</sup> CALDERÓN SUSÍN, E.: «Comentarios de urgencia al Proyecto de Código Penal Militar», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, n.º 9, 1984, p. 14.

<sup>28</sup> En efecto, tal aseveración puede encontrarse en QUEROL Y DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, tomo I, pp. 31, 95 y ss., FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar», en *El Poder Judicial*, vol. II, 1983, pp. 1280 y 1283, PARADA, R.: «Toque de silencio por la justicia militar», en *Revista de administración Pública*, n.º 127, enero-abril 1992; p. 8, CASADO BURBANO, P.: «Visión histórica del Derecho Penal Militar español», en BLECUA

cho Penal Militar<sup>29</sup>, entendido como el conjunto normativo aplicado a un colectivo diferenciado con fines específicos, se debieron fundamentalmente a razones de tipo pragmático y no doctrinales<sup>30</sup> que, en última instancia, descansaban en la necesidad de instaurar y mantener una estricta y férrea disciplina entre los soldados<sup>31</sup> que asegurara la obediencia al mando y preservara la unidad y cohesión de los ejércitos. Correlativamente, se acuñó la añeja regla de «*quien manda debe juzgar*», cuya finalidad era concentrar de forma absoluta la justicia militar en quien ejercía el mando militar para así redundar en el objetivo anteriormente aludido de disciplina y cohesión, pues se entendía que la represión de conductas y comportamientos, provenientes de militares o no, considerados ilícitos, en tanto en cuanto suponen un menoscabo de bienes jurídicos *especiales y esencialmente* militares, requería una justicia expeditiva, sumaria y ejemplarizante acorde con las funciones que se entendían propias de los ejércitos, las cuales, en todo caso, habría de desarrollarse con la máxima eficacia<sup>32</sup>. Igualmente, se ha argumentado que el Ejército, como depositario de la fuerza de toda organización política, estatal o no, requiere de una organización independiente, distinta a aquellas instituciones de naturaleza civil, capaz de garantizar la consecución de sus fines por medio de sus propios valores y principios<sup>33</sup>.

FRAGA, R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: *Comentarios al Código Penal Militar*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 29 y GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. M.: *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, 1972, p. 39.

<sup>29</sup> De conformidad con RODRÍGUEZ DEVESA, el Derecho Penal Militar se perfila de forma clara, como ordenamiento propio, desde el momento en que el ejército adquiere su condición de permanente (RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: «Código de Justicia Militar», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1953; tomo IV, p. 304). No obstante, con anterioridad a las primeras Ordenanzas militares de la Edad Moderna, aparecen diversos preceptos con contenido castrense dispersos en varias compilaciones legislativas, como el Fuero Juzgo (Título II, Libro IX), el Fuero Real (Ls. 1 y 2, Título XIX, Libro IV; y Ls. 1 y 2, Título XXV, Libro IV), el Ordenamiento de Alcalá (L. 5, Título XXXI), etcétera (GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. M.: *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, pp. 12-23).

<sup>30</sup> GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N.: «La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España», en *Revista Española de Derecho Militar* (en adelante, REDM), n.º 38, julio-diciembre de 1979, p. 63.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La jurisdicción militar en la perspectiva histórica», en REDM, n.º 56-57, julio-diciembre 1990-enero-junio 1991; p. 13 y «La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar», p. 1276, y CASADO BURBANO, P.: «Visión histórica del Derecho Penal Militar español», p. 29.

<sup>32</sup> Lo que en realidad quiere expresarse con esta idea hace referencia a que sólo a través de la disciplina y de una justicia impartida por los mandos militares es posible desarrollar de forma eficaz el servicio o función de los ejércitos en cada momento (FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar», pp. 1276 y 1277).

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 1279.

Estos elementos acabaron interaccionando entre sí para terminar alumbrando un modelo de justicia militar en la que la atribución de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se atribuye esencialmente a los propios militares, un modelo en el que la potestad sancionadora, en tanto que potestad eminentemente disciplinar, acaba inexorablemente vinculada al mando de las armas<sup>34</sup>, de tal manera que la justificación de la existencia de la jurisdicción militar se basó en la misma razón de ser y especial función de los ejércitos<sup>35</sup>. Esto es, la idea de la imperiosa unión del mando a la jurisdicción como único medio para mantener la disciplina, constituye la base de la existencia del Derecho Penal Militar como conjunto normativo específico, si bien su última configuración será distinta dependiendo de quién sea el titular sobre el que recae la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>36</sup>. Así, inicialmente, los encargados de conocer de los procesos militares y de impartir justicia en este ámbito, eran tribunales íntegramente nutridos de militares de cierto rango en la escala jerárquica de los ejércitos que aplicaban sus propias normas procesales. Por tanto, la justicia militar se caracterizó por ser no judicial, al estar sustraída a la jurisdicción ordinaria, y no profesional, en el sentido de que los magistrados no eran juristas duchos en la ciencia y técnica jurídica, sino militares, lo que contribuyó a dotar de mayor sustantividad al Derecho Penal Militar y de especialidad a la jurisdicción en que tal Derecho se imparte<sup>37</sup>.

Así entendida, la justicia militar se vislumbra de forma clara en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna, toda vez que los ejércitos se hacen paulatinamente permanentes<sup>38</sup> y, en consecuencia,

<sup>34</sup> PARADA, R.: «Toque de silencio por la justicia militar», pp. 10 y 25.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La jurisdicción militar en la perspectiva histórica», p. 19.

<sup>36</sup> GARCÍA MARTÍN, J.: «De un ejército real a otro nacional: jurisdicción y tribunales militares entre el Antiguo Régimen y liberalismo doctrinario (1768-1906)», en ALVARADO PLANAS, J. y PÉREZ MARCOS, R. M.: *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (Siglos XII-XX)*, Ed. Polifemo, Madrid, 1996, p. 221.

<sup>37</sup> QUEROL Y DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, p. 92.

<sup>38</sup> A la conclusión del siglo XV y para el caso español, se había iniciado la superación del ejército medieval, tradicionalmente basado en la caballería y nutrido de mesnadas nobiliarias y milicias concejiles, para pasar a formarse de realengos obligados al servicio militar como vasallos, configurando paulatinamente tropas estables y remuneradas de forma continua. No obstante, la consolidación del ejército permanente no se verificará hasta su implantación en el siglo XVIII, cuando ya no sólo serán útiles para defender la integridad territorial, sino que sus funciones se verán diversificadas con el objetivo de controlar los mismos resortes de poder estatal (MORÁN MARTÍN, R.: «De la prestación militar general al inicio de la idea de ejército permanente (Castilla: siglos XII-XIII)», en ALVARADO PLANAS, J. y PÉREZ MARCOS, R. M.: *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (Siglos XII-XX)*, Ed. Polifemo, Madrid, 1996, pp. 60-61.

acaban organizados en estructuras estables y permanentes de defensa, en su total plenitud competencial, pues conocerá de todos aquellos asuntos que contengan un elemento militar, ya sea éste subjetivo (por razón de la persona), objetivo (por razón del delito o infracción) o espacial o territorial (por razón del lugar), así como de cualquier cuestión litigiosa que origine la logística militar y la seguridad de los ejércitos. Es decir, la jurisdicción militar posee una competencia atrayente e integral extendida a todos los asuntos penales, civiles y administrativos con presencia de un elemento militar de forma que la vis atractiva de la jurisdicción ordinaria se ve reducida a su mínima expresión. En este sentido, constituye un fuero privilegiado y personal aplicado a los soldados y gente de la guerra que absorbe la jurisdicción de otros órdenes<sup>39</sup> en base a la actividad que se realiza y en atención a la disciplina y obediencia jerárquica en la que se desarrolla lo militar<sup>40</sup>.

Lo descrito hasta este momento indica que en la evolución de la jurisdicción militar a lo largo de los siglos hubo una constante sobresaliente frente a los demás rasgos que la caracterizaron: un crecimiento exponencial que la convirtió en irremediablemente exorbitante, lo que, por otro lado, ha llevado a algunos autores a hablar de la *hipertrofia* de la que la jurisdicción militar ha hecho gala en determinados momentos de la historia española<sup>41</sup>. Sin embargo, llegados a los siglos XIX y XX, la jurisdicción castrense experimentará diversos episodios de reducción competencial.

El constitucionalismo del siglo XIX y los nuevos aires liberales que recorrían los círculos políticos del país, supusieron, desde el principio un verdadero reto para el mantenimiento de la jurisdicción militar. Numerosos principios recogidos ya en la Constitución de

<sup>39</sup> Así puede deducirse de las Ordenanzas redactadas por Alejandro de Farnesio el 15 de mayo de 1587 en Bruselas, en MORENO CASADO, J.: «Las Ordenanzas de Alejandro de Farnesio de 1587», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXXI, 1961, pp. 431 y ss. Así lo afirman también PARADA, R.: «Toque de silencio por la justicia militar», pp. 14 y 18, GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N.: «La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España», p. 73; GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. M.: *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*; pp. 23-24 y FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar», p. 1281. En este punto es necesario señalar que la jurisdicción militar no era unitaria, sino que adolecía de una pasmosa fragmentación gestada desde el reinado de la casa de los Austrias y también durante el de los Borbones en el siglo XIX, cuya racionalización no se produciría hasta 1868 a pesar de las Ordenanzas Generales.

<sup>40</sup> SORIA SESÉ, L.: «La ordenación jurídica del ejército español decimonónico», en ALVARADO PLANAS, J. y PÉREZ MARCOS, R. M.: *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (Siglos XII-XX)*, Ed. Polifemo, Madrid, 1996, p. 267.

<sup>41</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*; pp. 1362 y ss.

1812 colisionaban de una forma más que evidente con la unidad de mando y jurisdicción imperante en el ámbito militar: arts. 256, 273 y 274, relativos a la justicia letrada, art. 247, referente al juez prede-terminado por la ley o derecho al juez legal, pero, sobre todo, la jurisdicción castrense presentaría problemas de inserción en el ordenamiento jurídico en relación con lo dispuesto por el art. 248, de unidad de jurisdicción o fuero. No obstante, si bien puede constatar- se una efectiva (y lenta) reducción de las competencias del fuero militar de la mano de los textos constitucionales decimonónicos, del que la Constitución de 1812 supuso la primera acometida, resalta el hecho de la existencia de un desfase entre el ideario constitucional y la realidad práctica en relación al principio de igualdad jurídica<sup>42</sup>.

Como se ha dicho, a pesar de que la Constitución de 1812 había proclamado que en los negocios comunes, civiles y criminales no habría más que un solo fuero para toda clase de personas (art. 248), reaccionando contra la variedad de fueros y leyes como obstáculo para la optimización de la Administración de Justicia, acto seguido procede a *salvar* la jurisdicción militar en el art. 250, así como la otra gran jurisdicción, la eclesiástica (art. 249), reconociéndolas expresamente aunque superando la concepción de tal jurisdicción como fuero privilegiado. En adelante, los posteriores textos constitucionales continuarían esta línea y reconocerán la jurisdicción propia de los militares y sancionarían definitivamente una justicia militar paralela a la justicia penal, que quedaría consagrada de manera definitiva en la Constitución republicana de 1931<sup>43</sup>. Pero, sin embargo, esta falta de concordancia entre lo establecido constitucionalmente y la realidad se evidencia quizá más claramente por el nuevo perfil que adquiere la justicia militar en materia de orden público y al que ya se apuntaba hacia el final del Antiguo Régimen (Ordenanzas de 22 de octubre de 1768 y Real Orden de 26 de octubre de 1768). En efecto, en adelante, los ejércitos se conciben como un instrumento sumamente eficaz para la conservación del orden interno, un medio de coerción o represión al servicio de objetivos *extracastrenses* a través del cual im-

<sup>42</sup> PARADA, R.: «Toque de silencio por la justicia militar», pp. 21-26, y GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. M.: *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, pp. 25-40.

<sup>43</sup> Sin embargo, puede decirse que la jurisdicción militar se convirtió en plenamente especial cuando a la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 dejan de asumirse las garantías procesales acuñadas para la jurisdicción ordinaria (art. 347). DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Valencia, 2003, pp. 29-35, y SAN CRISTÓBAL REALES, S.: *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Ed. Comares, Granada, 1996, p. 70.

poner determinadas voluntades políticas<sup>44</sup> al que, paradójicamente, el poder civil continúa ajeno. Se asiste, pues, a una errónea concepción de la función de los ejércitos, que alcanzará su máxima expresión con el régimen instaurado después de la Guerra Civil, que deriva en una justicia militar de naturaleza represiva al servicio de la disciplina militar y protección de los intereses militares.

El siguiente hito en la reducción de la jurisdicción castrense vino de la mano del Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 1868, por el que la competencia se limitó a aquellas cuestiones de naturaleza penal, se suprimen los fueros castrenses especiales y se reduce el fuero militar común, si bien el desfase continuó con la publicación de, entre otras disposiciones, la Ley de Orden Público de 20 de abril de 1870, la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906, que, en la práctica, implican la conservación de la vis atractiva de la jurisdicción militar frente a la ordinaria. Esta tendencia reduccionista se continuaría por el Decreto Ley de 11 de mayo de 1931 y por la propia Constitución de 1931<sup>45</sup> y sólo sería alterada por la contienda civil entre 1936 y 1939 y por el régimen implantado *a posteriori* por el bando vencedor<sup>46</sup>.

El periodo republicano, en contraste con los regímenes anteriores, posee como objetivo verdadero y fundamental intentar reducir la jurisdicción militar a una jurisdicción especial y a ello responden el Decreto de 17 de abril de 1931, por el que se abole la anterior Ley de Jurisdicciones de 1906, los Decretos de 11 de mayo y de 2 de junio y los Decretos de 11 de mayo, 9 de junio, 20 de mayo y 5 de junio, todos ellos también correspondientes a 1931, los cuales afectaron de forma sensible a la competencia, estructura orgánica y proceso penal específico de la jurisdicción de guerra y de la jurisdicción de marina respectivamente. Finalmente, por el art. 95 de la Constitución de 1931, se limitó la competencia de la jurisdicción castrense a los hechos o delitos esencialmente militares, esto es, se abandonó el triple criterio

---

<sup>44</sup> PARADA, R.: «Toque de silencio por la justicia militar», p. 23, y FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar», p. 1280.

