

LA AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR AL AMPARO DEL ACTUAL CÓDIGO PENAL MILITAR. TENDENCIAS Y MEJORAS

Dr. Daniel Vallès Muñío

Profesor Lector Serra Húnter

Universitat Autònoma de Barcelona

Facultad de Derecho

Área de Historia del Derecho y de las Instituciones

Resumen

En este trabajo intentamos poner de manifiesto algunas dudas sobre la ampliación de la competencia de la jurisdicción militar en relación con el actual Código Penal Militar, a partir de los Principios DECAUX sobre la administración de justicia por tribunales militares.

Palabras clave: tribunales militares, Código Penal Militar, competencia judicial, jurisdicción militar.

Abstract

In this paper we try to highlight some doubts about the expansion of the jurisdiction of the military jurisdiction in relation to the current Military Penal Code. This analysis is based on the Decaux Principles on the Administration of Justice by Military Courts.

Keywords: Military Courts, Military Penal Code, judicial powers, military jurisdiction.

SUMARIO

1. Introducción.
2. La ampliación de la competencia de la jurisdicción militar
3. La jurisdicción militar puede juzgar civiles.
4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Desde las últimas décadas, una de las prácticas más controvertidas en el ámbito de los conflictos armados es la sumisión del conocimiento de la comisión de graves violaciones de los derechos humanos perpetradas por militares a la jurisdicción militar, propia de los autores.

Esta atribución de competencia se ha visto como una fuente de inmunidad para los autores y como un obstáculo para la búsqueda de justicia y reparación que ostenta la víctima de los abusos causados por militares. Como se intuye, la inmunidad puede estar causada tanto por la falta de imparcialidad de los jueces militares en el enjuiciamiento de sus compañeros de armas, como en el difícil acceso de las víctimas y de sus familiares a un recurso efectivo, a la justicia y a la verdad¹. A lo anterior también podría añadirse el coste económico y personal que pudiera tener para la víctima o sus familiares el tener que pleitear ante los tribunales militares de un país extranjero, en el caso de acciones bélicas militares fuera del territorio nacional del ejército en cuestión.

¹ Al respecto, es significativo el caso de los abusos perpetrados por soldados españoles entre enero y febrero de 2004 en la base militar en Irak, que aparecieron en un vídeo publicado por el periódico *El País*. Según dicho periódico, la jueza encargada de la investigación de los hechos acusó a 5 miembros o ex miembros de la Legión por un delito de torturas, que se encuentra dentro de los delitos por violar las leyes y usos de la guerra. A preguntas parlamentarias, el Gobierno contestó (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, n.º 325, de 19 de septiembre de 2013, pp. 1172-1173) que las actuaciones estaban siendo tramitadas ante el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 12 de Madrid, las cuales han sido declaradas secretas. Finalmente, el diario *El País* de 20 de septiembre de 2015 publicó la noticia que el juez encargado, por aquel entonces de la investigación, propuso el sobreseimiento provisional de las actuaciones por ser imposible identificar a los autores de la tortura, ya que el militar denunciante se había desdicho de sus acusaciones. Finalmente, el 8 de febrero de 2016 *El País* publicó que el Tribunal Militar Central acordó dicho sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Por otro lado, para los casos en los que un civil pueda ser juzgado por tribunales militares, dicha atribución de jurisdicción también se puede entender como una vulneración del principio del juez natural, ordinario y predeterminado por la ley. Si el presunto causante de un delito es civil, lo lógico es que el fuero encargado de su enjuiciamiento sea la jurisdicción ordinaria y no la militar, diferente de la anterior, en principio más severa, con tipos y penas distintos.

Con este trabajo queremos plantear algunas preguntas sobre la adecuación del actual Código Penal Militar a los *Principios Decaux*², confeccionados por el relator especial sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares, Emmanuel DECAUX. Estos Principios deben ser complementados con el informe de la relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela KNAUL, que se centra en la administración de justicia por los tribunales militares³, de 7 de agosto de 2013. Será a la luz de estos principios e informes que analizaremos el actual Código Penal Militar.

Como bien concreta ANDREU-GUZMÁN⁴, «una justa y adecuada regulación de los tribunales militares, acorde al derecho internacional de los derechos humanos, es esencial para una correcta administración de justicia [...] así como para erradicar la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos».

Pero, además de dicha buena regulación, también es útil partir de una premisa significativa: no todos los países tienen una jurisdicción militar. DE LEÓN VILLALBA explica la posibilidad de adoptar otros modelos de jurisdicción militar como, por ejemplo, el de su supresión e incorporación de sus competencias a la jurisdicción ordinaria en tiempo de paz, limitando su competencia únicamente a las situaciones de conflicto armado, tal y como ocurre en un significativo conjunto de sistemas jurídicos en el

² Principios DECAUX, Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2006/58, de 13 de enero de 2006. Un breve análisis sobre los Principios DECAUX en GIBSON, M. R. «International human rights law and the administration of justice through military tribunals: preserving utility while precluding impunity». *Journal of International Law & International Relations*, vol. 4, n.º 1. 2008. Gran cantidad de referencias académicas sobre los Principios Decaux en THE YALE DRAFT. *Decaux Principles Workshop*. 2018, p. 5: <https://www.court-martial-ucmj.com/files/2018/06/The-Yale-Draft.pdf>. Estos principios han sido citados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por ejemplo, en la Sentencia Ergin v. Turquía, de 4 de mayo de 2006.

³ Documento ONU, A/68/285, de 7 de agosto de 2013.

⁴ ANDREU-GUZMÁN, F. *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas 2011, p. 8.

derecho comparado⁵. ANDREU-GUZMÁN cita⁶ a Alemania, Argentina, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Francia, Guinea, Japón, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Senegal y Suecia, en los que la jurisdicción ordinaria es la encargada de enjuiciar los ilícitos penales perpetrados en las filas castrenses⁷.

Parece existir una tendencia⁸ a reducir las competencias de las jurisdicciones castrenses, tendentes hacia una «civilización», tanto en procedimientos como en estructura y personal, por ejemplo, en la participación de jueces civiles para enjuiciar delitos causados por militares⁹. De hecho, el magistrado de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo Ilmo. Sr. Ángel JUANES PESES fue más categórico ya en 2007 cuando planteó¹⁰ «suprimir la

⁵ DE LEÓN VILLALBA, F. J. *Bases del derecho penal militar español*. Iustel, 2016, p. 36.

⁶ ANDREU-GUZMÁN. *Op. cit.*, p. 54, nota 173.

