



Documento de trabajo
SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

**ALGUNAS REFLEXIONES PARA LA REFORMA DE LA
JUSTICIA MILITAR**

Beatriz López-Lorca

SPCS Documento de trabajo 2011/15

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autores:

Beatriz López Lorca

Beatriz.LopezLorca@uclm.es

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca

Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Codirectora: Silvia Valmaña Ochaíta

Codirectora: María Cordente Rodríguez

Secretaria: Pilar Domínguez Martínez

Avda. de los Alfares, 44

16.071–CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. Cd-Rom) 1988-1118 (ed. en línea)

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

ALGUNAS REFLEXIONES PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR

Beatriz López-Lorca¹

Investigadora contratada, Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Este artículo es una reflexión acerca de la justicia militar española. Por una parte, se ponen de manifiesto los distintos elementos que han dotado de especificidad a la jurisdicción militar y que precisan una reactualización y, en todo caso, una adaptación al Estado social y democrático de Derecho proclamado en la CE. Y, del mismo modo, se evalúan las especialidades del Derecho Penal Militar y si éstas pueden justificarse dada la configuración del moderno Derecho Penal, lo cual, en última instancia, significa indagar en qué es y cuál es la función del Derecho Penal Militar. Todo ello lleva finalmente a concluir que la justicia militar precisa de una reforma desde la doble perspectiva de lo formal y lo material.

Palabras clave: Derecho Penal, Derecho Penal Militar, reforma del Código Penal Militar, jurisdicción militar.

Indicadores JEL: K00, K14.

ABSTRACT

This paper is a reflection on the military justice in Spain. It show the different elements which have endowed military jurisdiction with specificity and those which need an update or adaptation to social and democratic law's state proclaimed in the CE.

On the other hand the specialities of criminal military law are evaluated and justified in the modern criminal law. It means to investigate in what and which is the function on criminal military law.

¹ Beatriz.LopezLorca@uclm.es

Finally, this leads to conclude that military justice needs a reform from a formal and material perspective.

Key words: Military law, criminal military law, reform of military criminal code, military jurisdiction.

JEL-codes: K00, K14.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se defiende la necesidad de mantener una justicia militar específica, distinta de la ordinaria, se recurre a una serie de razonamientos de lo más variado que, sin embargo, el paso del tiempo se ha encargado de cuestionar. Así, por ejemplo, uno de los argumentos más usuales hace descansar en la especialidad del Derecho Penal Militar² (en adelante, DPM) la existencia de una justicia análogamente especial. Pero, muy al contrario, nada parece justificar que la existencia de un Derecho especial o, más concretamente, las distintas ramas de conocimiento de un mismo derecho precisen de justicias distintas³ y, en este sentido, la CE no predetermina la existencia ineludible de la justicia militar⁴ -al menos, en tiempo de paz- ni tampoco quiénes deben integrarla. El art. 117.5 CE no se configura como un mandato constitucional, sino que ofrece al legislador distintas opciones a la hora de acomodar la justicia militar al actual modelo de Estado⁵.

² Véase a este respecto, por ejemplo, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: 'El Código Penal Militar', en *Revista General del Derecho*, núm. 499, 1986, págs. 1.264-1.265. A discutir la veracidad de la tesis de la especialidad del DPM se dedicará el punto 1.2 del Capítulo 1 de la Segunda Parte de este trabajo y a él remitimos en este punto.

³ GÓMEZ DEL CASTILLO y GÓMEZ, M.M.: *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, 1972, págs. 11-12, SAN CRISTÓBAL REALES, S.: *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Ed. Comares, Granada, 1996, págs. 137-138 y DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Valencia, 2003, pág. 105.

⁴ En este sentido, véase la interpretación que DOIG DÍAZ realiza del art. 117.5 CE en DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, págs. 115-124. Vid., igualmente, GIL GARCÍA, O.: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 60.

⁵ En contra de esta interpretación, CALDERÓN SUSÍN, E.: 'En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar', en *Revista Española de Derecho Militar* (en adelante, *REDM*), núm. 53, tomo I, 1989, págs. 347 y 357 y CORRALES ELIZONDO, A.: 'Reflexiones sobre las perspectivas de actualización en el derecho penal y judicial militar', en *III Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa. Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo*

Del mismo modo y en sintonía con la idea anterior, también se ha considerado que la justicia militar debía ser impartida por aplicadores especializados- militares de carrera- familiarizados con las especiales características de los Ejércitos o, lo que es lo mismo, con una ‘*especial sensibilidad para la singularidad castrense*’⁶. Sin embargo, un argumento como éste, que puede plantear problemas a la hora de garantizar la necesaria independencia del juez, no impide que, a través de una formación específica, los jueces de la jurisdicción ordinaria alcancen un nivel de conocimiento del ámbito castrense (al menos) igual que el de los jueces togados militares. La proximidad que se precisa entre el juez y el enjuiciado no radica en el compartir la profesión militar, sino en la más cualificada formación profesional de aquél en los avatares que le puedan ocurrir a éste⁷. Buena prueba de ello son los magistrados no militares que integran parte de la Sala 5ª de lo Militar del Tribunal Supremo.

Junto a esto, se ha pretendido unir la suerte de la justicia militar a los Ejércitos, como estructura estable y permanente dentro del Estado, haciendo descansar en la justicia militar el mantenimiento de la disciplina y la garantía del cumplimiento de las misiones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Armadas.

Estos y otros argumentos⁸ se han apoyado, en última instancia, en el hecho de la justicia militar como constante histórica, por más que lo que verdaderamente cabe subrayar es su progresiva reducción competencial y adaptación de sus prerrogativas a los estándares propios de los Estados sociales y democráticos. Con ello, en la actualidad, la justicia militar, reducida al ámbito estrictamente castrense, ha circunscrito su competencia al conocimiento de los delitos militares y no a cualesquiera delitos cometidos por militares pues, en efecto, se hizo un gran esfuerzo para clarificar que el Código Penal Militar (en adelante, CPM) no sea aplicable a los militares por el simple hecho de serlo, sino que el criterio seguido en dicha aplicación deriva- con mayor o menor fortuna- de las funciones que realizan.

XXI y otros estudios jurídicos militares, Ministerio de Defensa-Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2001, págs. 550 y 564.

⁶ JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: ‘Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar’, en *REDM*, núm. 53, Tomo I, 1989, pág. 13.

