

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Revista del Poder Judicial nº 52. Cuarto trimestre 1998**

**Gil García, Olga / Pérez Parente, J. A.**

Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público. Universidad de Burgos

**LA MANIFESTACIÓN JURISDICCIONAL MILITAR: SUS LÍMITES Y EXTENSIONES A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN**

Estudios

Serie: *Derecho Orgánico Judicial*

**VOCES:** JURISDICCION MILITAR. CONFLICTO DE COMPETENCIAS. DEFENSA NACIONAL. DELITOS MILITARES. DERECHO PENAL MILITAR.

**ÍNDICE**

- I. Introducción
- II. El «ámbito estrictamente castrense», como criterio delimitador de la competencia en la militar
- III. Mecanismos procesales de control de la jurisdicción y de la competencia
- IV. Tratamiento procesal de los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la militar y viceversa
  - 1. Resolución de estos conflictos por los jueces y tribunales militares
- V. La denominada excepción concursal y los delitos conexos: ejemplos de ampliación de la competencia castrense
  - 1. Crítica a los últimos pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala Quinta

**TEXTO**

**I. INTRODUCCIÓN**

El artículo 117.5 de la CE pretende hacer posible la existencia de la jurisdicción militar en nuestra organización judicial (1), sin vulnerar el principio de unidad jurisdiccional. Para ello los órganos judiciales que deben componer esta justicia deberán ser jurisdiccionales, es decir, venir informados por el principio de independencia judicial en su más extenso sentido. Así las peculiaridades que sólo pueden admitirse en este orden jurisdiccional serán aquéllas que queden bajo el contenido de «lo estrictamente castrense», tanto orgánicas como funcionales, y nunca aquéllas que limiten la independencia, el monopolio y la exclusividad de la jurisdicción. Esto no supone que su organización sea idéntica a la configurada para la ordinaria,

siempre que ello no implique ceder en ella respecto a las garantías que ofrecen las notas constitucionales previstas para todo órgano detentador de potestad jurisdiccional.

Si la independencia judicial es la principal característica de un órgano para que pueda tener potestad jurisdiccional y desempeñar su función, no es menos cierto que desde el poder ejecutivo se producen ciertas intromisiones que pueden impedir el disfrute pacífico de esta garantía, aunque el respeto por la división de poderes también debe acarrear la existencia de independencia en sentido inverso, es decir, desde el judicial respecto al ejecutivo. Los límites entre las actuaciones judiciales y administrativas, consecuencia de lo anterior vendrán dirimidos por la resolución de los conflictos de atribuciones, llamados conflictos de jurisdicción por la legislación en vigor.

En otro plano, cuando existe una materia de la que bien quieren conocer dos órganos judiciales o bien ninguno de ellos admite ser el competente, situados uno en sede ordinaria y el otro en sede militar o viceversa, estamos frente a un conflicto de jurisdicción propiamente, que finalmente y con su resolución también contribuye a la delimitación del ámbito estrictamente castrense.

Una peculiaridad de la manifestación jurisdiccional militar es concebir el desempeño de su función jurisdiccional en dos momentos, tiempo de paz y de guerra, e incluso dependiente de la declaración de los diferentes estados de emergencia. Desde el punto de vista de los conflictos no comporta la aplicación de un régimen jurídico formalmente distinto; sin embargo, en lo sustancial conlleva una variación del ámbito competencial militar. Nosotros tratamos el momento actual en situación de paz, por ser diferentes las atribuciones competenciales en otros momentos, y otra la línea divisoria de competencias entre la ordinaria y la militar.

Sin más preámbulos, vamos a iniciar este estudio con una aproximación a lo estrictamente castrense como criterio delimitador de la competencia en el ámbito jurisdiccional militar, para seguir con los diferentes conflictos y cuestiones, y finalizar con la práctica forense, a propósito de distintos pronunciamientos judiciales recientes.

## II. EL «ÁMBITO ESTRICAMENTE CASTRENSE», COMO CRITERIO DELIMITADOR DE LA COMPETENCIA EN LA MILITAR

Para determinar el ámbito estrictamente castrense hemos de partir del desarrollo legislativo que nace principalmente del artículo 8 del Título Preliminar de la Constitución, que versa sobre la Defensa Nacional, al que se suma la legislación derivada del artículo 104 de la misma cuando alude indirectamente a la Guardia Civil, instituto de naturaleza militar, que comparte con las Fuerzas Armadas su organización jerárquica y su funcionamiento basado en la disciplina militar (2). Este entorno recae en lo que podemos entender como militar y dentro del contenido del artículo 117.5 de la Constitución Española. Asimismo en el título Preliminar se asigna a las Fuerzas Armadas la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, cuya organización se regulará por ley orgánica y ha de ser acorde con los principios constitucionales.