⁷ Es curioso hacer notar que una cosa es la inexistencia de jurisdicciones militares y otra que pueda existir una regulación penal específica para los delitos cometidos por militares. Así, puede ser que un buen juez sea capaz de aplicar a un militar una regulación específica destinada a castigar los delitos causados en files castrenses.

⁸ Informe KNAUL, de 7 de agosto de 2013, p. 6, punto 20: «A lo largo del tiempo se ha registrado una tendencia creciente a reducir la competencia de los tribunales militares. El modelo tradicional de justicia militar, según el cual quien da las órdenes dicta la sentencia, ha sufrido progresivamente cambios importantes cuyo resultado ha sido una incorporación gradual de los tribunales militares como rama especializada del sistema de justicia general. Varios países han abolido el funcionamiento de los tribunales militares por completo en tiempo de paz y transferido la responsabilidad de los presuntos delitos del personal militar a los tribunales ordinarios y/o a órganos disciplinarios».

⁹ Esta tendencia ya se empezó a plantear en el Estado español ya por 1998, cuando el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado de 11 de mayo de ese año señaló como uno de los objetivos «vertebrar la justicia militar con la ordinaria, en aplicación del principio constitucional de unidad jurisdiccional»; en GARCÍA LABAJO, J. M. «Reflexiones en torno a las bases de la organización militar»; en INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS. *El marco jurídico de las misiones de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz*. Cuadernos de Estrategia, n.º 116. Madrid: Ministerio de Defensa, 2002, p. 173. Pero el mismo autor cuestiona la realidad de esa integración, más allá de la existencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, ya que los órganos jurisdiccionales militares se sitúan en sedes militares, se sostienen con cargo a los presupuestos de Defensa, el personal que sirve en esos órganos conserva enteramente su estatus militar, etc. De hecho, el autor planteaba una integración de la jurisdicción militar en el orden contencioso-administrativo, véase nota 60 a la página 176.

¹⁰ JUANES PESES, Á. «La jurisdicción militar. Régimen legal vigente: especial referencia a la Sala Quinta del Tribunal Supremo: perspectivas de futuro», en GIMENO SENDRA, V. (dir.). *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*. Iustel, 2007, pp. 28 y 29: «En efecto el CPM opera respecto al CP común como una ley especial, ya que se nutre de principios comunes, tal y como establece el propio CPM vigente que consagra así el principio de unidad penal; unidad esta que es la que hace conveniente que exista una sola sala, pues de lo contrario como ocurre en la actualidad puede darse el caso de que por ejemplo cada una de las salas mantenga un criterio distinto sobre la tenencia ilícita de armas, u otras cuestiones no menos complejas. Por ello, es conveniente en aras a la seguridad jurídica la existencia de una sola sala».

jurisdicción militar» o «atribuir el recurso de casación (militar) a la Sala Segunda del Tribunal Supremo» y, por ello, suprimir la Sala Quinta del mismo órgano. JUANES optó por la existencia de una sola sala, «en aras a la seguridad jurídica».

ANDREU-GUZMÁN concreta¹¹ la existencia de cuatro tendencias de la regulación de la jurisdicción militar:

- La supresión de las jurisdicciones penales militares en tiempos de paz.
- La integración de la jurisdicción militar en la jurisdicción ordinaria.
- La «civilización» de los tribunales y procedimientos militares.
- La restricción de los ámbitos de competencia de los tribunales militares, que se concreta en (i) la prohibición del enjuiciamiento de civiles por tribunales militares, (ii) la interpretación restrictiva del delito militar y del delito de función, y (iii) la exclusión de las graves violaciones de derechos humanos del ámbito judicial castrense.

Nos tocará analizar si dicha tendencia a la restricción del ámbito de competencia de los tribunales penales militares se ha dado a partir de la promulgación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar¹² o, por el contrario, se ha ampliado su competencia.

2. LA AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Si, como hemos visto, una «buena regulación de los tribunales militares» puede ser garantía para evitar la impunidad, pensemos qué debe entenderse por ello y comprobemos si la nueva legislación penal militar española es acorde con esa «buena regulación», es decir, si se adapta a las nuevas tendencias legislativas internacionales.

Los «Principios Decaux» parten de una postura intermedia¹³, ni buscan la demonización de la jurisdicción militar, ni tienen como objetivo consolidarla en una situación de excepción, ajena a cualquier tipo de control

¹¹ ANDREU-GUZMÁN. *Op. cit.*, pp. 53 y ss. También en el Informe KNAUL, pp. 6 y ss.

¹² BOE n.º 247, de 15 de octubre.

¹³ Principios DECAUX. *Op. cit.*, p. 7.

y abierta a abusos de poder y de casta. Dichos principios buscan, como hemos apuntado, «civilizar» la justicia militar, ajustándola a los principios de la buena administración de justicia y convirtiéndola «en una justicia como las demás».

Concretamente, utilizaremos los principios que se refieran a la restricción de la competencia de la jurisdicción penal militar y veremos si estos se cumplen o no en el nuevo Código Penal Militar español.

– El principio n.º 3 sobre la «declaración del estado de guerra» dice:

«[...] En periodo de crisis, la declaración del estado de guerra o de regímenes de excepción no debe afectar a las garantías procesales. Las disposiciones excepcionales que puedan adoptarse “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación” han de respetar los principios de la buena administración de justicia.

En particular, la suspensión del régimen de normalidad no debería entrañar la sustitución de los tribunales ordinarios por los tribunales militares [...]».

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar¹⁴, concreta que, en materia penal, la jurisdicción militar se extiende al «ámbito estrictamente castrense [...] así como a las (materias) que establezca la declaración de estado de sitio».

A primera vista, la competencia de la jurisdicción militar podría ampliarse en la declaración del estado de sitio, el cual viene inicialmente regulado por el artículo 116 de la Constitución, que remite su concreción a la ley orgánica.

En desarrollo de lo anterior, se promulgó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio¹⁵, que estableció que solo se podrá establecer alguno de estos estados «cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes» (art. 1.1). Estos estados de excepción y las medidas que implican «serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias» (art. 1.2). Pero, por lo que aquí interesa, el artículo 1.4

¹⁴ BOE n.º 171, de 18 de julio de 1987.

¹⁵ BOE n.º 134, de 5 de junio de 1981.

establece que la declaración de alguno de estos estados de excepción «no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado».