⁷ Cfr. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: *Introducción al Derecho Penal Militar*, Madrid, 1987, págs. 85-91.

⁸ Considérese también la concepción del Ejército como sociedad perfecta y completa, la situación especial del Ejército como depositario real de la fuerza o el mantenimiento de la jerarquía, en SAN CRISTÓBAL REALES, S.: *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, págs. 134-150.

La actual configuración de la justicia militar ha dejado- o debido dejar- atrás argumentos como los hasta ahora indicados, los cuales revelan que su existencia o inexistencia aparece ligada a criterios de oportunidad histórico-políticos⁹ más que a razones de fondo o materiales. Por ello, la justicia militar ha de ser objeto de una nueva reforma¹⁰ gestada al margen de estos condicionantes tradicionales y guiada únicamente por la necesidad de su plena adecuación a los principios constitucionales¹¹ aunque el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo declaren que las garantías constitucionales ya se cumplen¹². En esta línea, se adelanta la posición que otros ya han expuesto más acertadamente y que apoyamos desde este trabajo: la supresión de la jurisdicción militar en tiempos de paz y la transferencia de la competencia, al menos, en materia penal a la jurisdicción ordinaria¹³.

2. EL ENTRAMADO

Es lugar común entre los autores dedicados al estudio del DPM afirmar que la justicia militar es tan antigua como la existencia misma de los Ejércitos y que es una constante en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de todas las épocas y lugares aun con diversas manifestaciones¹⁴. La función que tradicionalmente parece

⁹ HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: *Curso de Derecho Penal Militar Español. Parte General*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 82.

¹⁰ Cfr. SAN CRISTÓBAL REALES, S.: *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, pág. 318.

¹¹ La justicia militar debe dejar de ser una excepción al principio de unidad jurisdiccional, exclusividad, juez ordinario y demás garantías jurisdiccionales. Cfr. DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, págs. 124-185.

¹² En este sentido, entre otros, RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: 'La jurisdicción militar en el art. 117.5 de la Constitución', en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 112, Madrid, 2006, págs. 15-45.

¹³ Cfr. GIL GARCÍA, O.: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, pág. 61.

¹⁴ En efecto, tal aseveración puede encontrarse en QUEROL Y DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, Ed. Naval, Madrid, 1946; Vol. I, págs. 31, 95 y ss.; GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M.M.: *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, pág. 39; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: 'La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar', en *El Poder Judicial*, vol. II, 1983, págs. 1280 y 1283; CASADO BURBANO, P.: 'Visión histórica del Derecho Penal Militar español', en BLECUA FRAGA, R. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: *Comentarios al Código Penal Militar*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 29; PARADA, R.: 'Toque de silencio por la justicia militar', en *Revista de administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992, pág. 8 y JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: 'La organización de la jurisdicción penal militar y su evolución', 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, pág. 253.

haber cumplido esta jurisdicción ha sido- y es- la aplicación de un *ius singulare* (el DPM) por el que se ha regido un determinado sector de la sociedad¹⁵. Así, la jurisdicción militar tanto fuero privilegiado, como imperativo para establecer un control más férreo sobre el militar, remite constantemente a la singularidad del Ejército.

Esta idea de la '*singularidad del Ejército*' hace referencia a '*ese rasgo de la sociedad tradicional que llamamos "particularismo" y que puede ser definido como la prevalencia que se reconoce a cuanto en la sociedad hay de diverso e irreductible a todo tratamiento igualitario o uniformizador*'¹⁶, en última instancia, a la posición distintiva del Ejército en la sociedad como depositario de la fuerza de toda organización política¹⁷. Esta circunstancia determina que el Ejército precise de una organización independiente, distinta a la civil, capaz de garantizar la consecución de sus fines por medio de sus propios valores y principios, premisas que acaban moldeando una muy particular concepción jurídica del Derecho aplicable: independiente y privativo o especial, como se predica del DPM en la actualidad.

Pero la concepción del DPM como un *ius singulare* aplicado a un colectivo (los soldados) con fines específicos (principalmente, la defensa frente a agresiones externas) se debió más a razones de tipo pragmático que doctrinales¹⁸. El objetivo fundamental de las disposiciones de contenido militar parecía apuntar más a la necesidad de instaurar y mantener una estricta disciplina entre los soldados que asegurara la obediencia al mando y preservara la unidad y cohesión de los Ejércitos¹⁹, que a una decisión deliberada de crear *ab initio* un derecho especial²⁰. Ello lo demuestra el hecho de que el DPM no

¹⁵ La existencia de un '*ordenamiento jurídico propio*' precisa de una '*administración de justicia*' propia. Vid. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: 'La organización de la jurisdicción penal militar y su evolución', pág. 253.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: 'La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar', pág. 1279.

¹⁸ GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N.: 'La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España', en *REDM*, núm. 38, julio-diciembre de 1979, pág. 63.

¹⁹ Considérese a este respecto la Exposición de Motivos de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas cuando dice: '*Resulta ser una constante histórica la preocupación por la protección de la disciplina militar mediante el establecimiento de normas que procurasen la adhesión a la misma y, en caso de quebrantamiento, la inmediata reparación a través del ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas a los mandos militares. Bien en las Ordenanzas particulares y generales, bien en normas codificadas, la protección y mantenimiento de la disciplina ha constituido en los ejércitos un objetivo consustancial a la Institución misma*'.

²⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: 'La jurisdicción militar en la perspectiva histórica', en *REDM*, núm. 56-57, julio-diciembre 1990-enero-junio 1991, pág.13 y 'La competencia de la jurisdicción militar tras la

crystalizara en un cuerpo jurídico diferenciado hasta que el Ejército adquirió su condición de permanente²¹.

Dentro de un contexto disciplinario y jerárquico, la regla de *‘quien manda debe juzgar’* acabó triunfando²². Su finalidad era concentrar de forma absoluta la potestad jurisdiccional en quien ejercía el mando militar para lograr una administración de justicia sumaria y ejemplarizante que mantuviera al Ejército disciplinado y cohesionado. Se entendía, pues, que sólo a través de la disciplina y de una justicia impartida por los mandos militares era posible desarrollar de forma eficaz el servicio o función que en cada momento se tenía asignado²³. El compartir un mismo *modus vivendi*, también aconsejaba asignar la potestad jurisdiccional a los propios militares puesto que *‘sería muy nocivo para la moral de los miembros del Ejército como para la propia subsistencia de estos que quien tiene que aplicar el derecho militar no comparta los valores y principios en los que se inspira [...]’*²⁴.