<sup>45</sup> El art. 95 del texto ciñó exclusivamente los delitos militares a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados, a la vez que prohibía la aplicación de fueros especiales en razón de la persona o lugar con la única excepción del estado de guerra.

<sup>46</sup> Con el nuevo gobierno surgido de la guerra, se restablecería toda la legislación militar anterior a 1931 y se traspasaría a la jurisdicción militar la competencia sobre una gran variedad de delitos, incluidos la comisión de determinados delitos políticos y otros considerados de gravísima peligrosidad, de lo cual es ejemplificativo las leyes de 12 de julio de 1940 y de 29 de marzo de 1941.

de conexión tradicionalmente utilizado para subsumir en la justicia militar delitos potencialmente pertenecientes a la jurisdicción ordinaria por el criterio en razón del objeto o naturaleza del delito.

Tras la Guerra Civil y para consolidar el nuevo régimen de ella surgido, la jurisdicción militar se convirtió en un instrumento represivo al servicio del Estado en aras a garantizar el nuevo orden, es decir, la justicia militar y, por extensión, el aparato militar, tornó en aliado-garante fiel y celoso del orden interno. Así, si existe periodo en el que la jurisdicción castrense fue realmente exorbitante y ocupó un papel decisivo en el control social, éste es precisamente el régimen franquista<sup>47</sup>. En julio de 1945, se aprobaba un nuevo Código de Justicia Militar, fruto de la refundición de toda la legislación judicial castrense anterior a 1931, y que, en materia de competencia, siguió las líneas directrices básicas del anterior Código militar de 1890: según el art. 5, la competencia de la jurisdicción militar se determinaría en lo sucesivo por razón no únicamente del delito cometido, sino también por razón del lugar donde éste haya acaecido y por razón de la persona responsable criminalmente del mismo y, en este sentido, tan extensiva acabó siendo la competencia de la justicia militar que no puede afirmarse que ésta fuese especial, sino muy al contrario, más ordinaria de lo que debiera<sup>48</sup>.

La experiencia española más reciente constituye un ejemplo de cómo el contexto histórico puede tener un papel determinante en la configuración de la jurisdicción militar y sus tribunales<sup>49</sup>. Tras cua-

<sup>47</sup> DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial* p. 43.

<sup>48</sup> *Ibid.*; p. 49.

<sup>49</sup> Igualmente, el contexto histórico influyó notoriamente en otros países a la hora de establecer un determinado modelo de regulación de lo militar, de manera que, por ejemplo, Alemania y Austria —excepto un breve paréntesis entre febrero de 1966 y septiembre de 1970— eliminaron su jurisdicción castrense y tribunales militares por los abusos experimentados por una jurisdicción exorbitante en el periodo de entreguerras y por la experiencia de los tribunales militares internacionales allí implantados después de la Segunda Guerra Mundial (GILISEN, J.: «The present evolution of military Justice», vol. I, pp. 85 y ss.) Asimismo, el ordenamiento penal militar italiano está configurado en base a una normativa preconstitucional, además, fuertemente vinculada a la condiciones bélicas concurrentes en el período de su elaboración situación que provocó la existencia de sucesivos proyectos de reforma que no obtuvieron reconocimiento legal hasta el 7 de mayo de 1981, fecha en la que se aprobó la ley que transformó integralmente la jurisdicción militar italiana, no así en el ámbito de la legislación penal militar material. En dicho proceso el debate sobre la desaparición de la jurisdicción militar quedó finalmente plasmado en una renovación técnica de la jurisdicción, la supresión de la dependencia jerárquica de los jueces militares no magistrados respecto al presidente del Tribunal, la desvinculación del control sobre los jueces del Procurador Militar de la República; y la institución de la apelación o la su



renta años de dictadura militar, en los que la jurisdicción castrense adolecía de los principios inherentes a un sistema de justicia penal (militar) democrático y garantista, la Constitución Española de 1978 introdujo la plena sujeción de la jurisdicción castrense, como excepción a la ordinaria, y, en consecuencia, del Derecho Penal Militar, a los principios propios de un Estado de Derecho y a los derechos fundamentales por éste reconocidos y protegidos. Así, la jurisdicción ordinaria en el Estado de Derecho, tal y como queda consagrada en el art. 1.1 CE, es la única válida por inspirarse, en última instancia, en la independencia judicial, la clásica separación de poderes y, sobre todo, por el sometimiento del juez y el proceso al imperio de la ley y, consecuentemente, a los principios que inspiran tanto su creación como su aplicación.

Todo ello en clara contraposición al régimen dictatorial anterior al actual periodo constitucional, el cual establecía una organización en la que la jurisdicción, como tal, era una función más del Estado, expresión de su *potestas*, regida por los principios de unidad de poder y coordinación de funciones, lo cual configuraba un panorama extremadamente alejado de la separación de poderes y de la imparcialidad de los jueces propios de un Estado de Derecho.

De esta forma, en un contexto no todavía desligado del periodo preconstitucional, los debates sobre la armonización de la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria fueron —y continúan siendo— duros y complejos aunque, no obstante, puede constatarse que la intención del legislador constituyente era la de limitar la competencia de la jurisdicción militar, atribuyéndole únicamente el conocimiento de de procesos en los que el bien jurídico protegido fuera militar o entrasen en juego intereses militares y apartándola de forma definitiva de la represión penal y política que se ejerció contra la sociedad civil en el régimen anterior<sup>50</sup>. En este punto, es preciso subrayar la trascendente y valiente reforma militar inaugurada ya en 1976 y cuyos objetivos se proyectarían en la posterior legislación dirigida a la, fundamentalmente, modernización de los

---

presión del Tribunal Supremo Militar, todo ello en aras a la búsqueda del equilibrio entre el principio de unidad del poder judicial y el mantenimiento de una jurisdicción militar limitada al ámbito estrictamente castrense, en MILLÁN GARRIDO, A.: «La reforma de la Legislación Penal Militar en Italia (El anteproyecto de la Asociación Nacional de Magistrados Militares)», en *REDM*, n.º 61, 1993, p. 67.

<sup>50</sup> DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, p. 53. En este punto no debe olvidarse que un aspecto trascendente de la reforma consistió en la desmilitarización de las Fuerzas de Orden Público, como un paso más en la concreción de las nuevas funciones que el Legislador encomienda a la Administración militar.

ejércitos<sup>51</sup>. En definitiva, una necesaria adecuación al contexto socio-político de la época.

En las discusiones de las Cortes Constituyentes, como puede deducirse de las intervenciones de los parlamentarios, no llegó a apostarse seriamente por la desaparición definitiva de la jurisdicción castrense, a pesar de la señalada estrecha vinculación que durante la dictadura había operado entre dicha jurisdicción y la represión política de opositores y disidentes; secuela que intentó eliminarse en lo sucesivo del *imaginarium* colectivo reforzando la confianza en el nuevo sistema político. Y es que el contexto político todavía poseía un gran peso específico en la configuración del nuevo sistema: se temía que una eventual desestabilización procedente del ejército, que por esos tiempos era objetivo constante de atentados terroristas, arruinara el proyecto de construcción y consolidación de un primigenio Estado social y democrático de Derecho<sup>52</sup>. Con todo, el Legislador desempeñó un papel excesivamente conservador en lo referente a la configuración del sistema militar legal aún dentro del contexto de un Estado democrático por lo que, finalmente, la jurisdicción castrense acabó conservándose en virtud del art. 117.5 CE<sup>53</sup>. Se optó así por mantener un sistema parcialmente hermético alrededor de la administración militar que ha mantenido la especificidad del ámbito castrense y sus consecuencias. La evolución legislativa lógica, en orden a conseguir una verdadera adecuación orgánica, hubiera requerido la configuración de la justicia militar como un orden judicial más, a cargo del cuerpo único de jueces y magistrados e íntegramente dependiente del Consejo General del Poder Judicial, y no el reconocimiento de una jurisdicción militar derivada de las peculiaridades del ámbito castrense, con una intensa relación administrativa con el Ministerio de Defensa, que matiza una excepción al principio de unidad

<sup>51</sup> Los objetivos fundamentales que, entre otros, el equipo formado por el general Manuel Gutiérrez Mellado y sus colaboradores idearon para la adaptación del aparato militar a los nuevos tiempos se centraron en el saneamiento financiero y racionalización de los recursos de la hacienda militar, la equiparación tanto conceptual como retributiva del militar al resto del funcionariado público y la mejora de las condiciones de las clases pasivas militares, en aras a la consecución de los estándares propios del incipiente Estado del Bienestar, una política de ascensos basada en la formación y perfeccionamiento militar, etc. Vid. FAJARDO TERRIBAS, R.: «La reforma militar de Gutiérrez Mellado: aspectos jurisdiccionales y de orden social», en <http://www.historiadeltiempopresente.com>, pp. 1-2.

<sup>52</sup> GIL GARCÍA, O.: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 26-27.

<sup>53</sup> Para una exposición acerca del *iter* constituyente en la elaboración del art. 117.5 CE y sobre su significado y efecto competenciales *ratione materiae* en la legislación postconstitucional, vid. ampliamente FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La reforma del ámbito competencial de la jurisdicción militar», pp. 57-85.

jurisdiccional difícilmente justificable en un moderno Estado de Derecho<sup>54</sup>.

Han de recordarse, por esclarecedoras, las expositivas palabras del vicepresidente de la comisión encargada del estudio y reforma de la justicia militar, el General Francisco Jiménez cuando afirmó que *«en un esfuerzo de actualización, se recojan progresos penales y se propugnen Tribunales Militares de signo judicialista, con una justicia tecnicificada, unas leyes penales culpabilistas, despojadas de compañías disciplinarias y administrativas que les son ajenas y de unas normas procesales más ágiles y con más garantías para el justiciable»*<sup>55</sup>. Señalaba ya, pues, este autor como necesarias características del Derecho Penal Militar y su nuevo código la delimitación de la norma material frente y la estricta separación de las normas disciplinarias —pasando las infracciones más graves a delitos menores—, el mantenimiento en el Código Penal Militar de algunas normas penales comunes que no desvirtúan el carácter especial de la ley penal militar, la brevedad en la extensión del Código, la de separación entre las figuras delictivas en tiempo de paz y de guerra. Finalmente, acabó redactándose un Código Penal Militar de extensión desmesurada, sin separación de los delitos en función del momento de su producción —tiempos de paz, tiempos de guerra— y, en definitiva, un texto en el que la errónea interpretación de la especialidad de la ley penal militar significó un modelo de regulación que no ha resistido el paso del tiempo, sobre todo a partir de la entrada en vigor del CP de 1995 y las modificaciones penológicas fruto de una nueva corriente de política criminal.

### **3. Aproximación a la nueva perspectiva funcional de las Fuerzas Armadas: su constitucionalización y las misiones multinacionales.**

La transformación que la Constitución Española ha supuesto con respecto a las funciones atribuidas a las Fuerzas Armadas, así como su nuevo papel en misiones internacionales, superando las connotaciones propias del ejército en sentido histórico, obliga a reflexionar sobre el fundamento tradicional de la justicia militar y, en última instancia, sobre la existencia de dos códigos en una misma rama del Derecho. Pero no sólo han de tomarse en consideración los condicionantes propios e internos del ordenamiento jurídico que imprimen

<sup>54</sup> PARADA, R.: «Toque de silencio por la Justicia Militar», pp. 7 y 32.

<sup>55</sup> JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F.: «Sentido y alcance de la actual Ley Penal Militar española», p. 68. En REDM, n.º. 65, 1995.

una determinada inercia a la evolución del Derecho interno, sino que, igualmente, es necesario atender a aquellos nuevos contextos funcionales de naturaleza globalizadora derivados de las profundas mutaciones sociales, económicas y políticas, que desbordan las finalidades clásicas del Derecho Penal, sus garantías jurídicas y efectividad, de la dignidad humana, del principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho y el principio de división de poderes<sup>56</sup>.

En efecto, una de las primeras cuestiones a abordar y que sobre todas las demás han modelado el papel de las Fuerzas Armadas en la actualidad, es el papel que las cartas magnas les atribuyen o asignan. Y es que en la medida en que la actual organización de las Fuerzas Armadas depende del grado de civilización<sup>57</sup>, no puede ser sino la propia Constitución la que encarne tal parámetro, esto es, que necesariamente ha de ser el texto constitucional, donde se consagran los principios básicos inherentes al Estado social y democrático de Derecho, el que determine el modelo de las Fuerzas Armadas a partir de la determinación de su finalidad, naturaleza, condiciones de la profesión militar y posición orgánica que como institución<sup>58</sup> detenta dentro del sistema político.

Tal y como hemos constatado previamente, el proceso constituyente no pudo sino hacerse eco de algunas de las demandas de las Fuerzas Armadas como reflejo del peso político que éstas tuvieron durante el régimen franquista<sup>59</sup> y así lo evidencia la configuración del nuevo modelo de Fuerzas Armadas que se instauró por medio de la aprobación de los artículos 8, 10, 15, 21, 22, 25, 26, 28, 29, 30, 55, 62, 63, 65, 70, 94, 97, 103, 104, 105, 116, 117 y 149 CE<sup>60</sup>. No obstante, se rechazó integrar a las Fuerzas de Seguridad dentro de las Fuerzas Armadas, lo que se correspondió con la distinta ubicación

<sup>56</sup> En relación a esta cuestión, ha de consultarse el interesante artículo publicado por ULRICH SIEBER acerca de cuáles son las nuevas situaciones de riesgo a los que la globalización somete al Derecho Penal y que amenazan con desbordarlo, en «Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional», en *Revista Penal*, n.º 22, julio 2008.

<sup>57</sup> PUMAROLA ARAIZ, L.: *Democracia y Ejército (Vulgarización sobre los fines y medios del ejército en la sociedad actual)*, Católica Toledana, Toledo, 1928. p. 9.

<sup>58</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», en *REDM*, n.º 67, 1996, pp. 40-43 y CASADO BURBANO, P.: «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española», en *REDM*, n.º 36, julio-diciembre, 1978, p. 9.

<sup>59</sup> COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2007, Libro Primero, pp. 339 y 343.