Aquí se nos presenta un problema semántico: la declaración de un tipo de estado de excepción no puede suponer la interrupción del normal funcionamiento de los tribunales de justicia. Pero el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, antes citado, permite extender la competencia de la jurisdicción militar mediante la declaración del estado de sitio. ¿En qué términos puede extenderse dicha competencia mediante el estado de sitio?

El artículo 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, establece que «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios» el Gobierno podrá proponer al Congreso la declaración de estado de sitio, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución. Esa declaración¹⁶ determinará «el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio» y «podrá autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido que se reconocen en el apartado 3 del artículo 17 de la Constitución».

Por ello, el estado de sitio solo podrá suponer la suspensión de los derechos contemplados en el artículo 55.1 de la Constitución:

«Los derechos reconocidos en los artículos 17 (derecho a la libertad y seguridad, limitación de la prisión preventiva, información sobre la detención, *habeas corpus*), 18 apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), artículos 19 (libre elección de residencia y circulación), 20, apartados 1, a) (libertad de expresión) y d) (libertad de prensa), y 5 (secuestro de publicaciones), artículos 21 (derecho de reunión), 28, apartado 2 (derecho a la huelga), y artículo 37, apartado 2 (derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo), podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de

¹⁶ Según el Auto del Tribunal Constitucional n.º 7/2012, de 13 de enero, la declaración de estado de sitio no es un «mero acto de carácter autorizatorio», ya que tiene un contenido normativo o regulador, y tiene «rango o valor de ley»; también entiende que el control de dicha declaración de sitio ha de ser vehiculada mediante el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad, y no es impugnable mediante el recurso de amparo, «sin perjuicio, como es evidente, de que los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación puedan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente», tal y como dice la Sentencia n.º 83/2016 de 28 abril [RTC 2016\83].

excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 (derecho a ser informado del motivo de su detención, sin poder ser obligada a declarar, derecho a ser asistido de abogado) para el supuesto de declaración de estado de excepción».

Si tenemos en cuenta que no se menciona el artículo 24 de la Constitución, que establece el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez predeterminado por la ley, podríamos concluir que la declaración del estado de sitio no podría suponer la sustitución de los tribunales ordinarios por los tribunales militares, en consonancia con el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio.

En principio, parece claro que dicha declaración no podrá implicar la interrupción del normal funcionamiento de los tribunales de justicia y que solo podrá suponer la suspensión de los derechos mencionados en el artículo 55.1 CE, mencionados en los párrafos precedentes.

Pero se deja abierta la posibilidad de ampliar la competencia de los tribunales militares mediante la declaración del estado de sitio; en ningún momento se restringe dicha posible ampliación competencial. No se concreta, p.e., qué infracciones cometidas por civiles serán susceptibles de ser enjuiciadas por los tribunales militares; tampoco se concreta qué delitos entrarán dentro de dicha competencia y cuáles no entrarán: ¿entrarán solo los contemplados por el Código Penal Militar?

Esto tiene poco sentido: si se prevé la posibilidad de que la declaración del estado de sitio pueda ampliar la competencia de los tribunales militares, es para superar el ámbito competencial «normal» (léase, fuera del estado de excepción) de dicha jurisdicción. Si no se entendiera que mediante la declaración del estado de sitio no se pudiera ampliar la competencia, no se hubiera consignado dicha posibilidad dentro del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (la jurisdicción militar se extiende al «ámbito estrictamente castrense [...] así como las que establezca la declaración de estado de sitio»).

Respecto a este artículo, cabe tener en cuenta que su literalidad hace referencia a la extensión de la jurisdicción militar a las «[...] materias [...] que establezca la declaración de estado de sitio [...].» Es decir, hablamos de una posible ampliación competencial sobre «materias», una competencia material. Pero no sabemos, *ex ante*, qué materias puede encargar una declaración de estado de sitio su enjuiciamiento a la jurisdicción militar, y que no tenga encargada ya en un estado «normal».

Además, a partir de una interpretación necesariamente restrictiva de toda limitación o restricción de derechos fundamentales, podríamos argumentar que, tratándose de ampliación material de competencia jurisdiccional, quedaría excluida, por tanto, una ampliación «personal» de la jurisdicción militar *ex declaración de estado de sitio*. Por tanto, sería posible admitir que, mediante dicha declaración, no sería posible ampliar la jurisdicción militar a aquellas personas que no estuviera sujetas a dicha jurisdicción en tiempo de estado de no excepción.

Finalmente, queremos apuntar lo que establece el artículo 30 del Código Penal Militar de 2015¹⁷, sobre el «incumplimiento de bandos militares en situación de conflicto armado o estado de sitio», cuyo tenor es muy similar al artículo 63 del Código Penal Militar de 1985:

«El que se negare a cumplir o no cumpliera las prescripciones contenidas en los bandos que dicten las autoridades militares en situación de conflicto armado o estado de sitio, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión».

El sujeto típico de la acción puede no ser militar, es decir, de la literalidad de la norma, podemos argumentar que el sujeto activo puede ser un civil que no cumpliera lo establecido en bandos militares. Y podemos preguntarnos si la posibilidad de enjuiciar a civiles mediante normas penales militares (por incumplir bandos militares) no supondría una modificación del artículo 24 de la Constitución, al no estar, como hemos dicho, contemplado en el artículo 55.1 del texto constitucional¹⁸.

Al respecto es necesario acudir al artículo 34 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, en el que se permite a la autoridad militar publicar bandos, cuyo contenido consistirá en «las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del

¹⁷ BOE n.º 247, de 15 de octubre de 2015.

¹⁸ Sobre la imposibilidad de que los bandos militares tengan función normativa penal, véase LAMARCA PÉREZ, C. «Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española». *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 20, mayo-agosto, pp. 117-118. En cambio, MOZO SEOANE, A. «Estados de excepción y Fuerzas Armadas». *Boletín de Información del Centro Superior de la Defensa Nacional (CESEDEN)*, n.º 221, 1991, pp. 15 y ss., entiende que los bandos militares sí eran «una verdadera fuente de derecho -la principal, si no la única- en los más graves estados de crisis» pero que la actual regulación «ha eliminado ese carácter de fuente jurídico-penal». Por ello, entiende que las medidas a adoptar en los bandos son «las que sean necesarias para la tarea de ejecución» del estado de sitio, aunque señala sus dudas sobre el alcance de esa potestad.

estado de sitio», en la cual el Congreso «podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar», según el artículo 35.