Desde estos primeros momentos, se aprecia cómo la génesis del Derecho y de la jurisdicción en el ámbito militar se construyó a partir de concepciones estrictamente jerárquicas y disciplinarias basadas en la obediencia del inferior. Al mismo tiempo, se fue gestando la idea de que era necesaria también la represión de determinadas conductas y comportamientos, provenientes de militares o no, considerados ilícitos en tanto lesión de intereses militares. Con ello, empezaría a conformarse la noción de lo que más tarde se denominaría *‘bienes jurídicos militares’*, como conjunto de intereses

reforma del Código de Justicia Militar’, pág. 1276; y CASADO BURBANO, P.: ‘Visión histórica del Derecho Penal Militar español’, pág. 29.

²¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: ‘Código de Justicia Militar’, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1953, tomo IV, pág. 304. Con anterioridad a las primeras ordenanzas militares de la Edad Moderna, los preceptos de contenido castrense aparecen 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. Vid. GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M.M.: *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, págs. 12-23.

²² Esta regla es la que guía la redacción del Tratado VIII de las Ordenanzas Militares de Carlos III, cuya redacción fue la siguiente: *‘la facultad jurisdiccional se atribuye a la autoridad de mando: Capitán General de provincia o a los generales jefes de los ejércitos en operaciones’*. BOLAÑOS MEJÍAS, M.C.: ‘Las Ordenanzas de Carlos III de 1768: el Derecho Militar en una sociedad estamental’, en ALVARADO PLANAS, J. y PÉREZ MARCOS, R.M.: *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (Siglos XII-XX)*, Ed. Polifemo, Madrid, 1996, pág. 181.

²³ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: ‘La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar’, págs. 1276 y 1277.

²⁴ FERNÁNDEZ RODERA, J.A.: ‘Volvamos a la vieja polémica: las fuerzas armadas, ¿institución o administración?’, en *Revista Jurídica Militar*, núm. 2, noviembre, 2004, pág. 6.

protegidos por la ley militar individualizados con respecto a aquellos otros amparados por la ley ordinaria, cuya especialidad derivaría de las funciones atribuidas al Ejército.

Esta amalgama de elementos (la singularidad del Ejército, la disciplina, la jerarquía, la especialidad del Derecho aplicable, la proximidad del aplicador del derecho, etcétera) acabaron interaccionando entre sí para terminar consolidando un modelo de justicia militar en la que la atribución de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se atribuyó a los propios militares. Un modelo de justicia en el que la potestad sancionadora, en tanto potestad eminentemente disciplinar, acabó vinculada al mando de las armas²⁵- característica que se conserva todavía hoy-, de tal manera que la existencia de la justicia militar se ligó a la misma razón de ser y especial función de los Ejércitos²⁶. Así, los principios y valores del ámbito militar (disciplina, jerarquía, unidad interna, etcétera) se proyectan en la jurisdicción y sus integrantes para lograr la eficacia en las funciones asignadas a los Ejércitos²⁷.

Pero que la jurisdicción haya de estar unida al mando militar para mantener la disciplina y preservar la estructura jerárquica es una presunción altamente cuestionable, fruto de la inercia de muchos siglos de existencia incuestionada de la justicia castrense. Hacer depender la eficacia de las Fuerzas Armadas de la existencia de una justicia propia es establecer un condicionamiento difícilmente explicable- y no demostrado- pues la eficacia en el cumplimiento de las misiones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas está sujeta a factores que poco tienen que ver con los jueces y tribunales²⁸ y mucho con la profesionalización de sus miembros.

3. SU EVOLUCIÓN

En el Antiguo Régimen, los encargados de conocer de los procesos militares y de impartir justicia en este ámbito eran tribunales íntegramente nutridos de militares de

²⁵ PARADA, R.: 'Toque de silencio por la justicia militar', págs. 10 y 25.

²⁶ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: 'La jurisdicción militar en la perspectiva histórica', pág. 19.

²⁷ MOZO SEOANE, A.: 'Ante la reforma de la jurisdicción militar', en *III Jornadas sobre Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la defensa. Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, Ministerio de Defensa-Subsecretaría de Defensa, Madrid, 2001, págs. 577.

²⁸ Vid. DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, pág. 100.

cierto rango en la escala jerárquica de los Ejércitos que aplicaban sus propias normas procesales y materiales aunque la configuración del tribunal variaba dependiendo del titular sobre el que recaía la potestad jurisdiccional²⁹. La justicia militar, por tanto, se configuraba como una justicia no judicial- al estar sustraída a la jurisdicción ordinaria-, y no profesional- los magistrados no eran juristas duchos en la ciencia y técnica jurídica, sino militares. Este afianzamiento, por un lado, del vínculo entre la jurisdicción y los mandos y, por otro, de la escisión de la jurisdicción castrense de la jurisdicción ordinaria, contribuyó a dotar de mayor autonomía al DPM- estando aquí el origen de su sustantividad- y de especialidad a la jurisdicción en que tal derecho se imparte.

Con la organización de los Ejércitos en estructuras estables y permanentes de defensa en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna³⁰, la jurisdicción militar se manifestó en su total plenitud competencial, pues conocía de todos aquellos asuntos que contuvieran un elemento militar, ya fuera 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 originara la logística militar y la seguridad de las tropas. La jurisdicción militar constituía, así, un fuero personal pero también privilegiado aplicado a los soldados y gentes de guerra que absorbe la jurisdicción de otros órdenes³¹ en base a la actividad que se realiza y en atención a la disciplina y obediencia jerárquica del ámbito militar³².

²⁹ 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, pág. 221.

³⁰ A finales del s. 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 s. 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. Vid. 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, págs. 60-61.

³¹ 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, págs. 431 y ss. Así lo afirman también PARADA, R.: ‘Toque de silencio por la justicia militar’, págs. 14 y 18; GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N.: ‘La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España’, pág. 73; GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M.M.: *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, págs. 23-24 y FERNÁNDEZ SEGADO, F.: ‘La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar’, pág. 1281. En este punto es necesario señalar que la jurisdicción militar no era unitaria, sino que adolecía

Con ello, la competencia de la jurisdicción militar se hizo tan atrayente e integral en todos los asuntos penales, civiles y administrativos con presencia de un elemento militar, que la habitual vis atractiva de la jurisdicción ordinaria se veía reducida a su mínima expresión, de tal forma que, en realidad, era la jurisdicción ordinaria la excepcional y la castrense la habitual u ordinaria. Este crecimiento exponencial de la jurisdicción militar a lo largo de los siglos- posiblemente uno de sus rasgos más característicos- la convirtió en irremediabilmente exorbitante y llevó a algunos autores a hablar de la ‘hipertrofia’ de la que la jurisdicción militar había hecho gala en determinados momentos de la historia española³³.