<sup>60</sup> No obstante, no nos detendremos en un análisis conjunto y sistemático de los citados preceptos para lo cual remitimos a la obra anteriormente referenciada en toda su extensión.

sistemática de los preceptos constitucionales dedicados a uno y otro cuerpo (artículo 8.1 frente a artículo 104.1 CE), de tal forma que se superaba el viejo modelo policial y el modelo militarizado de mantenimiento del orden público<sup>61</sup>. Debe recordarse en este punto que en el periodo preconstitucional, las Fuerzas de Orden Público quedaban integradas en las Fuerzas Armadas, culminándose con la promulgación de la Constitución la separación orgánica y funcional de ambos cuerpos<sup>62</sup>.

Del mismo modo, el desarrollo legislativo posterior al modelo de Fuerzas Armadas consagrado en la Constitución alumbró un nuevo Ejército integrado, sin discriminación por razón de sexo, caracterizado por la voluntariedad y, sobre todo, por la profesionalidad; elementos éstos transcendentales, igualmente, en la configuración del nuevo sistema sancionador militar.

El art. 8.1 CE, que redefine cómo han de ser unas Fuerzas Armadas en un Estado constitucional, establece que «*las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*», por tanto, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos en los que las constituciones no individualizan las funciones de los ejércitos, este artículo fija, a modo de garantía frente a los abusos propios de otros periodos, cuál es la misión de las Fuerzas Armadas en el contexto constitucional.

Por un lado, una de las finalidades básicas es la de defender el orden constitucional en el sentido de defensa material o física ante situaciones o acontecimientos que pongan en riesgo la subsistencia del orden establecido. En este sentido, las Fuerzas Armadas se conciben no como un medio ordinario de defensa, sino, muy al contrario

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70, enero-abril, 2004, p. 190.

<sup>62</sup> Este proceso se inició con medidas como la aprobación de Decreto 1125/1976, de 8 de Abril, sobre colaboración de las autoridades militares con las gubernativas en estados de normalidad y excepción, que fue seguida de distintos Reales Decretos por parte de los Gobernadores de Madrid y Cádiz. Con posterioridad a la Constitución, sucesivas normas, como el Real Decreto 218/7846, de 27 de Enero, por el que se determinan el régimen de incompatibilidades del personal de los Cuerpos Generales de Policía, Policía Armada y Guardia Civil, irían paulatinamente moldeando la civilización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado hasta la definitiva Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (FAJARDO TERRIBAS, R.: *El ejército en la transición hacia la democracia (1975-1982) Acercamiento a la política reformista del Gutiérrez Mellado*, Universidad de Almería, 2003, pp. 445-455).

y distanciándose de periodos anteriores, como última *ratio* cuando la gravedad de la situación así lo sugiera<sup>63</sup>.

Frente a esta misión de carácter extraordinario, en la medida en que no ha sido necesaria desde la promulgación de la Constitución hasta la actualidad, se definió igualmente qué se entendía por la misión tradicional de defensa por parte del ejército, a saber, garantizar la soberanía y la independencia del Estado a través de la preservación de la integridad territorial. Dicho de otro modo, el ejército ha de salvaguardar y soberanía del Estado frente a injerencias o agresiones externas<sup>64</sup> (proyección externa de la defensa de la integridad territorial), así como evitar la fragmentación o secesión de parte del territorio nacional (proyección interna de la defensa de la integridad territorial) no pudiendo, en este punto, actuar unilateralmente, sino en consonancia por lo determinado por el poder civil (art. 97 CE). Y es que las Fuerzas Armadas se conciben como un instrumento al servicio del poder soberano, esto es, que su intervención no se verificará sino previa petición del poder político, lo que supone una especificación de la naturaleza meramente ejecutiva del aparato militar<sup>65</sup>.

Tanto en el interior como en el exterior, las Fuerzas Armadas podrán llevar a cabo otras misiones no expresamente reconocidas en el artículo 8.1 CE. En este sentido, dicho artículo ha de entenderse como comprensivo de otras modalidades de acción siempre y cuando éstas se hallen bajo el control del poder civil o, dicho de otro modo, el artículo octavo se concibe como taxativo, como limitativo o restrictivo de las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas desde la perspectiva de lo político, esto es, que precisamente la función del ejército se aleja de forma definitiva de eventuales manipulaciones por el poder civil<sup>66</sup> y de las misiones encomendadas a las Fuerzas Y Cuerpos de Seguridad del Estado del artículo 104.1 CE.

Desde el punto de vista de las misiones que en el exterior pueden desarrollar las Fuerzas Armadas, han de considerarse las misiones in-

---

<sup>63</sup> HIGUERA GUIMERA, J. F.: *Curso de Derecho Penal Militar Español. Parte General*, p. 18. Este autor considera que cuando el ordenamiento constitucional se ve agredido por simples extralimitaciones de carácter normativo o institucional, el ordenamiento jurídico ha diseñado mecanismos más eficaces y distintos que la intervención armada, como lo constituye la acción ordinaria de los jueces y Tribunales y, muy especialmente, del Tribunal Constitucional.

<sup>64</sup> CASADO BURBANO, P.: «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española», p. 15.

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo», p. 194.

<sup>66</sup> COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*, Libro Segundo, p. 85.

ternacionales y multinacionales de naturaleza humanitaria, de defensa de los derechos humanos y en aras a la consecución de la paz en territorios desestabilizados, cuando dichas operaciones no estén relacionadas con la defensa y seguridad del Estado puesto que, en tal caso, las Fuerzas Armadas se situarían dentro de aquellas misiones expresamente reconocidas en el artículo 8.1 CE. En cuanto a la proyección en el interior de las posibles funciones de las Fuerzas Armadas, han de considerarse aquellas relativas a intervenciones en casos de catástrofe o emergencia natural, humana o ecológica (artículo 22.1 de la Ley Orgánica 6/1980), que encuentran su fundamento último en la concepción del ejército como defensor de la colectividad.

Aún con todo, en este nuevo contexto, no todos los interrogantes se han resuelto y, por ende, cabe, en nuestro caso, preguntarse acerca de si se ha verificado una efectiva adaptación de la ley penal militar al programa penal de la Constitución Española, esto es, ¿son los fines de la pena del Derecho Penal compartidos por el Derecho Penal Militar? ¿Se entiende el papel de la ley penal militar desde el parámetro de la intervención mínima con respecto a otros instrumentos? ¿Los principios de proporcionalidad y culpabilidad poseen la misma aplicación en una jurisdicción y otra? ¿Se respeta el principio de legalidad?. Son muchas las cuestiones, de las que sólo podremos tratar de pasada alguna de ellas.

Por otro lado, el nuevo escenario internacional y la nueva tipología de conflictos y emergencias han determinado que las Fuerzas Armadas se hayan erigido como protagonistas de significativa trascendencia<sup>67</sup>. Esta presencia se ha verificado en contextos en extremo heterogéneos (lucha contra el terrorismo internacional<sup>68</sup>, desastres naturales, operaciones de mantenimiento de la paz, operaciones de imposición de la paz, combates, apoyo logístico, prestación de asistencia directa, asistencia humanitaria, de gestión de crisis, etcétera) y espacios geográficos a menudo hostiles (emergencias complejas) que han planteado la imperiosa necesidad de definir reglas de enfrentamiento (*rules of engagement*), esto es, reglas que determinen el uso le-

<sup>67</sup> Vid., entre otros, MARRERO MOCHA, I. C.: *La participación de las Fuerzas Armadas españolas en misiones de paz*, Ed. Plaza y Valdés, Madrid, 2007, pp. 119-164, y DÍAZ BARRADO, C. M. (dir.): *Misiones Internacionales de Paz: Operaciones e Naciones Unidas y de la Unión Europea*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Madrid, 2006, pp. 73-222. Para una visión general sobre esta cuestión, consultar DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 15ª edición, 2005.

<sup>68</sup> Vid. OEHMICHEN, A. y SAUX, S.: «La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional», en MANACORDA, S. y NIETO MARTÍN, A.: *El Derecho Penal entre la guerra y la paz. Justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2009.

gítimo de la fuerza para operaciones militares —multinacionales o no— que respeten, además, los estándares requeridos por el Derecho Internacional Humanitario<sup>69</sup>.

Es necesario en este punto poner de manifiesto la problemática que las reglas de enfrentamiento suscitan en relación con los conceptos de legítima defensa, estado de necesidad y, en general, con todas aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal reguladas en los códigos penales con el uso legítimo de la fuerza<sup>70</sup>. En este sentido, se constata que los Estados admiten usos de la fuerza distintos en función de diversos parámetros de política exterior o interior, de manera que, en ocasiones, será permitido un uso más extensivo o más restrictivo de ésta.

Dentro de este contexto internacional, ha de subrayarse la importancia creciente de la Unión Europea en cualquiera de los escenarios internacionales anteriormente aludidos<sup>71</sup>. Así, los Estados Miembros, conscientes de la necesidad de reforzar y asentar la proyección de Europa en el exterior y de que este aspecto exigía la definición ya no sólo de sus intereses, sino de los instrumentos para su consecución<sup>72</sup>, en el Tratado de Amsterdam, que revisa el Tratado de Maastricht de 1992 y que entró en vigor en 1999, se incluyeron las denominadas misiones o tareas *Petersberg* (art. 17.4, J.7): misiones humanitarias o de rescate de ciudadanos; misiones de mantenimiento de la paz; misiones de combate para la gestión de las crisis, incluidas operaciones de restablecimiento de la paz. Todas estas misiones y operaciones, que forman parte de la Política Europea de Seguridad Común, requieren un mejor entendimiento de cuáles son los marcos reguladores de las Fuerzas Armadas en los países de la Unión que nos

<sup>69</sup> España hizo uso por primera vez de las reglas de enfrentamiento en el conflicto de la Antigua Yugoslavia a principios del año noventa, en el cual las tropas militares españolas quedaban integradas en la UNPROFOR. Vid. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, J. A.: «Reglas de Enfrentamiento», MANACORDA, S. y NIETO MARTÍN, A.: *El Derecho Penal entre la guerra y la paz. Justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2009, pp. 217 y ss.

<sup>70</sup> *Ibidem.* p. 223.

<sup>71</sup> Vid., entre otros, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGEURAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: «De las declaraciones a los hechos: las primeras operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 7, n.º 15, 2003, y PALOMARES SERNA, G.: *Política de seguridad de la Unión Europea: realidades y retos para el siglo XXI*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

<sup>72</sup> A este respecto, merece la pena una lectura de la conferencia del Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea ante el Real Instituto Elcano, en SOLANA, J.: *Algunas reflexiones sobre la actualidad internacional*, Real Instituto Elcano. Madrid, 2007.



permita delimitar certeramente las necesidades específicas de su marco sancionador y, por añadidura, de todas aquellas conductas que vulneran al llamado *ius in bello*.

Las tareas o misiones *Petersberg* han ocasionado la apertura de un necesario debate: ¿es posible o debe aspirarse a la armonización del derecho militar y, consecuentemente, del Derecho Penal Militar en la Unión?. Esta reflexión no es de ninguna manera trivial o baladí: ya en el año 2000, el Ministro de Defensa alemán encargó un estudio de derecho comparado sobre cómo los distintos ordenamientos jurídicos de los países de la Unión regulaban el ámbito militar, cuál debería ser el estándar de armonización (Convención Europea de Derechos Humanos y, en determinados supuestos, el resto del acervo comunitario) y hasta qué punto la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos europeos en materia de derecho militar ocasionan conflictos en el marco de las diversas unidades multinacionales activas de la Unión (Eurocorps, el Cuerpo germano-holandés, el Cuerpo Multinacional del Noreste, etcétera)<sup>73</sup>. En este sentido, los autores de dicho informe ya revelaron que, en efecto, se habían registrado diversos problemas derivadas de la diferente regulación que los Estados Miembros integrantes de unidades multinacionales realizaban de las cuestiones militares (desde algo tan sencillo como la indumentaria o el corte de pelo hasta las causas modificativas de la responsabilidad criminal). Dicho de otro modo, diversos conflictos de naturaleza interna que, muy significativamente, se originan como consecuencia de la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos de los países miembros. Estas diferencias en los sistemas jurídico-militares de los países europeos crean una fricción *de facto* que ocasionaba notorios problemas de ineficiencia, así como dificultades en la capacidad de los soldados para trabajar como grupo conjunto en sus unidades, lo cual sugiere la configuración de un ordenamiento jurídico militar europeo y común para solventar estas importantes deficiencias en aras de una óptima integración.

#### **4. La falta de armonización entre el contexto actual y el vigente Derecho Penal de las Fuerzas Armadas**

En definitiva, si se considera la integración de los principios constitucionales en el ámbito castrense, y la modernización y profesionalización experimentada por las Fuerzas Armadas en el marco de un

<sup>73</sup> Vid. NOLTE, G.: *European Military Law System*. A pesar de ser la única iniciativa hasta el momento acerca de esta problemática, el estudio adoleció de numerosos problemas a la hora de su realización y, finalmente, únicamente se puso de manifiesto, de forma somera, el marco regulador de las fuerzas armadas en nueve países de la Unión.

Estado social y democrático de Derecho, se genera, cuanto menos, un marco de duda sobre la necesidad de mantener un modelo de Derecho Penal Militar material distinto del común e intrínsecamente ligado a una pretendida singularidad y especificidad del ámbito castrense que ha justificado un marco sancionador distinto del general. Dicho de otro modo, el nuevo contexto contemporáneo que rodea a las Fuerzas Armadas hace necesario volver a plantearse hasta qué punto la cualidad de militar puede y debe anteponerse a la condición de ciudadano en la protección de sus derechos básicos, y si la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses requieren un cuerpo normativo separado del común compatible con el cumplimiento de las funciones propias de la milicia, y, por tanto, si la perpetración de un ilícito en este ámbito, legitima la creación de tipos más restrictivos para las garantías de los sujetos activos. En este sentido, téngase en cuenta la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de aquellos aspectos básicos que conforman la base valorativa y ontológica del Derecho Penal, de la que no puede sustraerse ningún ámbito o sector por razón de especialidad alguna del bien jurídico protegido. La razón en este punto es obvia: que el sujeto final sigue siendo siempre una persona-ciudadano a la que no se le puede privar o restringir, de forma no mesurada, sus derechos básicos fundamentales y de la proyección de estos en el campo sancionador, perfectamente compatibles con la función preventiva, tanto general como especial, respecto de los bienes jurídicos objeto de protección en el ámbito militar.