Es decir, lógicamente, se trataría de delitos que no fueran ya competencia de la jurisdicción militar, sino que lo fueran de la jurisdicción ordinaria. Además, la aplicación de este artículo podría estar limitada por el artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la derogación de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 4.1 (prohibición de esclavitud o servidumbre) y 7 (principio de legalidad en el ámbito penal)¹⁹. Sería este último artículo el que vetaría, a nivel europeo, cualquier tipo de ampliación o creación de tipos penales mediante la declaración del estado de sitio o mediante los bandos militares.

Además, esta prohibición de *nulla pena sine lege* nos plantea la duda de qué alcance tendría el hecho de someter algunos delitos del Código Penal (ordinario) a la jurisdicción militar, ya que no podría, en principio, ir más allá de la interpretación de esos tipos penales que hubieran realizado previamente el Tribunal Supremo. Si extendemos el argumento, ¿qué utilidad podría tener que la jurisdicción militar juzgase, por ejemplo, delitos como el robo o el hurto, contenidos en el Código Penal y que ya tienen una pena establecida?

También podríamos preguntarnos si lo que querría el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, respecto a los delitos que podría juzgar la jurisdicción militar, no son tipos penales sino sujetos típicos, es decir, los autores de algunos de los delitos. Es decir, si lo que quiere dicho artículo es ampliar el alcance subjetivo de la jurisdicción militar a civiles, durante el tiempo del estado de sitio.

Así lo cree MELÓN MUÑOZ²⁰ al entender que el sujeto activo del tipo del artículo 30 del Código Penal Militar puede ser cometido por

¹⁹ Según información del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a fecha agosto de 2018, nueve países han solicitado la derogación prevista en el artículo 15: Albania, Armenia, Francia, Georgia, Grecia, Irlanda, Turquía, Reino Unido y Ucrania. Cuatro de ellos (Grecia, Irlanda, Reino Unido y Turquía) tuvieron que justificar las medidas adoptadas. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_ENG.pdf

Para una explicación del artículo 15 y su aplicación jurisprudencial, véase la Guía del propio TEDH en

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf

²⁰ MELÓN MUÑOZ, C. «Artículos 30 a 37. Los delitos contra la seguridad y defensa nacional (II)», en DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PESES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*. Tirant lo Blanch, 2017, p. 333.

cualquier persona, sin que se exija su condición de militar, por lo que califica el delito de «delito militar impropi». Para justificar esta ampliación de la competencia subjetiva, MELÓN MUÑOZ, explica que, «la extensión de la competencia de la jurisdicción militar [...] no deriva del propio bando, [...] sino de la decisión del Congreso de los Diputados que se plasma en la declaración del estado de sitio», la cual requiere mayoría absoluta del Congreso (art. 116.4 de la Constitución), de manera idéntica a la aprobación de una ley orgánica (art. 81.2 de la Constitución).

Si bien parece que, a primera vista, los bandos militares no podrán establecer explícitamente nuevos tipos penales, ¿podría ser que el contenido de un bando militar, las prohibiciones y obligaciones en él contenidos sean, de hecho, un «tipo nuevo» cuyo incumplimiento entre dentro de la jurisdicción militar²¹? ¿Sería esta una vía de ampliación de la jurisdicción militar? Por suerte, la historia no nos permite pasar de la mera especulación intelectual en este punto.

Otra duda que se nos presenta es qué institución u organismo velará porque los bandos militares en el estado de sitio se ciñan a sus funciones y «no innoven» tipos penales o amplíen de manera antijurídica la competencia de la jurisdicción militar. ¿Quién controlaría el alcance de los bandos militares y que estos no superasen el ámbito de sus funciones, de acuerdo con el sometimiento de dichos actos al orden jurisdiccional, *ex artículo 3.1 de la Ley Orgánica 4/1981*? ¿Sería el Gobierno que designó, *ex artículo 33.2 de la Ley Orgánica 4/1981*, a la autoridad militar encargada de ejecutar las medidas del estado de sitio y que fijó las condiciones y las medidas a ejecutar?

En conclusión, se puede afirmar que el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, al permitir que el Congreso amplíe la competencia de los tribunales militares en estados de sitio y ante la falta de concreción de los bandos militares, no se ajustaría a lo preceptuado en el Principio DECAUX n.º 3, citado al principio de este apartado.

²¹ GARRIDO LÓPEZ, C. «Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración». *Revista de Derecho Político*, n.º 68. 2007, p. 117, comenta que «los bandos contendrán a lo sumo instrucciones recordatorias y admonitorias acerca de los tipos (comunes o militares) aplicables durante el estado de sitio, pero nada más. Y ni siquiera la resolución declaratoria del Congreso de los Diputados podría convertirlos en otra cosa».

3. LA JURISDICCIÓN MILITAR PUEDE JUZGAR CIVILES

A la vista de la anterior ampliación de la competencia de la jurisdicción militar para juzgar civiles en estado de sitio, veamos si también se da en otras circunstancias.

- El principio n.^o 5 sobre la «incompetencia de los órganos judiciales militares para juzgar civiles» establece:

«Los órganos judiciales militares deberían, por principio, ser incompetentes para juzgar civiles. En cualquier caso, el Estado velará por que los civiles acusados de una infracción penal, sea cual fuere su naturaleza, sean juzgados por tribunales civiles».

En este punto es esencial tener en cuenta las características competenciales de la jurisdicción militar: el artículo 117.5 de la Constitución española vigente, establece «(e)l principio de unidad jurisdiccional» y limita el ejercicio de la jurisdicción militar al concepto jurídico indeterminado²² de lo «estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio». Como es sabido, el anterior artículo tuvo su desarrollo en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 6/1986, del Poder Judicial.

De lo anterior se concluye fácilmente que la jurisdicción militar es una jurisdicción «especial», dentro de la jurisdicción única ordinaria²³. Y es especial y no «excepcional», puesto que el artículo 117.6 de la misma Constitución española de 1978 proscribe los tribunales de excepción²⁴. Si es, por tanto, una jurisdicción especial y se rige bajo el principio de unidad de jurisdicción ordinaria, es correcto que sea el mismo Tribunal Supremo el que sea la cúspide de dicha jurisdicción ordinaria y en el que se incluya dicha jurisdicción militar (*ex* artículo 123.1 CE).

El siguiente artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que ya hemos visto más arriba, concreta:

²² Así lo entiende como tal DE LEÓN. *Op. cit.* pp. 37 y ss., y que ha de ser interpretado restrictivamente.

²³ De hecho, la Sentencia n.^o 113/1995 del Tribunal Constitucional, de 6 julio [RTC 1995\113], ponente: don Fernando García-Mon y González Regueral.