Sin embargo, en los ss. XIX y XX, la jurisdicción castrense experimentó diversos avatares jurídicos que circunscribían cada vez más la competencia de esta jurisdicción a asuntos verdaderamente castrenses. En la actualidad, a este proceso se le ha llamado la delimitación competencial de la jurisdicción militar al ámbito ‘*estrictamente castrense*’.

El constitucionalismo del s. 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 de los principios recogidos ya en la Constitución de 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, y art. 247, referente al juez predeterminado por la ley o derecho al juez legal. Pero, sobre todo, la jurisdicción castrense presentó problemas de inserción en el ordenamiento jurídico liberal en relación con lo dispuesto por el art. 248, de unidad de jurisdicción o fuero. Sin embargo, a pesar de los evidentes esfuerzos dedicados a la reducción de las competencias del fuero militar a través de los textos constitucionales decimonónicos- del que la Constitución de 1812 supuso la primera acometida-, resalta el hecho del desfase existente entre el ideario constitucional y la realidad práctica³⁴. Ello

de una pasmosa fragmentación gestada desde el reinado de la casa de los Austrias y también durante el de los Borbones en el s. XIX, cuya racionalización no se produciría hasta 1868 a pesar de la existencia de unas Ordenanzas Generales.

³² 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, pág. 267.

³³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1964, págs. 1362 y ss.

³⁴ PARADA, R.: ‘Toque de silencio por la justicia militar’, págs. 21-26, y GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M.M.: *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, págs. 25-40.

explica que a pesar de que el principio de igualdad jurídica fue una de las reivindicaciones más importantes del movimiento liberal, *de facto*, la jurisdicción militar no se suprimiera y que, muy al contrario, sobreviviese hasta la actualidad.

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 que obstaculizaban la optimización de la Administración de Justicia, apenas dos artículos posteriores, el mismo texto constitucional reconoció a la jurisdicción militar (art. 250)³⁵, que, en lo sucesivo, dejaría de funcionar como un fuero privilegiado.

Los posteriores textos constitucionales continuarían esta línea, la del reconocimiento de la jurisdicción propia de los militares, sancionando así definitivamente una justicia militar especial paralela a la justicia penal, lo cual quedaría consagrado de manera definitiva en la Constitución republicana de 1931³⁶.

La falta de concordancia entre lo establecido constitucionalmente en relación a la unidad de fueros y el principio de igualdad jurídica y la realidad se evidencia, quizá más claramente, por el nuevo perfil que adquiere la justicia militar en materia de orden público, 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, los Ejércitos se concibieron como un instrumento sumamente eficaz para la conservación del orden interno, un medio de coerción o represión al servicio de intereses *extracastrenses* a través del cual imponer determinadas voluntades políticas³⁷. A lo largo del constitucionalismo español, se asiste, pues, a una errónea concepción de la función de los Ejércitos, ya como instrumento del poder político, ya usurpando las funciones del poder civil, lo que alcanzaría su máxima expresión con el régimen instaurado después de la Guerra Civil, el cual derivaría en una justicia militar de naturaleza represiva y

³⁵ En el art. 249 se procedió a reconocer a la otra gran jurisdicción, la eclesiástica.

³⁶ 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). Vid. DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, págs. 29-35, y SAN CRISTÓBAL REALES, S.: *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, pág. 70.

³⁷ PARADA, R.: ‘Toque de silencio por la justicia militar’, pág. 23 y FERNÁNDEZ SEGADO, F.: ‘La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar’, pág. 1280.

antiliberal a menudo al servicio de la represión social y de la protección de los intereses más de índole política que militar.

El siguiente hito en la reducción de la jurisdicción castrense vino de la mano del Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 1868, el cual suprimió los fueros castrenses especiales, redujo el fuero militar común y limitó la competencia de la jurisdicción castrense a aquellos asuntos de naturaleza penal, si bien el desfase entre la voluntad del legislador y la realidad continuó con la publicación de, entre otras disposiciones, la Ley de Orden Público, de 20 de abril de 1870, y la Ley, de 23 de marzo de 1906, que, en la práctica, implicaban la conservación de la vis atractiva de la jurisdicción militar frente a la ordinaria.

Aún con todo, la tendencia reduccionista de la competencia de la jurisdicción militar continuó por el Decreto Ley de 11 de mayo de 1931 y por la propia Constitución de 1931³⁸, que sería invertida durante la contienda civil entre 1936 y 1939 y por el régimen implantado *a posteriori* por el bando vencedor³⁹.

El periodo republicano, en contraste con los regímenes anteriores, tuvo como objetivo verdadero y fundamental intentar reducir la jurisdicción militar a una jurisdicción especial, tal y como lo reflejan 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, abandonándose el triple criterio 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.

³⁸ El art. 95 del texto constitucional republicano 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.

³⁹ 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.

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. La justicia militar y, por extensión, el aparato militar, tornó en aliado-garante en la preservación 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 franquista⁴⁰. 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 hubiera 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 debiera⁴¹.

Ya a lo largo de los años de vigencia del Código de Justicia Militar de 1945, se pone de manifiesto la necesidad de su reforma⁴² y coordinación con el Código Penal de 1944⁴³- en 1969 se designa una Comisión para la renovación del Código de Justicia Militar- pero sólo la fuerza de los cambios históricos producidos en la década de los setenta propiciaron, ya de manera irreversible, la modificación del antiguo Código. Primero, en el marco de los Pactos de la Moncloa de octubre de 1977 (punto VII, Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política y punto VIII, dedicado al

⁴⁰ DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, pág. 43.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 49.