Tanto la delimitación funcional del art. 8.1 CE, como el denominado programa penal de la Constitución adquieren un protagonismo especial, necesitado de necesarias adaptaciones y desarrollos dirigidos a cubrir la idiosincrasia del ámbito militar, siempre dentro del contexto de un Derecho sancionador moderno y consolidado sobre la protección de bienes jurídicos; y todo ello desde la consideración propia de un ámbito especial pero no independiente o sustantivo desde el punto de vista jurídico, tal y como señala muy acertadamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1991, de 14 de marzo, la cual afirma que *«no es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del Derecho Militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa (Fundamento Jurídico Sexto)»*, lo que, no obstante, no ha impedido que la evolución general de la legislación militar haya estado lastrada precisamente por esta visión institucionalista de las Fuerzas Armadas<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Cfr. COTINO HUESO, L.: *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*; Libro Primero, pp. 474 y ss.

A partir de estas cuestiones, la pregunta a formular es si es preciso un Código Penal Militar (en adelante, CPM), y, en su caso, ¿debemos mantener el criterio de especialización o por el contrario proceder a la integración en el Código Penal (en adelante, CP)? Ambos aspectos, el garantista y el funcional, deben combinarse a la hora de dotar de respuesta a esta pregunta, desde un plano de equilibrio<sup>75</sup>. La idea del principio de especialidad del Derecho Penal Militar, se encuentra plenamente corroborada por el tenor del art. 5 del CPM (cláusula de salvaguardia), de manera que, puede afirmarse que el Legislador descartó la creación de un único cuerpo normativo o código *vademécum* que regulara e integrara la Ley penal militar en la penal común. No obstante, la redacción de dicho artículo precisa de una crítica reflexión, especialmente en relación con el art. 9 del CP común, que vino a sustituir y a modificar la línea de interpretación del antiguo art. 7 del CP de 1973, puesto que igualmente refleja la idea de unidad del DPM con el común, de forma que aquel sólo recoge las especialidades propias del ámbito militar y, por tanto, tipifica delitos exclusivamente castrenses por la afección de bienes jurídicos militares, con la única exclusión de aquellos que recaen en la Ley del Jurado.

En todo caso, el CPM se conformó como *lex specialis* respecto del CP al abandonarse la idea de insertar los delitos militares en el cuerpo del CP y regulando de forma específica los aspectos concretos que afectan a los mismos. Esto implicaría que la Ley especial desplaza a la general en todo aquello, pero sólo aquello, que es objeto de una regulación específica, en otras palabras, *especial*.

Otros autores añaden al concepto de especial o específico del DPM el carácter de complementariedad frente al CP, esto es, un derecho especial que complementa al DP. Sin embargo, esta afirmación significa, que ¿en lo no contemplado por el CPM es de aplicación el CP, especialmente en aquellos aspectos que podríamos denominar de la teoría general del Derecho Penal?. A este respecto, es urgente reinterpretar el CPM a la luz de los principios que rigen el CP común, lo cual genera una cierta disfunción dado el carácter posterior del CP de 1995<sup>76</sup>, sobre todo, por la profunda reforma que realiza respecto del

<sup>75</sup> Vid. DE LEÓN VILLALBA, F. J.: «Convivencia del Derecho Penal y el Derecho sancionador militar», en *Derecho Penal y disciplinario militar*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha-Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 9-33.

<sup>76</sup> Tal y como señala JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, no fue posible consagrar de manera exclusiva aquellas cuestiones que suponían una verdadera especialidad de la ley penal militar frente a la ley penal común, ya que, en el momento en el que el Código Penal Militar fue aprobado no estaba determinado qué Código Penal era el coetáneo. Por tanto, es de dudosa técnica legislativa y, por supuesto, supone una gran dificultad en aras a la

antiguo CP de 1973 que, a su vez, se ha visto modificada en numerosas ocasiones durante su corta vida, con la consiguiente y necesaria adaptación a los principios que el CPM debe realizar en la aplicación cotidiana de sus tipos penales.

¿Puede hablarse de un bien jurídico militar? o, en todo caso, ¿debemos hablar de bienes jurídicos contenidos en cada tipo cuya relación de especialidad nace con respecto de cada tipo penal y no de forma genérica?. En un Estado democrático de Derecho, ¿tiene todavía sentido que la disciplina requiera de una justicia proveniente de una jurisdicción que, aunque *salvada* por la Constitución, continúa siendo extraordinaria?, esto es, ¿los bienes jurídicos que protege la disciplina precisan realmente de una justicia administrada casi exclusivamente por militares? La formación militar es intrascendente cuando la actividad del juez consiste únicamente en interpretar y aplicar el Derecho, lo que no es óbice para reconocer unos conocimientos específicos de estos jueces en tanto en cuanto relacionados con la problemática de un sector concreto del ordenamiento jurídico. En este sentido, ¿la disciplina militar, entendida como bien jurídico, se vería atacada o menoscabada en caso de ser controlada por la jurisdicción ordinaria? Los países del entorno (Holanda, Alemania, Francia) sugieren a ese respecto una respuesta negativa.

En esta escala, tampoco el Derecho disciplinario militar es distinto, sustancialmente, al Derecho disciplinario *común* ni protege un sistema de valores diferente del tutelado por cualquier otro régimen disciplinario, únicamente está dirigido a un específico ámbito organizativo. No existe diferencia sustancial entre el régimen disciplinario militar y la conducta debida exigible al resto de los funcionarios del Estado y, por ello, las garantías que rigen los procesos ordinarios deberían emplearse en la jurisdicción castrense y no verse alteradas o socavadas en razón de la especialidad. Debiera ser el principio de lesividad y, en concreto, la delimitación de aquellas conductas que quiebran la disciplina o el servicio produciendo daños o la puesta en peligro de valores estrictamente castrenses<sup>77</sup>.

Llegado el momento de emprender una nueva reforma del sistema penal militar, en el marco de la funcionalidad y estructura de nues-

---

coordinación de los dos cuerpos legales, que el Código Penal Militar proclamase su especialidad con respecto a una ley común todavía *non nata*. En «Sentido y alcance de la actual ley penal militar española»; p. 70. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, por su parte, ha explicado este incidente, remarcando la *grave indeterminación* de la que el CPM *se resiente* (RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El principio de especialidad», p. 150).

<sup>77</sup> En este sentido, FIANDANCA, G.: «Quelle spécialité pour le droit pénal militaire?», pp. 232-234.

tros ejércitos, conviene reflexionar sobre la necesidad del mantenimiento del sistema actual o plantear la integración de la protección de los bienes jurídicos, que conforman ilícitos militares, en el ámbito del CP común.

## 5. Reformulación del modelo del Derecho Penal Militar. La cláusula de salvaguardia

La exposición de motivos de la L.O. 13/1985, de 9 de diciembre que aprueba el CPM, manifiesta, de forma clara, la respuesta que este nuevo código castrense da a las necesidades derivadas de los principios constitucionales y a los avances que desde la ciencia del Derecho Penal ha producido la necesaria aplicación de los mismos, así como de la transformación del Estado autoritario a un Estado Social y Democrático de Derecho con la debida proyección en el ámbito de las líneas de política criminal que han inspirado la últimas reformas en esta materia.

Y si bien no se manifiesta abiertamente la unidad conceptual general respecto del CP, el propio contenido del Título Primero, los reenvíos realizados respecto de las causas de exención de responsabilidad criminal, la remisión a las causas de inimputabilidad comunes<sup>78</sup>, la extinción de la responsabilidad penal e incluso las matizaciones sobre las particularidades propias del ámbito castrense, nos permiten deducir el carácter subsidiario de las normas penales comunes respecto de las especiales militares. Evidentemente, el CPM no tenía como referencia aplicativa el actual CP<sup>79</sup>, de forma que su apro-

<sup>78</sup> El reenvío respecto de las causas de exención de la responsabilidad criminal efectuado por el art. 21 del CPM hace innecesario un tratamiento particular en el ámbito militar, idea ésta reforzada por la interpretación de aplicación favorable al reo las circunstancias que atenúan la responsabilidad han de tenerse en cuenta en el Derecho Sancionador mientras la normativa no lo prohíba expresamente (STS de 9 de junio de 1986, Sala 2ª).

<sup>79</sup> El actual Código Penal Militar es deudor del Proyecto de Código Penal de 1980 y del Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983. Así, los principios penales de los artículos 1, 2, 3 y 4 del CPM, el encubrimiento como forma de participación (artículo 23), la rebaja apreciable en el límite superior de la pena privativa de libertad (artículos 36, 39 y 40) y las reglas para la aplicación de las penas (artículos 35-41) son tributarios del Proyecto de Código Penal de 1980. Por otro lado, del Código Penal de 1983 se han tomado la definición de delito militar (artículo 20), el concepto de reincidencia (artículo 22), las medidas de seguridad (artículo 37), el tratamiento de la rehabilitación (artículo 47) y los delitos contra la Administración de la Justicia Militar (artículos 180-188). Aún con todo, los autores citados coinciden en afirmar que el artículo 5, inspirado por el principio de especialidad, dota al ordenamiento jurídico de

bación en 1995 marca importantes diferencias respecto del vigente en el ámbito castrense, así como la necesidad de realizar una interpretación adecuada de la relación entre el art 5 del CPM y el posteriormente aprobado art. 9 del CP. Y un buen ejemplo es la regulación del principio de responsabilidad subjetiva que establece el art. 20 del CPM mediante la cláusula de la responsabilidad penal por la presencia de una conducta dolosa o culpable. Mantiene la regla de que cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado al menos por culpa, recogiendo la redacción que la L.O. 8/1983 daba al artículo primero del reformado CP<sup>80</sup>.

Esta idea se encuentra plenamente corroborada por el tenor del art. 5 del CPM que, no obstante, en los términos en los que se encuentra redactado requiere una necesaria reflexión. Si bien parece asequible determinar los supuestos en que los preceptos del CP son contrarios a los militares, interpretar la especial naturaleza de estos delitos y observar su grado de compatibilidad requiere un análisis más profundo. Ésta es la llamada por la doctrina cláusula de salvaguardia. En este sentido, se constata la idea de unidad del DPM con el común, de forma que aquel sólo recoge las especialidades propias del ámbito militar y, por tanto, tipifica delitos exclusivamente castrenses por la afección de bienes jurídicos militares<sup>81</sup>, con la única exclusión de aquellos que recaen en la Ley del Jurado. De esta forma, podemos afirmar que el legislador descartó la creación de un único cuerpo normativo que regulara todos los ámbitos del DPM integrados en el penal común.

Al tiempo que esta opción convierte al CPM en una ley especial respecto del CP, también abandona la idea de insertar los delitos milita-

---

coherencia interna al integrar la ley militar como una ley especial. Vid. CALDERÓN SUSÍN, E.: «Comentarios de urgencia al Proyecto de Código Penal Militar»; pp. 10-11. Todo ello terminó por configurar un texto con mayores duplicidades que en otras circunstancias y en los que resulta de una técnica legislativa cuestionable que determinados preceptos del CPM estén directamente inspirados en artículos de textos penales que no han entrado en vigor. Así JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: «Sentido y alcance de la actual ley penal militar española», p. 70, y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El principio de especialidad», p. 150.

<sup>80</sup> La interpretación de esta redacción creó una ardua polémica entre la doctrina que finalmente pudo ser reconducida a la inclusión dentro del citado segundo párrafo de las cualificaciones causadas culposamente, y no de las dolosas que habrían de resolverse mediante la técnica del concurso. Sobre la aplicación del principio de culpabilidad en el terreno militar, vid. ampliamente ESCRIBANO TESTAUT, P.: «El principio de culpabilidad en el Derecho sancionador militar», en *REDM*, 1990, n.º 56-57, pp. 205-284.

<sup>81</sup> JUANES PECES, A.: «Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar», p. 12.

res en el cuerpo del CP, regulando de forma específica los aspectos concretos que afectan a los mismos. Esto implicaría, en palabras de JUANES PECES que «*la ley especial desplaza a la general en todo aquello, pero sólo aquello, que es objeto de una regulación específica en otras palabra especial*»<sup>82</sup>. Otros autores añaden junto a dicho concepto el carácter de derecho complementario del CP Común que aparta el carácter integral de códigos anteriores. De esta forma se crea un derecho especial que complementa al Derecho Penal común<sup>83</sup>.

Pero esta afirmación significa, que ¿en lo no contemplado por el CPM es de aplicación el CP, especialmente en aquellos aspectos que podríamos denominar de la teoría general del Derecho Penal?. JUANES PECES recoge la necesidad de reinterpretar el CPM a la luz de los principios que rigen el CP común<sup>84</sup>, lo cual genera una cierta disfunción dado el carácter posterior del CP de 1995, sobre todo, por la profunda reforma que realiza respecto del antiguo CP de 1973 que, a su vez, se ha visto modificada en numerosas ocasiones durante su corta vida, con la consiguiente y necesaria adaptación a los principios que el CPM debe realizar en la aplicación cotidiana de sus tipos penales.

No obstante, la redacción del art. 5 del CPM, que por si misma requiere un estudio en profundidad para aclarar sus premisas aplicativas, resulta de difícil entendimiento: ¿como el cuerpo normativo de referencia, el CP, que constituye la base sobre la que se desarrolla la norma especial, el CPM, puede entrar en oposición con ésta y, por tanto, quedar fuera de su ámbito de aplicación conforme al citado art. 5 del CPM?. ¿Cómo normas de básica aplicación, sobre la que se construyen aquellas que aportan elementos específicos, pueden oponerse a la naturaleza de los delitos militares? En definitiva, ¿cómo puede una norma especial entrar en contradicción con la básica que le sirve de referencia?. Y consecuencia de ello, ¿cómo es posible que se niegue la aplicación de la norma base en todo aquello que no se encuentre regulado en la norma específica?

LAMARCA entiende que no existe diferencias cualitativas entre el Derecho Penal militar y común, de suerte que «*nos encontramos ante una ley más del Estado de Derecho, ante una ley que se ha querido ar-*

<sup>82</sup> Íbidem., p. 11.

<sup>83</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar complementario», en *REDM*, n.º 77, 2001, pp. 91 y ss. Este recoge posiciones anteriores que lo caracterizan con los mismos términos, así vid. HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: *Curso de Derecho Penal militar español*, Ed. Bosch, 1990, pp. 25 y ss., y NUÑEZ BARBERO, R.: «Derecho Penal militar y Derecho Penal común», en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, 1971-III, p. 721.