²⁴ La Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.^a) de 19 diciembre 2014, ponente: Excmo. Sr. Fernando Pignatelli Meca [RJ 2014\6660], niega el carácter de tribunal de excepción al Tribunal Militar Central, y por ende a la jurisdicción militar, e identifica los tribunales de excepción del artículo 117.6 CE con los tribunales y jueces *ad hoc*, es decir, sin determinación previa a la comisión del hecho enjuiciado.

«[...] La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración de estado de sitio [...].»

Dejando de lado la posibilidad de aumentar la competencia en los supuestos de la declaración de estado de sitio que ya hemos analizado en los párrafos superiores, la ley será la que determinará el ámbito competencial militar, pero «dentro del ámbito estrictamente castrense», teniendo presente que la jurisdicción militar debe interpretarse de manera restringida «sin posibilidad de interpretaciones extensivas por vía de conexidad o analogía»²⁵.

Este concepto ha sido concretado por la Sentencia n.º 60/1991, del Tribunal Constitucional, de 14 de marzo, ponente Excmo. Sr. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, de la que deriva el resto de doctrina constitucional sobre este concepto. En primer lugar, veta una interpretación extensiva de lo estrictamente castrense «que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses deben corresponder en todo caso a los tribunales ordinarios», es decir, «a lo estrictamente indispensable». Así, lo estrictamente castrense debe conectarse con «los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para “las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional” [STC 160/1987 (RTC 1987/160)]». Además, también se ha de conectar 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 constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 C.E.) y con el hecho que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Jurisdicción) de 19 diciembre 1990 [RJ 1990/10218], ponente Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín: «[...] El art. 117.5 de la Constitución establece la exclusividad de la jurisdicción ordinaria para conocer de toda clase de delitos reduciendo la competencia de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense, sin posibilidad de interpretaciones extensivas por vía de conexidad o analogía [...].»

imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense».

Así, parece que dicha Sentencia establece un «criterio mixto», que tiene en cuenta tanto el elemento objetivo (bienes y obligaciones de carácter militar) y el subjetivo (que el autor o el imputado sea militar).

Así, lo «estrictamente castrense», parafraseando lo anterior y siguiendo a MATAMOROS MARTÍNEZ²⁶, debería quedar limitado por:

- La naturaleza de la infracción cometida.
- El bien jurídico protegido por la norma penal, que ha de ser estrictamente militar, en función de los fines impuestos a las Fuerzas Armadas, de acuerdo con los artículos 8 y 30 de la Constitución española de 1978. Así, según RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ²⁷, lo estrictamente castrense sería lo que derivase del mantenimiento de la organización militar, es decir, «la unidad y disciplina necesarias para que pueda desarrollar con efectividad sus fines y principalmente la defensa nacional».
- El carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo cumplimiento se tipifica como delito.
- La condición de militar del sujeto activo al que se imputa el delito.

Lo primero que deriva de la concepción de «estrictamente castrense» es la característica personal de «militar» del sujeto enjuiciado. ¿Es posible que los civiles puedan ser enjuiciados por la jurisdicción militar? Para GIL GARCÍA²⁸, y de acuerdo con el antiguo Código Penal Militar de 1985, «se debe pretender que el sujeto activo de un delito militar en tiempo de paz, solo pueda ser militar exclusivamente y no otro sujeto».

Pero la jurisprudencia que aplicaba dicho Código no lo entendió así. LÓPEZ-LORCA²⁹ analiza dicha jurisprudencia para concluir que lo fundamental del concepto jurídico indeterminado de «estrictamente castrense»,

²⁶ MATAMOROS MARTÍNEZ, R. «Los límites de la jurisdicción militar», en OLARTE ENCAZO, S. (dir.); ORZA LINARES, R.M. (coord.). *Estudios sobre derecho militar y defensa*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2015, p. 331.

²⁷ 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, 112. Madrid: 2006, p. 32.

²⁸ GIL GARCÍA, O. *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 181 y 182. Véase también MILLÁN GARRIDO. *Op. cit.*, pp. 147 y ss.

²⁹ LÓPEZ-LORCA, B. *Algunas reflexiones para la reforma de la justicia militar*. Seminario Permanente de Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, Documento de Trabajo 2011/15, pp. 19 y ss.

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

no era tanto la cualidad personal de «militar», sino que deriva de las características del bien jurídico protegido, es decir, que este sea estrictamente militar y el interés protegido así lo requiera.

Así lo demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, de 24 de junio de 1991, ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra:

«[...] Es decir, que la condición militar del sujeto es uno más de los elementos a tener en cuenta para decidir si una determinada conducta pertenece o no al ámbito estrictamente castrense, pero ni es elemento esencial, ni es elemento único, sino tan solo un dato relevante más a tener en cuenta. [...]».

Pero ¿y respecto al nuevo Código Penal Militar³⁰? ¿Habrá aprovechado, el legislador español de 2015, la ocasión y se habrá unido a la tendencia internacional a la exclusión de los civiles de la jurisdicción militar? ¿Cumplió el legislador de 2015 con los Principios DECAUX de 2006?

Respecto al enjuiciamiento de civiles es imprescindible tener en cuenta lo que explicó la relatora especial Sra. Knaul en su informe³¹ de 2013; para ella, la práctica de juzgar civiles «en nombre de la seguridad nacional, un Estado de emergencia (como el de sitio, que hemos analizado más arriba) o medidas antiterroristas [...] es una práctica [...] contraria a todas las normas internacionales y regionales y la jurisprudencia³² establecida»; concluye que el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares «plantea problemas graves en cuanto a que la administración

³⁰ Sobre las características del actual Código Penal Militar, véase DE LEÓN. *Op. cit.*, pp. 42 y ss., su carácter accesorio al Código Penal ordinario. Sobre la tramitación del actual Código Penal Militar, véase MILLÁN GARRIDO, A. *Prólogo a la 10.ª edición. Justicia Militar*. Madrid: Editorial Reus, 2017, pp. 138 y ss. También DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PESES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *El Código Penal Militar de 2015...* *Op. cit.*, pp. 44 y ss.

³¹ Informe KNAUL. *Op. cit.*, pp. 11 y ss, puntos 46 y ss. Para MILLÁN GARRIDO. *Op. cit.*, pp. 147 y 148, el debate sobre la incriminación de civiles por la legislación militar, al amparo de los Principios DECAUX, es un «debate ciertamente mediático».