⁴² El Código de Justicia Militar de 1945 es un ejemplo de codificación de ley penal militar ciertamente regresiva y que supuso, además, un vuelta al sistema ordenancista. Considérese, en este sentido, la opinión que merece a QUEROL Y DURÁN la existencia de códigos militares del Ejército y de la Marina de Guerra- '*una separación del espíritu y de los sanos principios de la tradición penal militar*'. Por ello, el Código de 1945 no sólo aglutina las peculiaridades de los tres Ejércitos en una yuxtaposición que da lugar a un casuismo excesivo, sino que supone la hipertrofia de la jurisdicción castrense. La idea dominante es la de preservar la disciplina no sólo por su importancia en el Ejército, sino para la salvaguardia del propio Estado y de la Nación. Vid. QUEROL Y DURÁN, F.: *Principios de Derecho Militar Español*, pág. 42 y MILLÁN GARRIDO, A.: *Código Penal Militar y legislación complementaria*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986; págs. 19-21.

⁴³ Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J.L.: 'El principio de especialidad', pág. 1.149, y FERNÁNDEZ SEGADO, F.: 'La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia Militar', en *El Poder Judicial*, vol. II, 1983; pág. 1294.

Orden Público⁴⁴), expresión del consenso habido entre las diversas fuerzas políticas acerca de la necesaria reforma legislativa y política inmediata, y, segundo, de la mano del texto constitucional.

Las líneas básicas de las reformas realizadas entre 1985 y 1989 no difieren demasiado de las efectuadas en 1931, aunque el contexto en las que aquellas se desarrollan no aconsejaban aludir es este último periodo. En cualquier caso y a diferencia del periodo anterior, la justicia militar no podía configurarse de manera distinta a la justicia ordinaria en el Estado de Derecho o propia de los militares en una sociedad democrática. Una de las consecuencias fundamentales de ello sería que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar compartirían en lo sucesivo, como órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial.

La Transición española es un claro ejemplo de cómo el contexto histórico puede tener un papel determinante en la configuración de la justicia militar⁴⁵. Tras cuarenta

⁴⁴ El Acuerdo posee cinco puntos cuyo objetivo principal es reducir la competencia de la jurisdicción militar. Así, el primero de ellos propone reducir, por razón del delito, el Código de Justicia Militar a delitos específicamente castrenses y evitar la duplicidad de tipificaciones entre el Código Penal común y el militar. Por razón del lugar, se acuerda limitar la competencia a los actos cometidos en centros, establecimientos o lugares militares y, por razón de la persona, se dispone revisar los supuestos de desafuero en los casos en los que concurra personal militar y no militar por hechos que no constituyan este tipo de delito. Igualmente, y en claro avance frente al periodo anterior, se procede a dar conocimiento a la jurisdicción ordinaria de los posibles delitos cometidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando actúen en el mantenimiento del orden público. Se fortalecen, además, las garantías procesales y de defensa en los procedimientos. Por su parte, el punto VIII, traslada la tipificación del delito de terrorismo al Código Penal, eliminando lo que respecto a esta conducta se encontraba recogido en leyes especiales, fundamentalmente de naturaleza militar. GIL GARCÍA, O.: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, pág. 66.

⁴⁵ 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. Vid. 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*, Bruxelles, 1981, vol. I, págs. 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 supresión 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. Vid. MILLÁN GARRIDO, A.: 'La reforma de la Legislación Penal Militar en Italia (El anteproyecto de la Asociación Nacional de Magistrados Militares)', en *REDM*, núm. 61, 1993, pág. 67.

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, tras afirmar que *‘el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización de los Tribunales’*, anunció la plena sujeción de ésta a la ley y a los principios propios de un Estado de Derecho y su respecto a los derechos fundamentales por éste reconocidos y protegidos. Pero, como ya ocurriera en el s. XIX, el legislador constitucional perdió una nueva oportunidad de lograr de manera real y efectiva la unidad jurisdiccional, sin excepciones o especialidades⁴⁶, y la unificación de la justicia. Y es que se volvió a aceptar que *‘las peculiaridades institucionales de los Ejércitos y la necesidad de que estos sean idóneos para el cumplimiento de las misiones que les reconoce el artículo 8 CE se traduce en un conjunto de peculiaridades, entre las que se entiende la necesidad de la existencia de una jurisdicción militar integrada por unos órganos jurisdiccionales militares, a lo que se atribuyó legalmente la competencia, en el marco de la organización que se estableció’*⁴⁷.

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 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 anterior⁴⁸.

En este punto, es preciso subrayar la trascendente y valiente reforma militar emprendida en 1976 y cuyos objetivos se proyectarían en la posterior legislación dirigida fundamentalmente a la modernización de las Fuerzas Armadas. Los objetivos

⁴⁶ En este sentido, MILLÁN GARRIDO señala que *‘No cabe desconocer, sin embargo, que la jurisdicción militar- por sus propios particularismos- continúa siendo, aun integrada en el Poder Judicial, una jurisdicción especial que, además, permanece vinculada más allá de lo necesario y- tal vez- de lo conveniente a la Administración militar’*. MILLÁN GARRIDO, A *‘La jurisdicción militar en el actual ordenamiento constitucional’*, en RAMÑIREZ JIMÉNEZ, M. (dir.): *Constitución y jurisdicción militar*. Cuadernos Lucas Mallada, Ed. Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, pág. 62.

⁴⁷ CORRALES ELIZONDO, A.: *‘Reflexiones sobre las perspectivas de actualización en el derecho penal y judicial militar’*, pág. 550.

⁴⁸ DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, pág. 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 y delimitación de las nuevas funciones que el legislador encomienda a las Fuerzas Armadas.

principales que 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, entre otros objetivos, a la extensión de los estándares propios del incipiente Estado del bienestar al militar y a una política de ascensos basada en la formación y perfeccionamiento militar⁴⁹.

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 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 Derecho⁵⁰. Con todo, el Legislador desempeñó un papel excesivamente conservador en lo referente a la configuración del sistema militar legal aún dentro del contexto del nuevo Estado por lo que, finalmente, la jurisdicción castrense acabó conservándose en virtud del art. 117.5 CE⁵¹. 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

⁴⁹ Vid. FAJARDO TERRIBAS, R.: ‘La reforma militar de Gutiérrez Mellado: aspectos jurisdiccionales y de orden social’, en <http://www.historiadeltiempopresente.com>; págs. 1-2.

⁵⁰ GIL GARCÍA, O.: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999; págs. 26-27.

⁵¹ 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’, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto, 1991; págs. 57-85.

reconocimiento de una jurisdicción militar derivada de las peculiaridades del ámbito castrense, con una intensa relación administrativa con el Ministerio, el de Defensa, que matiza una excepción al principio de unidad jurisdiccional difícilmente justificable en un moderno Estado de Derecho⁵².