<sup>84</sup> Íbidem. pp. 12 y ss.

*ricular técnicamente en forma de Código o de cuerpo separado respecto del conjunto de leyes penales (...): de hecho, si en lugar de un Código penal militar existiese un capítulo de Delitos militares integrado en el Código Penal no se derivaría grave quebranto ni para la Justicia ni para el ejército<sup>85</sup>». Ciertamente, si bien compartimos la vía de integración en el CP, lo cierto es que no podemos compartir la misma interpretación derivada de tal idea puesto que la práctica judicial pone de manifiesto que las implicaciones derivadas de dicha complementariedad, en ningún caso, suponen una verdadera y plena aplicación supletoria del Código Penal al ámbito castrense, tal y como se exigiría de tal razonamiento. En tal sentido, se hace necesario analizar la cláusula del art. 5 del CPM en relación con el art. 9 del CP común, que vino a sustituir y a modificar la línea de interpretación del antiguo art. 7 del CP de 1973.*

Precisamente de esta relación normativa, hace depender la STS (S. 5<sup>a</sup>) de 28 de octubre de 2003 la que denomina *sustantividad propia*<sup>86</sup> del CPM, quebrando la postura tradicionalmente mantenida del carácter especial de la legislación penal militar tanto por la doctrina como por la propia Sala de lo Militar<sup>87</sup>. Dada la transcendencia de dicha declaración transcribimos las palabras literales del Tribunal: *«(...) pasa por determinar cuál sea el carácter que deba atribuirse al Código Penal Militar (CPM), dentro del conjunto del ordenamiento punitivo cuyo máximo exponente es el Código Penal Común (CPC), es decir, si se trata de una Ley especial más o bien si por la naturaleza de la materia que regula, esto es, los delitos militares mediante los que se protegen bienes jurídicos propios de dicho espacio castrense, que se hace preciso preservar para alcanzar los fines que constitucionalmente (art. 8.1. CE) están asignados a las Fuerzas Armadas, nos hallamos ante una manifestación específica del ordenamiento punitivo, con sustantividad propia derivada de sus contenidos y de los peculiares principios que lo informan. Nuestra respuesta debe ser conforme a este último planteamiento atendido su objeto, los delitos militares, las propias reglas de*

<sup>85</sup> LAMARCA PÉREZ, C.: «La competencia de la jurisdicción militar en tiempos de guerra y los delitos contra las leyes y usos de la guerra en el Código Penal Militar», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 1, p. 2.

<sup>86</sup> Vid. más ampliamente sobre el fundamento del Derecho Penal Militar el ya citado trabajo de RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L.: «El principio de especialidad», pp. 120 y ss, y asimismo, «EL Código Penal Militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes».

<sup>87</sup> Sirva de ejemplo la sentencia de 25 de mayo de 1999 que cuando alude a la cláusula de remisión del art. 5 del CPM establece que recoge solamente las especialidades propias del ámbito castrense, tanto en los principios y definiciones como en los tipos penales, para reenviarse en lo demás al CP Común, que se comporta como un código supletorio ante la especialidad que ofrece el código castrense.



*procedimiento y el mantenimiento de una Jurisdicción especial, salva-  
da constitucionalmente (art. 117.5 CE) y enmarcada en el seno de la Po-  
testad Jurisdiccional del Estado que por principio es única (FJ 1º)».*

A partir de dicha declaración mantiene el carácter supletorio del CP común, conforme al art. 9 que, en todo caso, impone la aplicación del Título Preliminar del CP pero condicionando la expresada su-pletoriedad del resto de sus contenidos a lo no previsto expresamen-  
te en el CPM y, en aplicación del art. 5, siempre que lo permita su es-  
pecial naturaleza y no se oponga a los preceptos del CPM.

Antes de analizar la adecuación de tal afirmación y, por tanto, el tipo de relación entre ambos cuerpos normativos y los efectos deri-  
vados de una u otra opción conviene, pues, aclarar los términos de la  
que se conforma como *prius* lógico en la adopción de la solución  
adoptada, es decir, la relación específica y el contenido derivado de la  
aplicación conjunta de ambos preceptos.

#### *5.A. La cláusula de salvaguardia del art. 5 del CPM y su relación con el art. 9 del CP<sup>88</sup>*

La aprobación del CP de 1995, diez años después de que se refor-  
mará y adoptara el CPM de 1985 planteó la necesidad de acotar los  
términos de relación entre ambos textos, sobre todo teniendo en  
cuenta que el militar tomó en consideración textos anteriores al CP  
vigente lo que, tal y como ya hemos señalado, ha provocado no pocos  
problemas de coordinación entre ambos.

El art. 7 del antiguo CP disponía que «no quedarán sujetos a las  
*disposiciones de este Código los delitos y las faltas que se hallen penados  
por leyes especiales. No obstante, sí le serán de aplicación las disposi-  
ciones de este Capítulo*». Este segundo párrafo, introducido por la  
reforma de la L.O. 8/83, requería la aplicación obligatoria de los siete  
artículos recogidos en el capítulo primero del Libro primero del Có-  
digo. El primero, introducido por el CP de 1870 regulaba la aplica-  
ción preferente de la ley especial frente a la general y, lógicamente, la  
interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial se inclinaban  
por el carácter supletorio y no obligatorio de los preceptos comunes,  
que serían de aplicación siempre que expresamente no estuvieran  
prohibidos.

<sup>88</sup> Vid. por todos el extenso estudio realizado sobre el art. 5 del CPM por RODRÍ-  
GUEZ-VILLASANTE, J. L.: «El principio de especialidad», pp. 101 y ss.

El actual art. 9 cambia la dicción del mismo y si bien mantiene la aplicación directa de los preceptos contenidos en el título preliminar del Código de 1995, declara supletorias el resto de disposiciones del Código que regulen cuestiones no previstas en las normas especiales<sup>89</sup>. Es decir, no deja al criterio de los Tribunales la decisión sobre la aplicación o no de los institutos no previstos en la legislación general sino que exige su cumplimiento en aquellos aspectos, situaciones o instituciones no reguladas en los cuerpos específicos. Ello conlleva la aplicación directa del principio de legalidad en sus diferentes modalidades respecto de las penas y medidas de seguridad, el procedimiento de aplicación y ejecución de las mismas, los efectos del principio en cuanto a la retroactividad de las normas penales, aplicación analógica, solicitud de indulto, el principio de responsabilidad subjetiva, la aceptación de las medidas postdelictuales, el criterio de determinación del momento de ejecución del ilícito y, lo que es más importante, a los efectos de interpretación de la especialidad del derecho militar, los criterios de solución del concurso de normas, siempre en atención a las normas vigentes en el momento en que se produzca el supuesto delito militar, es decir, con una clara vocación de actualización de la norma<sup>90</sup>.

Necesariamente, esta cláusula habrá de ser integrada con la aplicación de la de salvaguardia contenida en el art. 5 del CPM, tomando en consideración que el carácter orgánico de ambas normas otorgaría preferencia a la norma posterior, que en este caso sería la contenida en el art. 9 del CP que, además de mantener la aplicación directa respecto de las leyes especiales del título preliminar, mantiene la supletoria del resto de disposiciones del CP. Estos efectos derivan del llamado principio de unidad<sup>91</sup>, por el cual el CPM sólo recoge en su texto «*las especialidades penales específicas militares, remitiéndose para el resto, que es prácticamente todo, al Código Penal Común*»<sup>92</sup>. Principio en base a cuya aplicación, las leyes penales especiales sólo pueden contener la tipificación de determinados delitos y faltas, y no reglas básicas de imputación o atribución de responsabilidad penal (como la definición de delito, reglas del error, definiciones de tentativa) y, en última instancia desarrollos o concreciones de las reglas

<sup>89</sup> Vid. comentario que del art. 9 CP realiza CORTÉS BECHIARELLI en COBO DEL ROSAL, M.: *Comentarios al Código Penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1999, tomo I, pp. 33 y ss.

<sup>90</sup> En este sentido, la señalada STS (S. 5<sup>a</sup>) de 25 de mayo de 1999, Fundamento Jurídico 2<sup>o</sup>.

<sup>91</sup> Vid. DE LEÓN VILLALBA, F. J.: «Convivencia del Derecho Penal y el Derecho sancionador militar»; pp. 14-16.

<sup>92</sup> HIGUERA GUIMERA: *Curso de Derecho Penal Militar Español. Parte General*, p. 35.

contenidas en el CP en sus artículos 10 y siguientes<sup>93</sup>. Este se configura como un criterio básico que dota de necesaria unidad a todo el ordenamiento jurídico-penal. Y es, precisamente, esa falta de unidad la que permite los desajustes aplicativos de aquellas cuestiones no previstas por el CPM y si por el CP, tal y como veremos posteriormente.

Vista la situación, se hace necesario el análisis previo de la citada cláusula de salvaguardia. En este sentido, la redacción del art. 5 del CPM resulta indeterminada en sus términos, si bien clara en su finalidad. El problema es que la presencia del principio de legalidad hubiera requerido una mayor taxatividad en su redacción, así como una mayor determinación respecto de las normas aplicables que, en ningún caso, y tratándose de materia penal, debiera dejarse a la interpretación judicial del bien jurídico afectado y su compatibilidad con la norma prevista en el Derecho Penal. Todo ello en aras a garantizar la seguridad jurídica.

En definitiva, la pregunta a la que debemos responder es si existe realmente una relación de complementariedad o, por el contrario, la llamada cláusula de salvaguardia constituye realmente una norma penal en blanco que permite a la jurisdicción militar completar las necesidades aplicativas de los delitos militares en función de las derivadas de la protección de los bienes jurídicos en juego. La adopción de una u otra vía de interpretación tiene consecuencias bien distintas. En todo caso, parece claro que la adaptación o limitación aplicativa de los principios penales habrá de estar perfectamente fundamentada más allá de la simple consideración de la especificidad propia del Derecho Penal militar, puesto que la mayoría de ellos se derivan del texto constitucional, que no prevé excepciones, o han sido constitucionalizados, como ya dijimos, por el TC. En último extremo el art. 14 CE en combinación con la efectividad de los principios de culpabilidad<sup>94</sup> y presunción de inocencia, dan suficiente respuesta a la cuestión.

Señala HIGUERA GUIMERA, que *«para poder fijar la especialidad o incluso la autonomía del Derecho Penal Militar, es preciso partir de la re-*

<sup>93</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, pp. 78 y 79.

<sup>94</sup> Al margen de la opinión sobre la reforma operada por la L.O. 8/1983 en el artículo 1º del CP, concretamente en su párrafo segundo, el art. 2º del CPM lo reproduce trasladando al ámbito militar, de forma mimética los criterios de responsabilidad objetiva, sin mayores matizaciones. Vid. al respecto, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Principio de culpabilidad, en BLECUA FRAGA, R. y RODRIGUEZ-VILLASANTE, J. L.: *Comentarios al Código Penal Militar*, Edt. Civitas, 1988, pp. 55 y ss.

*gulación concreta del Derecho Penal Común y del Derecho Penal militar de un país, en un período histórico concreto y determinado, y observar sus relaciones recíprocas»*<sup>95</sup>. Son muchos los institutos que, no estando regulados en el CPM, encuentran aplicación mediante su regulación en el CP, verbigracia, circunstancias agravantes, error de prohibición, autoría y participación, etc.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE remarca la bondad del art. 5 «*en cuanto establece el principio de especialidad del texto punitivo castrense y declara la aplicabilidad subsidiaria del Código penal*»<sup>96</sup>, al tiempo que señala la relación de alternatividad entre los delitos comunes recogidos en el CP de 1995 y los delitos militares<sup>97</sup>, como una deficiencia del mismo por cuanto se produce un solapamiento entre ambos. Este autor explica el concepto de especialidad en base a los siguientes criterios:

- el CPM es complementario de la ley penal común;
- la mayoría de sus normas regulan la conducta de una determinada categoría de personas (los militares);
- muchas de sus normas contienen elementos especiales respecto de los comunes. Y ello se deriva el hecho de que la Ley penal militar tiene como finalidad la tutela de intereses jurídicos especiales. Y como consecuencia necesaria, recogiendo la postura de E. CALDERÓN, señala que «si el concepto de complementariedad de las leyes penales militares significa que sólo deben contener (además de los tipos delictivos castrenses) las reglas que se separan del Derecho Penal común, la idea de la complementariedad es secuela necesaria del principio de especialidad»<sup>98</sup>, estableciendo una escala de complementariedad en base a la cual califica el CPM español como parcialmente no complementario o complementario no riguroso<sup>99</sup>.

En definitiva, para analizar el art. 5 debemos distinguir dos parámetros que van a determinar la aplicación de las normas penales comunes al ámbito castrense:

<sup>95</sup> *Curso de Derecho Penal Militar*, p. 30.

<sup>96</sup> *Íbidem.*, p. 98.

<sup>97</sup> Destaca como ejemplos: delitos contra la seguridad y defensa nacional (traición, espionaje y revelación de secretos), delitos contra las leyes y usos de guerra (en relación con los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) los delitos contra la Administración de la Justicia Militar y contra la Hacienda en dicho ámbito. *Íbidem.*, p. 97.

<sup>98</sup> *Íbidem.*, p. 99.

<sup>99</sup> *Íbidem.*, p. 101.

1. Que no exista una norma específica aplicable al caso en el CPM. Resulta evidente que si el legislador optó por regular específicamente un aspecto concreto con las matizaciones propias del Derecho militar, la norma común habrá de quedar relegada dada su generalidad y, en consecuencia, por la falta de cobertura al hecho concreto. Si mantenemos el criterio de especialidad unánimemente acogido por doctrina y jurisprudencia este se constituye en un elemento pacífico que únicamente requiere su determinación.

2. Que la norma sea compatible con la naturaleza de los delitos militares y, acumulativamente, no se oponga a los preceptos del CPM. Al margen de la dificultad interpretativa que conlleva su redacción, se enfrenta en sus propios términos a la obligación de aplicar el texto penal común en su conjunto, una vez constatada la presencia del primer requisito. En otras palabras, si no existe norma penal militar aplicable al caso el Código común resultaría aplicable en todos sus extremos con los matices propios del ámbito militar, que en nada han de limitar aquellos preceptos que directamente expresan el texto o la voluntad constitucional, como ya hemos señalado. Pero ¿qué normas son compatibles con la naturaleza de los delitos militares? o mejor ¿qué normas son incompatibles con los delitos militares? o ¿quizás sea más correcto hablar de compatibilidad con los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal militar?