³² MELÓN MUÑOZ. *Op. cit.*, pp. 339 y 340, nota 12, comenta que, si el tipo penal abarca «en cualquier circunstancia a civiles, la tendencia invariable del TEDH es la de declarar, las más de las veces [...] que el mero hecho de que un civil sea juzgado por un tribunal militar, aunque solo en parte sus miembros sean militares, implica violación del derecho de toda persona a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial [...]. La opinión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la misma. Véase, STEDH de 4 de mayo de 2006, caso Erguin contra Turquía, apartados 22-25. De idéntico tenor, STEDH de 32 de septiembre de 2006, caso Manci contra Rumanía, apartados 28-33».

de justicia sea equitativa, imparcial e independiente» y sugiere que «la competencia de los tribunales militares debería limitarse a los delitos de naturaleza estrictamente militar cometidos por personal militar».

¿Habrá superado el nuevo Código Penal Militar, por tanto, la jurisprudencia sobre que lo «estrictamente castrense» pueda incluir a civiles? MILLÁN GARRIDO³³ identifica algunos delitos que, sin necesidad de que medie conflicto armado o estado de sitio, el sujeto activo puede ser un civil: allanamiento de dependencia militar (art. 29), contra centinela (art. 34), hurto, robo, apropiación indebida o daños de armamento o material de guerra (art. 82.3) y receptación respecto de delitos militares (art. 85).

Veamos qué otras dudas nos presenta el actual Código Penal Militar, respecto a algunos de sus tipos en relación al posible enjuiciamiento de civiles:

a) Lo primero que llama la atención es que los miembros de la Guardia Civil y los alumnos «pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho Cuerpo» podrán ser enjuiciados según los artículos del CPM, en tiempo de conflicto armado, durante la vigencia del estado de sitio, «en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que les encomienden», y mientras estén integrados en unidades de las FF.AA. (art. 1.4 CPM). En tiempo de paz, quedarán sujetos a los delitos contra la seguridad y defensa nacionales, contra la disciplina, los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y los delitos contra los deberes del servicio, a no ser que estén ejerciendo «funciones de naturaleza policial».

Cabe tener en cuenta que el mantenimiento de la Guardia Civil dentro del ámbito de aplicación del CPM fue rechazado por todos los grupos parlamentarios de la oposición, lo que no es un tema menor. De hecho, así fue puesto de manifiesto por su voto en contra en la aprobación del CPM en el Congreso³⁴. Lo único que nos queremos plantear es qué valor añadido tiene mantener la inclusión de los miembros de la Guardia Civil en la competencia de la jurisdicción militar, ya que no podemos olvidar que no dejan de ser civiles³⁵; además, qué funciones «no-policiales» de la Guardia

³³ MILLÁN GARRIDO. *Op. cit.*, pp. 147 y ss.

³⁴ Para MILLÁN GARRIDO. *Op. cit.*, p. 148, la aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil es correcta y «acorde con el carácter y la estructura militar de la Guardia Civil». Supera el ámbito de este trabajo resolver la duda de si mantener «el carácter y la estructura militar de la Guardia Civil» es eficiente, si tiene algún sentido o si puede ser incluso perjudicial para sus miembros.

³⁵ Un interesante y actual análisis de la situación sobre la exclusión o no de los miembros de la Guardia Civil, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Artículo 1. Ámbito de

Civil justifican su enjuiciamiento por los tribunales militares y no por los tribunales ordinarios.

b) El delito de espionaje militar (art. 25) puede perpetrarse por un «extranjero» en situación de conflicto armado, sea militar o no lo sea. Pero la tipificación de dicho delito ya se encuentra en los artículos 598 y siguientes del Código Penal vigente, que tratan de los delitos relativos al «descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional». La única razón, a priori, parece ser que dicho delito se incluye ya en una situación de «conflicto armado».

Pero ¿qué debe entenderse por «conflicto armado»? En el articulado no aparece una definición explícita del concepto. Únicamente, en su preámbulo se dice, textualmente:

«[...] Las referencias que el Código Penal Militar que se deroga realizaba a la locución “tiempos de guerra” se sustituyen por la utilización en determinados tipos penales de la expresión “en situación de conflicto armado”, conforme con el concepto y terminología empleados por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia consolidada en materia de derecho internacional humanitario [...].»

Así, si hemos de utilizar el concepto de «conflicto armado» según dichos Convenios de Ginebra, será preciso tener muy en cuenta que:

- El «conflicto armado» puede ser o no, una guerra formalmente declarada (art. 2).
- Dicho conflicto armado puede ser interno o internacional (art. 3).

Lo anterior se ha de comparar con lo que establece el artículo 14 de antiguo Código Penal Militar de 1985:

«[...] A los efectos de este Código se entenderá que la locución “en tiempo de guerra” comprende el periodo de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen estas [...].»

aplicación», en DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PESES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *El Código Penal Militar de 2015...* Op. cit., pp. 75 y ss

A partir de lo anterior, podríamos concluir que el actual Código Penal Militar, mediante su remisión al concepto de conflicto armado del Convenio de Ginebra, amplía su competencia a situación de guerra no declarada y a conflicto armado interno, no internacional. Esta falta de definición del conflicto armado no ha pasado desapercibida para la mejor doctrina. RODRÍGUEZ-VILLASANTE³⁶ entiende que es positiva la no inclusión de la definición de conflicto armado en el Código Penal Militar, sobre todo, por el hecho que muchos otros textos penales militares tampoco lo han recogido, por lo que la «definición de la situación de conflicto armado [...] debe quedar a la interpretación de los tribunales de justicia».

Desde un punto de vista parlamentario, hemos de reseñar que por parte del Grupo Parlamentario de UPyD se realizó las siguientes preguntas al Gobierno³⁷:

«[...] 1. Dado que la expresión “en tiempo de guerra” es precisa y su significado está claramente tasado, ¿cuál es la razón de sustituirla por otra más ambigua y genérica como es: «en situación de conflicto armado»?

2. ¿Maneja el Ministerio de Defensa una definición precisa de “en situación de conflicto armado”? ¿Cuál es? ¿Tiene intención de incorporar esa definición en la ley para evitar arbitrariedades? [...].»

A lo que el Gobierno contestó³⁸:

«[...] La razón de sustituir la expresión “en tiempos de guerra” por la de “en situación de conflicto armado” se justifica por la mejor adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al derecho internacional vigente, ya que desde la Carta de las Naciones Unidas (1945), ha dejado de utilizarse progresivamente el término “guerra” y se utiliza convencionalmente la expresión más comprensiva y, a la vez, universalmente aceptada de “conflicto armado” para abarcar aquellas situaciones de guerra no declarada, integradas por enfrentamientos armados entre partes y para poder abarcar tanto los conflictos armados internacionales como los no internacionales.