Tras la promulgación de la Constitución⁵³, la primera disposición que abordó la reforma de la jurisdicción militar fue la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, cuyos principios programáticos adelantan, entre otras cuestiones, el definitivo carácter especial de la jurisdicción castrense y su integración en el Poder Judicial. Sentadas las bases, de la reforma, se procedió a redactar la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, sobre reforma del Código de Justicia Militar, la cual confirmaba lo dispuesto en la anterior Ley Orgánica al recoger como competencia natural de la jurisdicción militar lo relativo al ámbito castrense.

Posteriormente, se dictaron nuevas leyes que acabarían por completar la reforma iniciada y la configuración integral de la jurisdicción militar: la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar⁵⁴, la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la jurisdicción militar⁵⁵ (en adelante, LOCOJM) y,

⁵² Vid. PARADA, R.: ‘Toque de silencio por la Justicia Militar’, págs. 7 y 32.

⁵³ En 1978, se redacta el nuevo estatuto jurídico del militar, unas nuevas Reales Ordenanzas en las que, entre otras innovaciones, establece un límite a la obediencia debida al superior jerárquico, la cual, en la etapa franquista es ilimitada. En lo sucesivo y por una clara influencia de la jurisprudencia emanada de los procesos de Nuremberg, la obediencia debida se limitaba a aquellas órdenes que no sean ilícitas o constituyan delito.

⁵⁴ Para una exposición sobre el CPM de 1985, vid. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: ‘Algunas consideraciones sobre el Código Penal Militar español de 1985’, en *Revista General del Derecho*, núm. y, sobre todo, ‘El Código Penal Militar’, en *Revista General del Derecho*, núm. 499, 1986. Igualmente, consúltese JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: ‘Sentido y alcance de la actual Ley Penal Militar española’.

⁵⁵ ‘En la discusión parlamentaria de la LOCOJM, se emplearon indistintamente y sin demasiada precisión, para caracterizar a la jurisdicción militar, las expresiones ‘jurisdicción especial’ y ‘jurisdicción especializada’ [...] Una jurisdicción ‘especializada’ es, en principio, la que sólo se distingue por estar dedicada a la aplicación de una determinada rama del Derecho, por lo que el término se puede identificar con el más exacto, legal y doctrinalmente, de ‘orden jurisdiccional’ [...] Cabe decir que la jurisdicción militar es especializada en la medida en que es ella la única competente para la aplicación del Derecho sancionador militar, pero no creo que pueda hablarse de ella, en su conjunto, como de un simple orden jurisdiccional [...] Una jurisdicción ‘especial’ es, precisamente, una jurisdicción que presenta una clara singularidad en el aspecto orgánico o en el procesal o en ambos a la vez’. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: ‘Subsistencia de la especialidad de la jurisdicción militar’, en RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (dir.): *Constitución y jurisdicción militar*. Cuadernos Lucas Mallada, Ed. Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, pág. 127.

por último, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar⁵⁶ (en adelante, LPM). La Ley Orgánica 4/1987, supone una profunda innovación con respecto al modelo de jurisdicción militar habida desde el s. XIX- caracterizada fundamentalmente por su íntima unión con el poder ejecutivo- en tanto debe adaptarse a la consagración del principio constitucional de unidad jurisdiccional y demás principios fundamentales que en materia procesal se disponen⁵⁷. Esto es, la jurisdicción hubo de *constitucionalizarse* aunque, no obstante, recuérdese que el texto constitucional reconoce la especialidad de la jurisdicción militar y, por tanto, en el mismo sentido, se expresará esta disposición.

Como señala DOIG DÍAZ, estas leyes han sentado las bases de la justicia militar de la etapa constitucional en concordancia con lo establecido en el mandato contenido en el artículo 117.5 CE, y si bien estos cambios han sido notables, todavía subsisten aspectos cuestionables de la adecuación de esta jurisdicción y de la justicia militar al nuevo Estado social y democrático de Derecho⁵⁸.

4. SU REDUCCIÓN AL ÁMBITO ESTRICTAMENTE CASTRENSE

Ya hemos apuntado como la reducción competencial de la jurisdicción militar se ha llevado a cabo sobre la base de limitarla a los márgenes de lo *estrictamente castrense* de conformidad con lo establecido por el art. 117.5 CE⁵⁹. Según lo dispuesto por los arts. 4 y 12-17 LOCOJM en relación con los arts. 519 a 521 LPM, el ámbito *estrictamente castrense* se traduce en que la jurisdicción militar tendrá competencia penal- tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra-, civil y disciplinaria- conocimiento de los recursos contenciosos contra sanciones disciplinarias. Más

⁵⁶ Cfr. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F.: *Introducción al Derecho Penal Militar*, Madrid, 1987; pág. 201-202.

⁵⁷ Entre otros, artículos 9.3, 14, 17, 24, 25, 53, 119, 120 y 124 CE.

⁵⁸ Vid. CORRALES ELIZONDO, A.: 'Reflexiones sobre las perspectivas de actualización en el derecho penal y judicial militar', pág. 550 y DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, pág. 59.

⁵⁹ El inciso segundo del art. 117.5 CE establece que '*la Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución*'. Es de notar que la jurisdicción castrense sólo es nombrada una vez en el texto constitucional y que la referencia a la misma por el art. 117.5 es la única en dicho texto. Para determinar la competencia de la jurisdicción castrense habrá que acudir al art. 4 LOCOJM en relación a los arts. 12, 13 y 17 de la misma ley y a los arts. 519 a 521 LPM. Según los citados preceptos la jurisdicción militar tendrá competencia penal- tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra-, civil y disciplinaria- conocimiento de los recursos contenciosos contra sanciones disciplinarias.

concretamente, en tiempos de paz, la jurisdicción militar conocerá de los delitos comprendidos en el CPM y puede ampliarse, en caso de declararse el estado de sitio, a cuantas infracciones se determinen en dicha declaración. En el caso de contingentes españoles en el exterior, serán de aplicación los tratados, acuerdos o convenios internacionales suscritos por España, extendiéndose, en su defecto, la competencia de esta jurisdicción a los delitos o faltas tipificados en la legislación nacional siempre que el inculcado sea nacional y el ilícito se haya cometido en acto de servicio o en lugares o sitios ocupados por las Fuerzas Armadas españolas⁶⁰. En tiempo de guerra y en el ámbito que determine el Gobierno, la jurisdicción militar, será también competente para conocer de los delitos y faltas que se determinen en los tratados con potencia u organización aliadas, los comprendidos en la legislación penal común cuyo conocimiento se le asigne y todos los tipificados por la legislación nacional si se cometen en el extranjero y el inculcado es militar español, así como todos los cometidos por aquellos que tengan el estatuto de prisioneros de guerra.