Al margen de la indeterminación que esta cláusula conlleva y que deja al criterio del aplicador su interpretación, debemos tomar en consideración las palabras iniciales del preámbulo del CPM que cita los principios constitucionales y el progreso experimentado por la ciencia del Derecho Penal como inductores de la creación del nuevo Código en el que tienen acogida las más depuradas técnicas sobre la materia, entiendo penal material. Si bien la praxis utiliza la interpretación taxativa de la norma, en otras, acertadamente, utiliza el de la adecuación al fin de protección del bien jurídico. En esta línea, la jurisprudencia de la Sala 5ª realiza una interpretación restrictiva del concepto de complementariedad, con base en la relación entre los arts. 5 y 44 del CPM y del art. 9 del CP, por la que niega a los militares los beneficios de la suspensión condicional de la condena por razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina, es decir, por entender que la especial naturaleza de la alternativa penal se opone a los preceptos del CPM; por razones de legalidad, relacionadas con el veto a la aplicación analógica de una pena no prevista en el arsenal punitivo del CPM (vid. por todas, la STS de 28 de octubre de 2003 mencionada). Ambos criterios resultan criticables por cuanto parten de una concepción arcaica de la disciplina, de una interpretación errónea de la Suspensión de la pena como una pena no

contenida en el Código y, en definitiva, por vetar a los fines de la pena militar el ámbito de la prevención especial.

Cabría preguntarnos si la disciplina ha de protegerse siempre primando criterios de prevención general, si puede primarse la prevención general en la protección de un bien jurídico soslayando la búsqueda de la efectividad individual, como regla común sin atender al caso concreto como resulta exigible en toda ponderación penal, y si esta línea de interpretación se adecua a las línea constitucional sobre los fines de la pena elaborada por el propio TC en la que se dan cabida eclécticamente a fines preventivos, siempre bajo el predominio de la prevención especial, en este ámbito, orientada a la cualidad militar del sujeto activo y orientada bajo las exigencias de los valores militares objeto de protección.

### *5.B. ¿Especialidad, integración o sustantividad del DPM?*

El marco descrito hasta ahora describe un panorama conservador de la situación actual ante una posible reforma de la legislación material penal militar. Analicemos esta afirmación desde diversas cuestiones que, a priori, podrían refrendar la preferencia de tratamiento integrado en el CP y las modificaciones que el actual sistema reclama. No obstante, antes de continuar se impone una aclaración conceptual importante respecto del concepto de integración o, al menos, respecto del sentido final que queremos darle en este texto, que no es otro que el de su incorporación al Derecho Penal.

Si analizamos los escasos artículos que han examinado este problema, al hablar de Derecho penal militar integral o de Código integral aluden al conjunto normativo o conjunto de normas que regulan de forma autónoma el sistema penal militar, incluyendo tanto la regulación de la parte general como la especial, sin mayor necesidad de completarlas con las prescripciones generales o especiales del código común. En este sentido, podemos dar como agotada esta vía de construcción normativa en un contexto jurídico integrador como el que se corresponde con nuestro Estado de Derecho y la concepción derivada de la CE de 1978.

Integración, en el sentido que aquí queremos darle, significa considerar la posibilidad de introducir la regulación correspondiente a los bienes jurídicos militares así como las peculiaridades que la regulación castrense puedan mostrar en el texto penal común, con las matizaciones, especificaciones y adaptaciones necesarias. Y, a partir de esta consideración, la necesidad de someter a crítica el manteni-

miento de su enjuiciamiento por Tribunales estrictamente militares, y valorar la creación de secciones especiales en la jurisdicción ordinaria (especialmente la posibilidad de creación de Tribunales especializados en el ámbito competencial de la Audiencia Nacional) o el traslado de su potestad a estos últimos, cuestión ésta que no abordaremos aquí dada la brevedad de esta reflexión.

En términos generales RODRÍGUEZ-VILLASANTE plantea dos cuestiones de necesaria reflexión en torno a la cuestión aquí debatida: partiendo de la necesidad de evitar problemáticas reiteraciones de conductas ya incriminadas en el Código Penal, así como indeseables consecuencias como la de conducir a la degradación de determinadas conductas al campo disciplinario, por la lenta actuación de los tribunales ordinarios<sup>100</sup> resulta imprescindible que,

1.<sup>a</sup> La jurisdicción militar conozca en tiempos de paz de los delitos militares, completando el criterio de la atribución por razón del delito militar con el lugar de perpetración, la persona responsable, daño a bienes castrenses, o la combinación de los anteriores.

2.<sup>a</sup> La elaboración de un concepto de delito militar que incluya, además de los delitos estrictamente militares, aquellos otros delitos tipificados en el CP que, por sus circunstancias de lugar, persona y afección al servicio, se puedan cualificar como delitos militares.

Ambas soluciones se asientan sobre la necesidad de mantener un cuerpo legal material independiente que tipifique las conductas que afecten a bienes jurídicos militares en los términos expuestos, derivada de su carácter especial. Desechada la idea de un código integral que regula de forma independiente el contexto normativo de tipificación y aplicación de los delitos militares, la propia evolución del sistema en nuestro país y en la mayoría de los sistemas europeos, ha conformado un sistema complementario o parcialmente complementario, que remite al Derecho Penal en lo no contemplado, regula determinadas especificaciones de la parte general acordes con el funcionamiento de los bienes jurídicos protegidos y, por último, contiene la tipificación propia de las conductas que afecten a los intereses castrenses, con las dificultades propias que en ocasiones pueden surgir en su delimitación<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «El derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar complementario», pp. 96 y 97.

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE utiliza la denominación de «parcialmente complementario» y aporta criterios que nos permitan delimitar tal naturaleza en supuestos de conductas que afecten a varios bienes jurídicos. Así habrá que distinguir entre los delitos que afectan a bienes jurídicos militares, aquellos que afectan también a delitos comunes pero con un claro predominio del interés militar, aquellos militares que describen

Esta es la solución que contempla el Proyecto de Código Penal Militar realizado y publicitado en 1991, por un grupo de especialistas en Derecho militar, sobre la noción de delito militar cometido «*por militares en determinadas circunstancias (acto de servicio o infracción de los deberes inherentes a la condición militar), entre las que pueden ser relevantes el lugar de comisión o la producción de un daño efectivo a la Administración militar, atenten contra un bien o interés jurídico cuya tutela penal puede encuadrarse en el ámbito estrictamente castrense*»<sup>102</sup>. Dicho proyecto, resulta coherente con el mantenimiento de un texto penal independiente pero totalmente complementario con el Código Penal y que adecua la justicia material militar a las necesidades propias de nuestro sistema tanto en su proyección interna como internacional y, por tanto, se conforma como una base idónea para una futura reforma.

Partiendo de dichas premisas, y la tendencia histórica a disciplinar en un único cuerpo legal la creación de tipos penales a lo largo de nuestra evolución legislativa, lo cierto es que el principio de unidad del ordenamiento en clara conjunción con la necesidad de construir un sistema aplicativo de todo el programa penal de la Constitución española, desde el parámetro de la igualdad de tratamiento de situaciones iguales desde el punto de vista de un Derecho penal del hecho y no del sujeto, hace necesaria la reflexión de una tercera vía de tratamiento de la justicia penal militar (considerando como segunda vía la apuntada por RODRÍGUEZ-VILLASANTE). En palabras de JUANES PECES el Derecho Penal Militar, como Ley especial, «*responde a los mismos principios, que contiene las mismas garantías, que aplica el mismo concepto de delito y que no se separa de la legislación común en lo concerniente a la naturaleza y fines de la pena (...)*»<sup>103</sup>. Este contexto, nos debe llevar a plantear una tercera vía normalmente no considerada en nuestro sistema pero que ya ha sido puesta en funcionamiento en algunos países europeos: la introducción de la regulación de los bienes jurídico-militares en el Código Penal común y su aplicación por la jurisdicción ordinaria, con la posibilidad de secciones especiales o su incardinación competencial en la Audiencia Nacional, o como paso intermedio por la propia jurisdicción militar, mediante la creación de

---

un tipo básico común en los que las circunstancias de acción los configuran como militares y aquellos delitos comunes en los que las circunstancias de persona, lugar de comisión o la presencia de un bien jurídico castrense. Vid. «El derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal Militar complementario», pp. 100-102.

<sup>102</sup> Ibidem., pp. 103. En la nota inicial se da cumplida cuenta de los contribuyentes a la elaboración del Proyecto.

<sup>103</sup> Cfr. JUANES PECES, A.: «Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar», p. 9.



tipos agravados por la afección a bienes jurídicos militares esenciales o el carácter pluriofensivo de la conducta.

A mayor abundamiento de esta idea, la propia exposición de motivos de la L.O. 10/1995 nos ofrece un criterio de apoyo trascendente. En dicha exposición se parte del carácter no universal de nuestro CP, calificando tal pretensión de innecesaria y perturbadora, a favor del mantenimiento de leyes especiales. Y para realizar tal afirmación se apoya, principalmente, en dos aspectos fundamentales: la subordinación de las leyes especiales a la Constitución y al control jurisdiccional de la constitucionalidad y, segundo, la falta de estabilidad y fijeza de determinados ámbitos que, por su constante evolución, requieren de un contexto normativo independiente. Y aún puede desprenderse un tercer criterio para valorar la posibilidad, la tradición, pero no la patria sino la de los ordenamientos jurídicos que conforma el contexto de integración y desarrollo de nuestro sistema normativo. Las palabras de la exposición son: *«por lo demás, ésa es nuestra tradición, y no faltan, en los países de nuestro entorno, ejemplos caracterizados de un proceder semejante»*.

Apoyado en el texto constitucional y proyectados los principios penales en el CPM, nada hay que objetar al primero de los argumentos ofrecidos por el legislador. Pero si tomamos en consideración el segundo, observamos que lejos de configurarse las materias militares como normas en constante evolución o que por razones técnicas requieran una constante adaptación, la quietud del ámbito castrense y de sus normas, aún en momentos como el actual de evolución funcional y desarrollo de nuevos contextos operativos, permite la adopción de una normativa integrada en el cuerpo principal del CP y la ausencia de razones específicas, desde este punto de vista, que requieran un cuerpo jurídico propio.

A mayor abundamiento, de todas las ideas previamente expuestas y que refuerzan esta postura, la tradición a la que alude el legislador, cotejando nuestro sistema con los ordenamientos que podemos considerar de referencia, tal y como ya apuntamos, nos ofrece una clara evolución hacia esta tercera vía.

### *5.C. Algunas cuestiones en la aplicación práctica del Derecho Penal Militar*

Antes de realizar una propuesta de tratamiento futuro sobre la normativa penal militar, parece adecuado realizar siquiera una pincelada de algunas cuestiones que, en la praxis diaria de la jurisdicción

militar denotan o connotan la relación con el Derecho Penal, en orden a su posible diferenciación y sustanciación como cuerpo legislativo independiente. Cuestiones como la aplicación del principio de legalidad en relación con la estructura de la norma penal y el sistema de penas y sus alternativas, preferentemente, marcan el pulso de la relación entre ambos cuerpos legales.

Y para comenzar este repaso, debemos partir de la aplicación del principio de Legalidad, que extiende sus efectos en el Derecho Penal castrense. En todo caso, la diferencia habrá de ser buscada en el contenido material de los dos elementos que la componen, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica derivada de su realización.

Como bien señalan BERDUGO GÓMEZ-ARROYO ZAPATERO, «*el intento de superar una consideración meramente formal del delito ha de llevar al jurista a plantearse cuál es el concepto material del mismo (...). El punto de partida para la formulación de un contenido material de delito ha de constituirlo la función que pretende el Derecho Penal*»<sup>104</sup>, de forma que, el bien jurídico constituye el eje central y la finalidad buscada los cimientos de su construcción.

Y, precisamente, la configuración del delito militar y, en especial, del bien jurídico militar constituye el núcleo sobre el que construir el modelo de Derecho Penal militar del siglo XXI. La pregunta es ¿si podemos hablar de un derecho penal sustantivo militar por la presencia de bienes jurídicos especiales? O ¿si resulta más correcto hablar de normas especiales que contienen bienes jurídicos militares? Parece claro que el sentido de especialidad derivado de la dogmática penal alude a la presencia de normas que contienen todos los elementos descritos en una norma común o genérica, y añade algunos específicos. Frente a este concepto, el uso jurisprudencial y dogmático del término en relación con el Derecho Penal Militar parece aludir a la presencia de unos bienes jurídicos esenciales para el mantenimiento del buen funcionamiento y de la estructura castrense. Pero es evidente que el CP no contiene regulación alguna respecto de la mayoría de los delitos tipificados en el Libro II del CPM que sirvieran de referencia para predicar su especialidad, aunque si respecto de alguno de ellos como los referentes a la defensa nacional. Parece más bien que el concepto de especialidad, en estos casos, se utiliza de una forma alternativa ya que alude a la presencia de un bien esencial para el mantenimiento de nuestros ejércitos o de su funcionalidad, es decir, a la presencia de un bien jurídico penal militar. Por el contrario, el Libro I, junto a conceptos propiamente militares, si que contiene nor-

<sup>104</sup> VARIOS: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Experiencia, 2004, p. 23.

mas que añaden algún elemento más que la propia contenida en el CP, en particular, las referentes a las causas que eximen de responsabilidad criminal, atenuantes, penas y su duración, cumplimientos de la pena, etc. En general, aquellas que adaptan las normas comunes al contexto militar, de las que podemos predicar su carácter especial.

Aclarada esta cuestión, resulta evidente la presencia de bienes jurídicos esenciales, que no especiales, en el orden militar cuya conformación obedece a la conjunción de elementos propios del ámbito castrense y aquellos otros derivados de la evolución experimentada en los últimos veinte años por las Fuerzas Armadas tanto respecto de su composición con la profesionalización de su personal, como desde el punto de vista funcional, y su necesario reflejo en el estatus jurídico del militar, compatibilizados con el mantenimiento de la jerarquía *«manifestada en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa cohesión que obliga a todos por igual»* (ATC 375/1983, de 30 de julio). Esta declaración del alto tribunal se realiza al hilo de la importante misión que el art. 8.1 CE asigna a las FFAA: garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y su ordenamiento constitucional.