³⁶ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Artículo 2. Definiciones», en DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PESES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *El Código Penal Militar de 2015...* Op. cit., pp. 150 y ss

³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, n.º 311, de 22 de julio de 2013, pp. 309-310.

³⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, n.º 329, de 25 de septiembre de 2013, pp. 529-530.

Así, se utiliza la expresión “conflicto armado” en los Convenios de Ginebra de 1949 (norma de aceptación universal) y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, en todos los tratados internacionales relativos al derecho internacional humanitario, en los Convenios sobre Bienes Culturales, en el Convenio sobre los Derechos del Niño, en el Convenio sobre Municiones en racimo y en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en las resoluciones del Consejo de Seguridad, Asamblea General y Secretaría General de las Naciones Unidas, en las sentencias y opiniones consultivas del Tribunal Internacional de Justicia y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales (caso “Tadic” del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, donde se define el conflicto armado). Asimismo, en el Proyecto de Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados, se utiliza la expresión “conflicto armado”.

El Ministerio de Defensa conoce el concepto de “en situación de conflicto armado” por remisión a las normas anteriormente citadas, habiendo sido objeto de una precisa elaboración doctrinal, en particular por el Comité Internacional de la Cruz Roja, y jurisprudencial internacional. La interpretación del concepto por parte de los tribunales de justicia evita cualquier arbitrariedad al respecto. Como antecedente en el campo de la legislación comparada, se puede afirmar que no existe esta definición en la mayoría de los códigos o leyes penales militares de los Estados de ámbito occidental o Estados pertenecientes a la Alianza Atlántica (Reino Unido, Francia, República Federal de Alemania, Estados Unidos de América, Italia, Canadá, Bélgica, Países Bajos, Austria y Suecia) [...].».

Dicha contestación parlamentaria no aporta ninguna explicación ni concreción al concepto de «conflicto armado». Se remite genérica a la jurisprudencia, pero no concreta nada sobre dicho concepto, lo que podría ir en contra del principio de tipicidad penal.

Así, RODRÍGUEZ-VILLASANTE entiende³⁹ que conflicto armado interno «es un enfrentamiento armado prolongado que surge en el territorio de un Estado entre las fuerzas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados

³⁹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Artículo 2. Definiciones», en DE LEÓN VILLALBA, F. J.; JUANES PESES, Á.; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.; *El Código Penal Militar de 2015... Op. cit.*, pp. 152.

disidentes o entre estos grupos». De lo anterior, podríamos preguntarnos si por conflicto armado interno podría entenderse el terrorismo dentro del Estado español y si por conflicto armado podrá entenderse el terrorismo islamista internacional, al que se enfrenten tropas españolas; qué tiempo es necesario para entender como cumplido el requisito de enfrentamiento «prolongado»; además, «prolongado» no es sinónimo de constante, por lo que, ¿cabría una situación de conflicto armado intermitente? ¿Qué resultado ha de tener (si es que lo ha de tener) el «enfrentamiento armado prolongado» para que sea un conflicto armado? ¿Ha de haber provocado muertos o solo heridos y daños a bienes materiales? ¿El enfrentamiento armado ha de tener algún objetivo concreto? Finalmente, ¿qué relación debería tener este «enfrentamiento armado prolongado» con las situaciones de alarma, excepción y sitio? Dejamos solo apuntadas estas dudas.

c) Desde otro punto de vista, es curioso que el artículo 26 «militariza» los delitos contemplados en los artículos 277 y 598 a 603 del actual Código Penal (no militar), relativos a la revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional. Pero los «militariza», los atrae hacia la jurisdicción militar, únicamente por el hecho que el autor de dichos delitos sea militar. No entra a diferenciar si la actuación del militar se haya realizado dentro o fuera de sus competencias y atribuciones como militar, si se haya perpetrado el delito en ejercicio de sus obligaciones militares.

Igualmente lo hace el artículo 27 del Código Penal Militar respecto de los artículos 264 a 266 y 346 (estragos) del Código Penal (no militar), los militariza: «El militar que, con el propósito de atentar contra los medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales, cometiere...». Si miramos el articulado, por ejemplo, del número 346.1:

«[...] 1. Los que provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de esta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, daño a oleoductos, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad, hidrocarburos u otro recurso natural

fundamental incurrirán en la pena de prisión de diez a veinte años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas [...]».

Pero, ¿por qué no se optó por modificar el Código Penal (no militar) e incluir alguna referencia a la cualidad de militar del causante, incrementando, en su caso, la pena, y manteniendo la competencia de los tribunales ordinarios los encargados de juzgar dicho delito? ¿Sólo la condición de militar justifica una pena mayor y que la competencia sea de los tribunales militares? ¿No podría un tribunal ordinario juzgar igualmente a un militar e imponerle la pena incrementada, en su caso?

Incluso, en la última frase de dicho artículo 27 del Código Penal Militar se establece que «la misma pena se impondrá al que cometiere el delito tipificado en el artículo 346 del Código Penal, en situación de conflicto armado o estado de sitio, cuando no tenga la condición militar». Así, la situación de conflicto armado «militariza» la jurisdicción a la que debe ser sometido el civil.

Además, si se «militarizan» los artículos del Código Penal (no militar) vigente, incorporándolos, así tal cual, al Código Penal Militar, es posible que se esté vulnerando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto de estrictamente castrense. Así, si solo se diferencia el Código Penal del Código Penal Militar en el hecho que el autor del delito es militar, sin incorporar otras diferencias, la diferencia *ad personam* deviene esencial para delimitar lo estrictamente castrense. Y el TC, en la Sentencia antes apuntada, señala que el ser o no militar «es un elemento más» de entre los extremos que se han de tener en cuenta para determinar lo estrictamente castrense. Y es un elemento más, no el único elemento a tener en cuenta.

Si lo anterior es correcto, y el elemento *ad personam* deviene como esencial para incorporar un delito al Código Penal Militar, dejando otros factores de lado, podemos intuir que con dicha «militarización» de los delitos ordinarios se está ensanchando la competencia de la jurisdicción militar. Simplificando: hagan lo que hagan, cometan el delito que cometan, los militares serán juzgados por la jurisdicción militar.