Sin embargo, éste término, el del ámbito *estrictamente castrense*, adolece de una evidente indeterminación⁶¹ en su formulación constitucional y, por tanto, ofrece la posibilidad- y crea el riesgo- de considerar como castrenses conductas de difusa índole⁶², como, de hecho, ha venido sucediendo tradicionalmente⁶³. Por ello, para conocer el alcance del significado de este término no basta con atender lo dispuesto por las disposiciones anteriormente citadas, sino que también es preciso acudir al Tribunal Constitucional y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La delimitación del ámbito estrictamente castrense por parte del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo es una cuestión definida y ya

⁶⁰ Vid. CASAJÚS AGUADO, S.: 'El ejercicio de la jurisdicción militar en operaciones fuera del territorio nacional', en RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (dir.): *Constitución y jurisdicción militar*. Cuadernos Lucas Mallada, Ed. Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, págs. 105-119.

⁶¹ Op. Cit., pág. 64.

⁶² FERNÁNDEZ SEGADO, F.: 'La reforma del ámbito competencial de la jurisdicción militar', págs. 67-68.

⁶³ En la actualidad, por ejemplo, algunos autores, escudados en lo indeterminado tanto del ámbito estrictamente castrense como del interés jurídico castrense, proponen la ampliación de la competencia de la jurisdicción militar a los delitos contra la salud pública cuando el lugar de la comisión se ubica en un lugar, establecimiento, buque o aeronave militar. Vid. CORRALES ELIZONDO, A.: 'Reflexiones sobre las perspectivas de actualización en el derecho penal y judicial militar', pág. 565 y PIGNATELLI MECA, F.: 'El Código Penal Militar. Perspectivas de *lege ferenda*', en PÉREZ ESTEBAN, F.: *El Derecho Penal y Procesal Militar en la reforma de las normas comunes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 150-153.

consolidada y, en este sentido, la Sala de Conflictos no ha cuestionado en ninguno de sus fallos la competencia de la jurisdicción militar⁶⁴ tal y como ha sido formulada por estos tribunales. Así, esta misma Sala ha afirmado que *‘la delimitación [de la jurisdicción militar] vendrá impuesta por las infracciones que se cometan por militares, entre militares y con referencia a las actuaciones propias del servicio o profesión militar, pero también alcanza la competencia a los delitos y faltas cometidos por civiles cuando incidan directamente sobre actividades propias de los Ejércitos, este último supuesto debe tener un ámbito más restringido que el anterior, con tendencia en casos dudosos a derivar hacia la jurisdicción penal ordinaria’*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que el término *‘estrictamente castrense’* debe interpretarse de manera restrictiva (*‘[...] resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al «ámbito estrictamente castrense»*. *Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente’*)⁶⁵ conforme a los criterios establecidos en la conocida sentencia 60/1991. Dicha resolución recoge los parámetros a tener en cuenta por el legislador y por el juez competente a la hora de determinar si una determinada conducta está situada en esa esfera de lo *‘estrictamente castrense’*.

Entre ellos, resultan de especial interés los criterios que conectan la esfera de lo *‘estrictamente castrense’* con los objetivos, medios y fines de las Fuerzas Armadas y, muy especialmente, con la naturaleza del delito militar, es decir, con los bienes jurídicos *‘estrictamente castrenses’* objeto de protección por la ley penal militar. Así, en la sentencia 545/1990, *‘como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser clasificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido, con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que*

⁶⁴ Sin embargo, que la Sala de Conflictos no haya cuestionado las decisiones de los otros tribunales en materia competencial no significa que la posición de esta Sala sea inequívoca pues, muy al contrario, pueden encontrarse pronunciamientos en los que se apuesta por una concepción restrictiva de la jurisdicción militar (sentencias de la Sala de Conflictos de 18 de diciembre de 1991, de 20 de diciembre de 1990 y de 19 de mayo de 1989) y resoluciones en los que se aprecia una concepción amplia de la misma (sentencias de 11 de marzo de 1996, de 10 de julio y de 30 de noviembre de 1995, de 6 de noviembre de 1991 y de 2 de abril de 1990).

⁶⁵ STC 75/1982, fundamento jurídico segundo.

constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armada y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (artículos 8 y 30 CE), con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado uti miles por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense⁷.

La Sala 5ª del Tribunal Supremo se sitúa en la misma línea que el alto tribunal al afirmar que el ámbito ‘*estrictamente castrense*’ no queda determinado *ratione personae*, sino exclusivamente en atención a la naturaleza de los hechos y a la relación de estos con la esfera castrense. Concretamente, la Sala 5ª del Tribunal Supremo señala que lo castrense deriva el bien jurídico protegido, de los intereses en los que la acción recae, de los fines de las Fuerzas Armadas reconocidos en el art. 8.1 CE y, a veces, de la condición de militar del sujeto activo⁶⁶.

Sin embargo, el art. 117.5 CE pudo entenderse de otra forma y haber tenido un desarrollo legislativo posterior en el que lo castrense se hubiera entendido como un orden penal militar integrado en la jurisdicción ordinaria⁶⁷.

A pesar de estos pronunciamientos, el concepto de lo ‘*estrictamente castrense*’ permanece en la indeterminación jurídica al establecerse su conexión, en primer lugar, con un término artificioso, el del bien jurídico estrictamente castrense que, como se verá en la segunda parte de este trabajo, carece de virtualidad jurídica. No es posible hablar de la existencia de bienes jurídicos estrictamente militares que condicionen la naturaleza del delito porque tal categorización de los intereses protegidos por la norma es ajena a la Ciencia jurídico-penal. La decisión de proteger unos bienes jurídicos y no otros por la ley penal militar corresponde al legislador y no implica la existencia *ex ante* de elementos que predeterminan el bien jurídico.

Por ejemplo, considérese la decisión del Tribunal Constitucional en su sentencia 194/1989 que sitúa en el ámbito de lo estrictamente castrense el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un instituto

⁶⁶ STS de 24 de junio de 1991, fundamento jurídico segundo.