Cuestión distinta es la determinación de aquellos rasgos que requieren la delimitación de los delitos militares o la utilización del concepto de especialidad como criterio clasificatorio de los diversos formas utilizadas en los diversos sistemas jurídicos, ya comentados. En este sentido, RODRÍGUEZ-VILLASANTE, respecto del Anteproyecto de la Asociación de Magistrados Militares italianos, destaca la afección de objetos jurídicos estrictamente castrenses como criterio esencial para el mantenimiento de la especialidad militar<sup>105</sup>, cuando en realidad estamos hablando de normas especiales por el bien jurídico protegido, verbigracia la afección al servicio, la condición militar del sujeto activo, la comisión del hecho en lugar militar o la producción de un daño para el servicio en lugar militar. Elementos que van a dotar de carácter específico a la norma y, por tanto, de la jurisdicción actuante, pero que no requieren esencialmente una regulación ad hoc que la cualifique.

Al margen de las consideraciones derivadas de *«(...) la gravedad y especial significación castrense de las conductas derivadas del hecho de que el autor sea militar, con profesional y constitucional misión de*

<sup>105</sup> «Recensión a la Rassegna della Giustizia Militare», T. XVII, en REDM, n.º 59-60, 1992, p. 630.

*defender la soberanía del territorio y la independencia de la Patria»<sup>106</sup>, la protección de bienes jurídicos vinculados al mantenimiento de la estructura y funcionalidad del ejército permite, igualmente, la autoría o participación de civiles en la producción de daños directos o indirectos en supuestos de delitos pluriofensivos, sin que por ello podamos extraer como consecuencia la necesidad de un cuerpo normativo sustantivo, sino que permite por vía de la agravación o de la concreción de tipos especiales propios e impropios, cubran suficientemente la responsabilidad penal desde el punto de vista subjetivo.*

Respecto de las consecuencias jurídicas anejas al presupuesto de hecho, al margen de la obvia necesidad de actualización al sistema punitivo actual y los vacíos generados por la remisión a un CP que no es el actual<sup>107</sup>, no pueden establecerse diferencias sustanciales en su regulación. La única pena privativa de libertad es la prisión y no se prevé la de multa, ni medidas de seguridad, relegando las prescripciones del principio de culpabilidad a un segundo plano, que sólo puede compensarse por el arbitrio de las reglas de dosimetría punitiva derivadas de los arts. 35 a 41 del CPM. Según éstas, en lo no regulado debieran aplicarse las reglas de los artículos que comprende el Capítulo II del Título III Libro I del CP (61 al 79).

Ello nos lleva a resaltar la ausencia aplicativa de las medidas sustitutivas de los arts. 88 y 89 del CP por la jurisdicción militar, como ya señalamos, en base a criterios de legalidad y a la necesaria remisión a la regulación de la Condena condicional, conforme a la terminología del Código Penal de 1973, actual Suspensión condicional de la pena contenida en los arts. 80 a 87 del CP, dado lo exíguo de la regulación ofrecida por el art. 44 del CPM, que la aplica, únicamente, a los penados que no pertenezcan a los Ejércitos. Así se establece en el art. 368 de la LOPM de 1989, que remite a esta legislación.

La razón ya aludida de no aplicación a los miembros de los ejércitos es la búsqueda primordial de prevención general falsamente identificada con la búsqueda de la ejemplaridad vinculada a la disciplina y, por más que la STS (Sala V) de 26 de enero de 1998, *ad exemplum*, se empeña en resaltar tal idea, no entra ni considera la posibilidad material de su aplicación y justifica tal omisión únicamente en base a criterios formales de la tradición castrense. En este sentido

<sup>106</sup> Cfr. ALVAREZ GARCÍA, F. J.: «Sección Legislativa. Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar», en *ADPCP*, fasc. I, T. XXXVIII, 1985; p. 120.

<sup>107</sup> Vid. HIGUERA GUIMERA, J. F.: «Clases y duración de las penas, y penas accesorias en el Código Penal Militar», en PÉREZ ESTEBAN, F.: *El Derecho Penal y Procesal Militar en la reforma de las normas comunes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 473.

parece obvio, una vez más, que la búsqueda de prevención general no resulta incompatible con la aplicación de alternativas que, en todo caso, tienen una naturaleza potestativa y se someten a condiciones que, en muchos casos, pueden ser más gravosas que el propio cumplimiento de la alternativa. En este sentido, la actual configuración de las condiciones de obligado cumplimiento impuestas en el art. 83 del CP, y el carácter de alternativa que busca la introducción en el sistema penal de medidas necesarias que individualicen el tratamiento del penado.

Al margen de que, como ya ha señalado algún autor<sup>108</sup>, dicha prohibición de aplicación puede afectar al principio de igualdad en su vertiente no discriminadora, lo cierto es que el carácter especial de la regulación militar no puede abrogar la norma general, sino matizarla en el marco de preservación de aquellas características que se consideran básicas en la regulación de referencia, sin que en ningún caso pueda llegarse a su negación ya que entonces no existe especialidad, sino una regulación distinta. Sobre todo debemos subrayar con mayor intensidad el carácter potestativo, lo que en buena lógica permite al juez o tribunal sentenciador valorar la oportunidad de su aplicación, pero en ningún caso negarle de antemano tal recurso, cuando constituye uno de los pilares básicos sobre los que se apoyó la reforma introducida por el CP de 1995 respecto de las consecuencias jurídicas de los ilícitos. Sobre todo si tomamos en consideración la suspensión prevista en el art. 87 del CP para sujetos con dependencia a las drogas, y naturaleza claramente preventiva especial. En este caso, las circunstancias del sujeto que pueden llevarle a perpetrar un ilícito penal deberían ser igualmente objeto de valoración y consecuente aplicación de aquellas medidas que por mandato constitucional (art. 25) incidan en la normalización del sujeto, puesto que la conducta criminal se asocia directamente a las mismas.

¿Resulta aplicable el mismo criterio respecto de la regulación de las formas sustitutivas de la pena privativa de libertad contenidas en los arts. 88 y 89 del CP? El elemento de partida en la valoración de este punto, debiera ser, necesariamente, la identidad respecto de los fines de la pena. Sin embargo, la línea seguida por la Sala 5ª del TS imposibilita la aplicación de las medidas sustitutivas previstas en el CP de 1995 al ámbito militar, en virtud del principio de legalidad de las penas, como ya adelantamos<sup>109</sup>. El TS rechaza su aplicación dado

<sup>108</sup> HIGUERA GUIMERÁ: *Curso de Derecho Penal Militar español*, p. 511.

<sup>109</sup> Vid. por todas la STS de 7 de abril de 2005: Tal y como hemos razonado con anterioridad, ese principio de legalidad restringe las penas a imponer por los delitos que figuran en el catálogo de los tipos acogidos en el Código Penal Militar a aquellas

que el CPM no contempla la pena de multa, lo que trunca la posibilidad de sustitución en aras a la incolumidad del citado principio. Pero ¿realmente se afecta al principio de legalidad cuando existe una cláusula que remite al CP respecto de lo no contemplado en el CPM? En definitiva, ¿lo importante no será determinar el grado de compatibilidad con el ámbito castrense desde la perspectiva constitucional? y, en su caso, promover las reformas necesarias para adecuar el arsenal punitivo militar a la realidad actual así como sus reglas de aplicación que en nada habrán de diferir de las comunes.

Otro elemento de gran importancia, es la determinación de la pena. Al respecto, la STS (S 5ª) de 11 de diciembre de 1994, en aplicación del art. 5 del CPM imposibilita la aplicación de los arts. 61.1 y 62 del CP de 1973, actuales 66 y 72 respectivamente, al no estar las penas militares divididas en grados. Entendemos que dicha interpretación debiera sufrir una modificación a la luz de la realizada respecto del art. 9 del CP, pero sobre todo dada la configuración que el nuevo CP realiza al establecer los criterios de dosimetría punitiva y especialmente el art. 66 al regular el juego de las circunstancias modificativas de la pena y, en general, el mandato de adecuación propio de la materia penal.

La criticable diferencia que marca el art. 40 del CPM, respecto de la configuración del grado superior o inferior, que con una terminología que induce al error, añade un tercio de la pena o lo resta, marcando una mayor intensidad punitiva respecto de su homólogo, el art. 70 del CP que añade o resta la mitad de la cuantía del límite inferior o superior de la pena. En todo caso, parece evidente, tal y como pone de manifiesto CALDERÓN SUSÍN, que el carácter complementario del Código Penal hace aplicables la mayoría de las normas contenidas en este y que contribuyen a concretar la pena al desvalor del injusto<sup>110</sup>.

Tras estas cuestiones subyace otro tema no menos importante, cual es el de los fines de las penas. Responder a la pregunta sobre los fines del Derecho Penal Militar y su adecuación a los fines de la pena establecidos en la CE y por las Sentencias del TC, y el juego de la pre-

---

que en el mismo Código se establecen; ampliar el marco normativo del Código Penal Militar, haciendo uso de una institución que en dicho Código no figura, como es la sustitución de penas, e imponiendo una distinta a las que se recogen en el sistema penológico cerrado que figura en el Código Castrense, significaría ampliar el ámbito de aplicación de la ley penal común e incidir en la creación judicial del derecho, que el principio de legalidad proscribire» (f.j.1º).

<sup>110</sup> Aplicación de las penas (Arts. 35 a 41). En BLECUA FRAGA, R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J.L.: *Comentarios al Código Penal Militar*, pp. 553 a 556.

vención general sobre la especial, en un contexto en el que los valores de la institución marcan la pauta de su contenido. Al margen de la valoración derivada de la falta de aplicación del beneficio de la suspensión condicional de la pena por razones de ejemplaridad, directamente vinculadas con la disciplina y la omisión de la posibilidad de sustituir la pena, en gran medida por la falta de concordancia con el nuevo CP, puede afirmarse el predominio de la prevención general sobre la especial. Esta idea adquiere sentido respecto de conductas realizadas en tiempos de guerra pero que necesariamente requiere una ponderación en tiempos de paz, sobre todo tomando en consideración cuestiones como la profesionalización de los militares y el nuevo panorama funcional de nuestros ejércitos en la actualidad, cuestión ya tratada.

Si partimos de la consideración del militar como un profesional más en el ejercicio de sus funciones, independientemente de la altura cualitativa de las mismas, la cuestión es que la existencia de éste particular ámbito normativo, supone un conjunto de especialidades que someten a los militares a un régimen más restrictivo del común y debemos plantearnos si dicha situación se encuentra plenamente justificada por los fines que la inspiran y si, el interés colectivo puede fundamentar determinadas limitaciones en derechos fundamentales de las personas, en un ámbito normativo tan técnicamente delimitado como el sancionador, reflejo de un Estado garantista pero sobre todo, de un ejército contextualizado funcionalmente en la situación internacional actual.

El art. 8 de la CE determina la función de las Fuerzas Armadas, así como la base orgánica de su regulación, que establecerá la organización militar conforme a los principios constitucionales. Y a partir de esta delimitación funcional se establece toda una serie de restricciones al estatus de militar. En este sentido, podemos establecer como primer parámetro o regla directriz, que la Constitución española establece excepciones a la aplicación de algunos de los derechos contenidos en los arts. 14 a 29, capítulo segundo sección primera, del título primero del texto fundamental.

En segundo lugar, el propio art. 25, pieza clave en la configuración de nuestro sistema penal, a sensu contrario, admite que la Administración militar puede imponer sanciones que impliquen la pérdida o limitación de la libertad deambulatoria. Técnica ésta que utiliza igualmente el art. 26 respecto de los tribunales de honor que, por tanto, tendrán cabida en el ámbito castrense, no así en el civil, si bien fueron derogados por la LO «/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

El art. 28 instituye un límite que puede llegar a la excepción, tal y como ha ocurrido, del derecho de sindicación a los miembros de las Fuerzas armadas y demás cuerpos sometidos a disciplina militar y el art. 29, que restringe al ejercicio individual del derecho de petición a los miembros de dichos cuerpos, conforme a la legislación específica.

A estos hay que añadir las severas limitaciones de los derechos de asociación y de manifestación, si bien con la forzada apertura realizada por nuestro Tribunal Supremo respecto del primero con un buen exponente en la SAN de 14 de enero de 1998 y la STS (s. 3<sup>a</sup>) de 16 de marzo de 2005 que haciéndose eco de la legitimidad de los fines perseguidos, reconoció el ejercicio de tal derecho mediante la inscripción de la Asociación Unificada de Guardias Civiles.

Debemos entender respecto del resto de derechos que sólo las especialidades que de los mismos puedan derivarse mediante Ley Orgánica, que en todo caso respetarán sus contenidos esenciales (art. 53 de la CE), podrán matizar su aplicación efectiva.

El colofón a este peculiar tratamiento lo constituye la excepción implícita al principio de unidad judicial (art. 117.5), ya señalado, que en palabras de PARADA creó «una verdadera reserva o garantía institucional de la Justicia militar»<sup>111</sup>.

En este sentido, la línea de comentario de los escasos tratadistas del tema, viene definida por la evidencia de la necesidad de demostración y afianzamiento de la disciplina castrense<sup>112</sup>, lo que refuerza la búsqueda de prevención general negativa y el aplacamiento de cualquier ímpetu indisciplinario, al tiempo que el reforzamiento, según estos autores, mucho más necesario en este ámbito de la norma militar. Este hecho permitió explicar el mantenimiento de instituciones como la pena de muerte hasta 1995<sup>113</sup> y prácticas legales como la aplicación de sanciones privativas de libertad para ilícitos leves y la mutilación de las alternativas a dichas penas.

<sup>111</sup> PARADA, R.: «Toque de silencio por la Justicia Militar», p. 30.

<sup>112</sup> A modo de ejemplo vid. ESCRIBANO TESTAUT: op. cit., p. 258 y ss.