Por ello, sería necesario analizar dicha «militarización» de los artículos del Código Penal al incorporarlos al Código Penal Militar para comprobar si se ha respetado o no la doctrina del Tribunal Constitucional sobre lo estrictamente castrense, si se han utilizado o no otros factores para concretar lo que es lo estrictamente castrense.

d) Otra diferencia interesante respecto a la competencia del nuevo Código Penal Militar es el hecho que el artículo 2.7 contempla como «militares» a «los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora». Esta previsión no se contempla en el artículo 8 del antiguo Código Penal Militar de 1985.

Pero, ¿qué repercusiones puede tener lo anterior? Un prisionero de guerra, ¿quién determina que una persona es un prisionero de guerra? ¿España debería estar en «esa» guerra en la que fue capturado dicho prisionero de guerra? ¿Es posible que los prisioneros de guerra de una guerra en la que España no es parte, puedan estar detenidos en España y estar, por tanto, sujetos al vigente Código Penal Militar español? Evidentemente, estas preguntas, a la vista de algunas presuntas situaciones de tránsito de prisioneros de la guerra de Irak capturados por EE. UU. en aeropuertos españoles⁴⁰ camino de Guantánamo no son supérfluas.

Además, creemos que la equiparación de los prisioneros de guerra a los militares, a los efectos de la legislación penal militar, puede ser problemática, además de redundante. De hecho, el artículo 82 del Convenio de Ginebra ya contempla que los prisioneros de guerra estén sujetos a la legislación de la potencia detentadora:

«[...] Los prisioneros de guerra estarán sometidos a las leyes, los reglamentos y las órdenes generales vigentes en las fuerzas armadas de la potencia detenedora. Esta estará autorizada a tomar medidas judiciales o disciplinarias con respecto a todo prisionero de guerra que haya cometido una infracción contra tales leyes, reglamentos u órdenes generales. No obstante, no se autorizará persecución o sanción alguna contraria a las disposiciones del presente capítulo.

Si en las leyes, en los reglamentos o en las órdenes generales de la potencia detenedora se declara que son punibles actos cometidos por un prisionero de guerra, mientras que esos mismos actos no lo son cuando los comete un miembro de las fuerzas armadas de la potencia detenedora, los correspondientes castigos solo podrán ser de índole disciplinaria [...].».

Pero, no cabe olvidar que el régimen de los prisioneros de guerra, según dicho Convenio de Ginebra, es mucho más amplio que una simple remisión a la legislación penal militar y tiene una detallada regulación en el mismo Convenio de Ginebra.

⁴⁰ Noticia aparecida en el periódico *El País* de 1 de diciembre de 2008.

e) Finalmente, otra distinción es el hecho que el nuevo CPM no contempla los «delitos contra las leyes y usos de la guerra», que sí estaban recogidos en el título segundo del libro segundo del antiguo Código Penal Militar de 1985.

A título de ejemplo, los antiguos artículos 69 y 70 decían, respectivamente:

«[...] El militar que maltratare de obra a un enemigo que se ha rendido o que no tiene ya medios de defenderse, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. Si le causare lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión, y si le causare la muerte será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión [...].»

«[...] El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión [...].»

El antiguo 76:

«[...] El militar que intencionadamente causare la muerte o lesiones graves, torturas, violación, o trato inhumano a herido, enfermo, naufrago, prisionero de guerra, población civil, efectuase con ellos experiencias médicas o científicas no justificadas que no se ejecuten en bien suyo ni consentidas, o les causare de propósito grandes sufrimientos, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Si ejecutase actos que pongan en grave peligro la integridad física o la salud, se impondrá la pena inferior en grado [...].»

Y el antiguo artículo 78:

«[...] El militar que llevere a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los convenios internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o naufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión [...].»

A la vista de su contenido, está claro que dichas actuaciones podían implicar violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, las lesiones, etc. Parece, en un primer momento, que se «desmilitarizan», se «civilizan» las torturas, los delitos vulnerando convenciones internacionales, contra prisioneros, etc.

La desaparición de estos artículos del Código Penal Militar podría suponer el cambio de jurisdicción para el enjuiciamiento de dichos delitos: desde la militar hacia la jurisdicción ordinaria. Ello supondría el cumplimiento de lo preceptuado en el Principio DECAUX n.º 9⁴¹.

Pero, si no erramos, dichas actuaciones pueden quedar incardinadas en el artículo 65.1 del actual Código Penal Militar⁴²:

«[...] 1. El militar que en el ejercicio del mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo, cargo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Todo ello sin perjuicio, en su caso, de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal [...].»

Aún y así, existe una diferencia clara: la penalidad. En los delitos del antiguo Código Penal Militar contra «las leyes y usos de la guerra» la pena podía ir de los 4 meses a los 4 años en caso de maltrato o de 5 a 15 años de prisión en caso de lesiones graves, y de 15 a 25 años de prisión en caso de muerte. En cambio, las penas del citado artículo 65.1 actual son muchos más bajas.

Por ello, tenemos ciertas dudas que el hecho que el actual Código Penal Militar haya suprimido los delitos contra «las leyes y usos de la guerra» suponga que los delitos similares cometidos por militares vayan a enjuiciarse por los tribunales ordinarios. Así, para cumplir con la tendencia a la exclusión de las graves violaciones de derechos humanos del ámbito judi-

⁴¹ «[...] Enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos.

En todo caso, la competencia de los órganos judiciales militares debería excluirse en favor de la de los tribunales de justicia ordinarios para instruir diligencias sobre violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y para perseguir y juzgar a los autores de esos crímenes [...].»

⁴² Que es muy similar a los antiguos artículos 138 y 139 del Código Penal Militar de 1985.

cial castrense sería muy positivo que la misma fuera una exclusión expresa y clara. Así no habría ninguna duda.

4. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, en algunos casos el actual Código Penal Militar expande la competencia de los tribunales militares, es decir, «militariza» algunos delitos a partir del único criterio personal de que el sujeto activo de tipo sea militar, de manera que dicha ampliación competencial podría no ser acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Además, creemos que existe cierta indefinición acerca del alcance de los bandos militares en el caso de estado de sitio, puesto que su incumplimiento por civil o militar supone un delito enjuiciable por la jurisdicción castrense.

Finalmente, tenemos dudas de la efectiva exclusión de las graves violaciones de derechos humanos del ámbito judicial castrense, ya que la mera supresión de los delitos contra «las leyes y usos de la guerra» no supone que conductas que antes eran subsumibles en estos delitos, no lo sean en alguno de los tipos actuales del Código Penal Militar. Por ello, creemos recomendable una exclusión expresa de este tipo de delitos de la jurisdicción castrense y que sean los tribunales ordinarios los competentes.