⁶⁷ DOIG DÍAZ, Y.: *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, págs. 95 y 96.

armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente. Que la protección de la disciplina militar se haya diferenciado del concepto global de disciplina y asignado a la jurisdicción castrense no es sino la consecuencia de un fuerte sustrato valorativo en lo que atañe a las bondades de la disciplina militar, de la inercia de siglos de tradición y, en última instancia, de una decisión del legislador⁶⁸. La opción de individualizar la disciplina de los militares frente a la disciplina del resto de servidores públicos es, además, la causa de que el estatuto jurídico básico de un sector del funcionariado haya de ser conocido por una jurisdicción distinta a la ordinaria, lo cual no deja de plantear, en los últimos años, un gran malestar entre aquellos directamente afectados.

El contenido conferido por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo al ámbito estrictamente castrense sobre la base de la existencia de bienes jurídicos castrenses y de los trascendentes fines de las Fuerzas Armadas supone la aceptación y elevación a categoría jurídica de elementos que pertenecen al ámbito valorativo y sociológico y que nunca debería haberse incorporado ni a la justicia militar ni al DPM. Configurar el ámbito estrictamente castrense en base a las especificidades de las Fuerzas Armadas redundaría en las viejas tesis que entendían el ámbito militar como privativo y separado del resto de la sociedad e implica reconocerles propiedades especiales a las Fuerzas Armadas, en clara referencia a una conceptualización institucionalista de las mismas que ha de ser cuanto antes superada.

5. LA TENDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Tradicionalmente y con carácter general, puede afirmarse que la conjunción entre el Derecho y el Ejército, ambos potentes instrumentos de coerción del Estado, ha estado 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, entendido éste como concepto integrador del programa penal derivado de los textos constitucionales y de la construcción dogmática del delito derivada del Estado moderno, por la jurisdicción y su incorporación al ámbito de la administración militar. Sin embargo, esta tendencia de la preponderancia de lo

⁶⁸ En contra de esta opinión, véase LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Protección penal e la disciplina militar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, págs. 47-108. Este autor argumenta que, en efecto, la disciplina es un elemento tan fundamental para la organización militar que necesariamente constituye un bien jurídico a proteger penalmente.

militar se ha ido flexibilizando y amoldando a los requisitos propios e inherentes a la implantación y consolidación del Estado de Derecho⁶⁹, incluso invirtiéndose, en el último tercio del s. XX, en países como Alemania, Francia, Holanda, Austria, Noruega y Dinamarca- por ceñirnos únicamente al entorno europeo-, mediante un proceso de transformación de la jurisdicción militar mediante su incorporación a la jurisdicción ordinaria y atribuyendo su competencia a salas especializadas⁷⁰. Esta línea de subsunción de la jurisdicción militar en la jurisdicción ordinaria no ha sido homogénea en los todos los países del entorno⁷¹, de manera que se aprecia una transformación más lenta y gradual en países como Italia⁷² y sobre todo España, que mantiene aún en la actualidad una organización judicial castrense distinta de la ordinaria.

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 procesal o 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 formal de la jurisdicción militar a nivel europeo.

⁶⁹ PARADA VÁZQUEZ, R.: ‘Toque de silencio por la Justicia Militar’, pág. 11.

⁷⁰ 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

⁷¹ 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*, núm. 1, 1997; págs. 361 y ss., y JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F.: ‘Notas sobre legislación penal militar extranjera’, en *REDM*, núm. 25, 1968; págs. 101 y ss; y, sobre todo, NOLTE, G.: *European Military Law System*.

⁷² 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 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, etc., 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. 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, págs. 235-236.

6. CONCLUSIÓN

La justicia militar ha experimentado numerosas modificaciones a lo largo de su existencia de acuerdo con el modelo de Estado en el que se inserta en cada momento. Pero ha sido la aprobación de la Constitución Española en 1978 la que ha impuesto sus más profundos cambios y su actual configuración como jurisdicción especializada y limitada al ámbito estrictamente castrense. A pesar del reconocimiento constitucional que se efectúa de su existencia, la cuestión en torno a la mantención de la jurisdicción militar no es pacífica y aún hoy pueden encontrarse autores que apuestan por su supresión. Desaparecidos los condicionantes históricos presentes en el momento de la elaboración del art. 117.5 CE y de aprobación de la CE de 1978 y en consonancia con la realidad social de nuestro tiempo, creemos que existen razones de probada entidad que recomiendan el planteamiento de un debate en torno a la justicia militar desde la reflexión y la templanza⁷³. Evidentemente, un nuevo modelo dependerá de la opción política e incluso ideológica que se defienda pero no hay que olvidar que la defensa y protección de aquello que constituye las esencias de los Ejércitos puede adoptar diversas fórmulas.

La configuración de la justicia castrense como jurisdicción especial no es un mandato constitucional y, por tanto, nada impide que sea admisible un nuevo modelo en el que aquella se organice como un orden jurisdiccional más dentro del Poder Judicial. Al menos en materia penal y para tiempos de paz y en aras del pleno cumplimiento de las garantías constitucionales, la competencia de la jurisdicción castrense debe integrarse en la justicia ordinaria⁷⁴. Los valores y principios de las Fuerzas Armadas no se verán desvirtuados porque jueces debidamente formados aunque ajenos a la carrera militar conozcan de los ilícitos que se produzcan en el ámbito militar. Descartamos, por tanto, que sean necesarios valores homogéneos entre los órganos judiciales y los justiciables militares o la identidad de sentimientos, vivencias o conocimientos para la correcta aplicación de la norma no sólo desde el punto de vista técnico-jurídico, sino también desde la perspectiva del entendimiento de los valores y principios del ámbito

⁷³ Cfr. MOZO SEOANE, A.: 'Ante la reforma de la jurisdicción militar', págs. 570 y 576-581.

⁷⁴ MILLÁN GARRIDO, A.: 'La jurisdicción militar en el actual ordenamiento constitucional', en RAMÑIREZ JIMÉNEZ, M. (dir.): *Constitución y jurisdicción militar*. Cuadernos Lucas Mallada, Ed. Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, pág. 69.

militar⁷⁵. Tampoco se corre este riesgo porque el derecho aplicable esté contenido en el Código Penal y no en un cuerpo jurídico diferenciado.

⁷⁵ Cfr. PÉREZ ESTEBAN, F.: 'La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar', en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 1999, pág. 531.