<sup>113</sup> Con la promulgación de la Constitución y por mandato del art. 15, la pena de muerte se convirtió en un vestigio reservado para los tiempos de guerra. No obstante, la pena de muerte en España sería finalmente abolida para tiempos de guerra por la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre. La propia Exposición de Motivos de la Ley hace referencia al derecho que a la vida e integridad física y moral consagra el art. 15 CE, así como a la excepción que este mismo texto recogía para los tiempos de guerra. Sin embargo, como tal excepción, no resulta obligada o imperativa para el Legislador, el cual dispone de plena libertad para abolirla. Es de resaltar el influjo que las legislaciones de los Estados más avanzados en materia abolicionista tuvo en esta decisión de política criminal y el impacto de diversos instrumentos convencionales internacionales, como el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos.



La pregunta de nuevo es si dichas prácticas son compatibles, por la finalidad última que las justifica, con el sistema penal común actual, ¿no estaremos confundiendo prevención general con la búsqueda de penas desproporcionadas y ejemplarizantes que extralimitan la afcción de bienes fundamentales de los imputados?. La STS (s. 5<sup>a</sup>) de 1 de julio de 1991 apoyó una reducción de la pena por el largo transcurso del tiempo desde la perpetración del ilícito que había borrado gran parte de la alarma que el delito pudo provocar y, tomando en consideración la utilidad de la pena desde el punto de vista de la ejemplaridad, pudo considerarse mermada.

Sorprende que el comentario generalizado acepte plenamente la aplicación del meritado principio tanto en el terreno penal como disciplinario, con una clara proyección en éste último tendente a garantizar la presencia de criterios graduadores de la sanción y de límite a la actuación discrecional de la Administración militar<sup>114</sup>. Pero lo cierto es que muchas de las consecuencias previstas para la realización de conductas infractoras superan, sin parangón alguno, las sanciones penales comunes sin que los fines buscados lo justifiquen. No resulta entendible que la salvaguardia de la disciplina y el mantenimiento de la escala de mando impidan la aplicación de algunas de las medidas citadas, dañando el principio de adecuación por cuanto llevan la intervención penal más allá del criterio de necesidad, pudiendo utilizar otras técnicas menos dañinas para la consecución de los fines buscados, en definitiva, la vulneración del principio de proporcionalidad como necesidad de adecuación y necesidad respecto del tipo de sanción utilizada<sup>115</sup>. En sentido contrario, se quiere ver en la jerarquización cuantitativa de ilícitos entre el ámbito disciplinario y penal militar una clara proyección del principio de intervención mínima<sup>116</sup>, cuando de lo que se trata en este caso, es de la adecuación y proporcionalidad en sentido estricto de las sanciones, especialmente respecto de las privativas de libertad y algunos derechos relacionados con el ejercicio profesional.

<sup>114</sup> MARTÍNEZ MICO, J. G.: «El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias penales», en *REDM*, n.º 74, 1999, pp. 55 y ss.

<sup>115</sup> JUANES PECES señala en un voto particular realizado a la STS de 21 de septiembre de 1988, que «la disciplina es un valor fundamental en el Ejército y como tal lo protegen las Leyes, pues sin disciplina no pueden existir los mismos; pero a la hora de exigir responsabilidades para tales desobediencias también han de tenerse en cuenta otros valores que están en la esencia del Derecho Penal y de la Constitución, como son el principio de intervención mínima y el de proporcionalidad».

<sup>116</sup> ESCRIBANO TESTAUT: op. cit., p. 259.

Tanto el art. 35 del CPM<sup>117</sup> como el art. 6 de la L.O. de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas<sup>118</sup>, recogen de forma expresa el mandato de proporcionalidad o prohibición de exceso de las sanciones a imponer, estableciendo los criterios que habrán de ser tomados en consideración a la hora de individualizar la pena y que permiten, igualmente, considerar la existencia de una motivación fundada tanto en las sentencias como en las decisiones disciplinarias. Y la jurisprudencia ha puesto de manifiesto este importante paso, así la STS (S. 5ª) de 21 de enero de 1991, que destacaba la línea marcada por la reforma en aras a posibilitar la aplicación del principio de proporcionalidad mediante la introducción de criterios de individualización de la pena, que doten a los jueces de criterios para llevar a cabo su juicio de razonabilidad en la determinación de la pena (STC de 26 de noviembre de 1984). Criterios, entre los que destaca la función militar, conforme al art. 35 del CPM, concepto definido en la STS (s. 5) de 22 de diciembre de 1989 en el sentido de distinguir entre función militar de carácter ordinario, habitual o normal y otra de tipo extraordinario, excepcional o especial. En definitiva, se trata de destacar la relevancia de la actuación, la posibilidad de sustituir al sujeto que la realiza o, por el contrario, si se trata de una actuación que el sujeto ha de realizar por sus especiales características o conocimientos, que la hacen difícilmente sustituible.

El problema, entiendo, que ha sido la utilización de un criterio excesivamente conservador por el legislador a la hora de dotar de un arsenal moderno y adecuado de sanciones a éste orden. El mero hecho de considerar el estatus militar no justifica *per se* la adopción de medidas más duras que las contenidas en el régimen común. Resulta expositiva, de esta situación, la STS (s. 5ª) de 21 de septiembre de 1988, siendo ponente Jiménez Villarejo, en el que al margen de la adopción

<sup>117</sup> «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, su graduación, función militar, 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».

<sup>118</sup> «Las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardarán proporción con los hechos que las motiven y se individualizarán atendiendo a las circunstancias que concurran en los autores y a las que afecten o puedan afectar al interés del servicio. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de militar de reemplazo para graduar las sanciones con menor rigor. La condición de alumno y el desarrollo de sus actividades en centros docentes militares de formación y en otras Unidades, centros u organismos donde se encuentren completando la misma, serán tenidos especialmente en consideración en la aplicación a los mismos de los preceptos de esta Ley».

de una solución contradictoria del principio de legalidad, llama la atención el razonamiento para el mantenimiento de una sanción disciplinaria por comportamientos homosexuales tras la destipificación de tal conducta en el art. 352 del Código de Justicia Militar, puesta de manifiesto por un voto particular. Dice la citada sentencia, y con ello queremos resaltar la necesidad de justificar en las sentencias el cómo y de qué manera afecta un determinado comportamiento, con penas de hasta dos meses de arresto, al buen orden de los ejércitos: «*aun no siendo legítimo definir el Derecho Penal militar como un Derecho pura y simplemente disciplinario, es evidente la presencia de un ingrediente de esta naturaleza en buena parte de sus normas, que describen tipos delictivos cuya ratio no es otra que el reforzamiento de deberes inherentes a la profesión militar, deberes con los que se pretende fundamentalmente imponer con todo el vigor necesario la disciplina, garantizar la cohesión de los Ejércitos y asegurar, en definitiva, el mantenimiento de las condiciones que permitan el puntual cumplimiento de las misiones que aquéllos tienen encomendadas por la Constitución*» (f.j. 2º).

Queda al criterio de los Tribunales la aplicación del segundo escalón, el de la individualización, que permita de alguna forma minorar el exceso punitivo de los tipos especiales militares, con los elementos de dosimetría que ofrece el CPM. A efectos de constatar lo llamativo de su omisión, debo remarcar la ausencia de la figura de la falta como un grado de ilícito en el que la antijuridicidad del hecho muestra un rango inferior al penal y superior al contravencional o, en este caso disciplinario. En definitiva, una forma más de graduar la respuesta estatal sancionadora equilibrando la protección del bien jurídico relevante penalmente con la afección o puesta en peligro mínima producida. Su ausencia, a mi juicio, muestra de nuevo la falta de respuestas adecuadas a las conductas sometidas al régimen militar, y la necesidad de parangonar este ámbito con el Derecho Penal común.

La búsqueda de proporcionalidad y, en sentido estricto, una coherente coordinación de los diversos sectores sancionadores estatales nos introduce en el campo de acción del denominado *ne bis in idem* que da buena muestra del calado institucional de los principios constitucionalizados en el derecho sancionador, por cuanto que como principio axiológico se configura como instrumento de precisión respecto del funcionamiento de los órganos sancionadores y de la opción legislativa en cuanto al sector en cuestión, en este caso el castrense.

El desarrollo de este principio se haya fuertemente vinculado con el modelo de *Ius puniendi* que se ha ido desarrollando en nuestra his-

toria más reciente y que ha determinado las respuestas, tanto legislativas como jurisprudenciales, a la aplicación del principio.

Respecto de la efectividad del principio *ne bis in idem*, en estrecha relación con el de proporcionalidad, el art. 4 de la Ley Disciplinaria reclama la vinculación de la actuación disciplinaria militar a los hechos probados en el proceso penal, recogiendo algunos de los criterios introducidos en la configuración que el Alto Tribunal ha realizado del constitucionalizado axioma jurídico, si bien la redacción otorgada al mismo rompe con las exigencias que el propio TC ha marcado respecto de la vigencia del principio *ne bis in idem*, al permitir la dualidad de procesos y, por tanto, someter al sujeto a una doble respuesta estatal en el ámbito del proceso sancionador<sup>119</sup>, en el ámbito del interesado y obsoleto ámbito de las relaciones de especial sujeción.

En todo caso, la necesidad de observar una perfecta complementariedad de las normas disciplinarias y las penales en la protección de los valores y bienes castrenses adaptada al principio de intervención mínima y al criterio de última ratio penal.

## 6. Valoración final

Son, al menos, tres los elementos que el legislador habrá de valorar a la hora de considerar una futura reforma de nuestra legislación penal militar: la necesidad de coordinación con el CP de 1995 y los principios programáticos respecto de la teoría del delito adoptada y el programa penal derivado de la Constitución Española, la nueva estructura profesional de nuestros ejércitos y el contexto internacional que delimita funcionalmente nuestras fuerzas armadas.

La necesaria coordinación entre el art. 9 del CP y el art. 5 del CPM, requiere la adopción de una verdadera complementariedad del CP respecto de todas las normas que regulan la parte general, adecuada a los fines punitivos propios de nuestro sistema constitucional adaptados, subsidiariamente, a los objetivos específicos de las normas castrenses. Así como una verdadera delimitación de los bienes jurídicos estrictamente militares, como único objeto de regulación en éste ámbito.

Y en este contexto, la respuesta ante la disyuntiva sobre la futura reforma y su configuración como una legislación integral o comple-

<sup>119</sup> CÁRCELES NIETO resalta la «general oposición a la redacción del artículo cuarto de la Ley al considerar los grupos parlamentarios vulnerado el ya referido principio *non bis in idem*». Op. cit. p. 24.

mentaria, especial o sustantiva cuenta, al menos, con un carácter consolidado, su carácter no exhaustivo y, por tanto, complementario respecto de la normativa penal común. En un primer paso, como resalta RODRÍGUEZ-VILLASANTE, tendríamos que «suprimir lo que hay de redundante y vano en las leyes castrenses, por entrañar repetición innecesaria de las normas comunes o regulación justificada por su especialidad, podría ser el buen comienzo de un programa legislativo militar para el siglo XXI»<sup>120</sup>.

Parece claro que no existen elementos que nos indiquen la necesidad de configurar un nuevo sector normativo autónomo o, al menos, sustantivo dotado de todos los elementos que conforman un cuerpo penal integral que permita su aplicación independiente sin referencia a la norma común, como parece apuntar la referida línea jurisprudencial.

Confirmado este primer extremo, es decir la complementariedad de la normativa penal militar, la siguiente cuestión sería si debemos mantener la actual estructura de un cuerpo independiente que contiene un cláusula de remisión para lo no regulado, aquellos aspectos generales que requieren una concreción en el ámbito castrense y los delitos cuyo objeto jurídico o las especiales características de los mismos los conviertan en militares o afectos a bienes jurídicos militares o por el contrario, una futura reforma debiera pasar por la integración tanto de las cláusulas generales específicas en el título preliminar y el Libro primero del CP, manteniendo la peculiaridad de los tipos penales en un libro separado o integrando cada uno de los tipos específicos en su capítulo correspondiente, al margen de los estrictamente militares agrupados como un Título propio.

Por todo lo analizado, y un buen número de cuestiones que no tienen cabida aquí, la legislación penal militar simplemente ha tendido a adaptar las normas comunes a sus necesidades derivadas de la delimitación de unos bienes jurídicos fundamentales, siendo común en todo las demás cuestiones aplicativas, de ahí que la fórmula más simple en aras a mantener la integración del Ordenamiento jurídico en base a criterios de aplicación uniforme sería la segunda opción apuntada. No obstante, ésta solución pasa por un aspecto no tratado aquí y que igualmente excede los límites de esta reflexión, el mantenimiento de la jurisdicción militar, la integración de las competencias penales militares en la jurisdicción ordinaria o incluso la creación de secciones especiales dentro de los Tribunales ordinarios territoriales

---

<sup>120</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L.: «El Derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código Penal militar complementario», p. 93.

y centrales que puedan dar suficiente y específica respuesta a los delitos cometidos en el ámbito castrense, o la opción apuntada de adscripción a la Audiencia Nacional. No vemos emperos desde el punto de vista material a la citada solución, y sólo la evolución histórica y el peso de la tradición suponen razones que avalen su mantenimiento, en todo caso, sometido a la oportunidad política de un legislador, cada vez más, sometido a un proceso de adaptación y sujeción a los contextos internacionales y las relaciones allende sus fronteras. Dentro de éstas, entiendo que sólo la justicia ordinaria representa el mandato de justicia social global, no un modelo judicial *ad intra*, aplicado por los mismos sujetos protagonistas de las normas. Resultaría difícil de proyectar en la actualidad un modelo judicial administrativo formado por jueces elegidos entre miembros de la Administración, dedicados al enjuiciamiento de delitos cometidos por funcionarios públicos en el marco competencial de la Administración civil. En definitiva, creo que el modelo de justicia militar por razones de especialidad, fuera del marco de justicia ordinaria, no encaja con el modelo de organización judicial propia de nuestro Estado de Derecho. Criterio éste, abonado por la falta de razones de política criminal que aconsejen una estructura judicial propia a la que se adhieren los valores específicos castrenses e, incluso, la propia existencia de los mismos en el funcionamiento jurisdiccional. La legalidad militar no afecta sólo a los militares sino a la sociedad en su conjunto y debe ser la justicia ordinaria la encargada de enjuiciar los ilícitos realizados en el ámbito de la Administración militar, con los valores sociales del contexto histórico en el que se ubique.