El legislador, siguiendo sus criterios de política-legislativa desarrolla estos preceptos incluyéndolos en diferentes normas, lo que nos permite acudir a un controvertido criterio de atribución formal, de manera que consideremos estrictamente castrenses aquellos actos que se contengan en los diferentes textos normativos de naturaleza militar. Así serán castrenses, principalmente, aquellas conductas tipificadas en el Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre), en la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (12/1985 de 27 de noviembre), en la Ley Orgánica del Régimen disciplinario de la Guardia Civil (11/1991 de 17 de junio) inclusión que arrastra una consecuencia relevante, el conocimiento de estos hechos por órganos judiciales especiales, los militares, creados y, cuya función jurisdiccional se

desempeña con arreglo a su normativa orgánico-procesal, tanto la pauta en la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio), como en la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril).

Si bien lo estrictamente castrense parece referirse a un contenido material finalista, el Derecho positivo nos obliga a acudir al criterio formal, de manera que todo lo inmerso en las normas penales y disciplinarias militares será lo que debemos entender de tal carácter. El peligro que entraña la adopción del criterio formalista (3), es que por esta vía puede suceder que en tales textos se incluyan conductas difusas capaces de atraer para sí hechos, que a nuestro modo de ver, no son castrenses.

Adelantamos un ejemplo actual, en sentencia de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997 (AP ref. 488) "y decimos bien Sala Quinta y no Sala de Conflictos" resolutoria de un recurso de casación, entiende competente a la militar para conocer de un asunto de agresión sexual cometida por un superior a una inferior, ambos pertenecientes a la Guardia Civil. Entiende el Tribunal que supone una conducta de las tipificadas en el artículo 106 del Código Penal Militar, y no en las del Código penal ordinario, es decir, como si fuera un abuso de autoridad y a la postre un delito contra la disciplina, y no afectara a otros bienes jurídicos, como es la libertad sexual, con tipificaciones comunes muy concretas. Esta y otras decisiones jurisprudenciales, así como determinar cual es el cauce procesal que provoca que la manifestación jurisdiccional militar decida sobre su propia competencia, aún cuando ésta se plantee frente a la ordinaria, sin audiencia ni posible toma de postura de esta última al respecto, serán objeto de tratamiento en diferentes apartados de este estudio.

El control genérico sobre si esas conductas recaen o no dentro de lo estrictamente castrense, y por tanto son acordes con el mandato constitucional, lo tiene en su origen el propio Parlamento, cuando decide el contenido de estas leyes en las que tipifica las conductas que estima jurídicamente relevantes en este ámbito. Una vez aprobadas e incluidas en el ordenamiento jurídico, es el Tribunal Constitucional quien por diferentes vías, vigila su concordancia o no con el Texto Fundamental, concretamente cuando resuelve los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que se le planteen al respecto; y a otro nivel, cuando decide o inadmite los diferentes recursos de amparo presentados por particulares, si entienden conculcado alguno de sus derechos fundamentales, y así lo anuncia oportunamente en el proceso *ad hoc*.

Como consecuencia de este ejercicio de control por parte del Tribunal Constitucional nos aproximamos a la interpretación del segundo inciso del artículo 117 en su punto 5, interpretación que a juicio de este tribunal debe ser restrictiva; así refiere que: «frente a la regla general de la jurisdicción ordinaria, (la militar) no consiente interpretaciones que lleven más allá de lo que se define "para los supuestos de normalidad por referencia al "ámbito estrictamente castrense"» (4). Así pues, el Tribunal Constitucional entiende, que todo lo que resulte incompatible con el alcance que a la jurisdicción militar le asigna el artículo 117.5, implicaría a la vez violación del artículo 24.2, recordando su misma jurisprudencia en la que había advertido que: «el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria» (5). LÓPEZ RAMÓN (6) va más lejos aún en esta óptica restrictiva, para él: «La legalidad no puede atribuir competencias a la Jurisdicción Militar fuera del ámbito castrense, pero sí puede sustraerle las que encajan en tal ámbito. No todo lo castrense es necesariamente para la Jurisdicción Militar, sino lo que, dentro de lo castrense, decida la ley».

Dentro de «lo militar» y competencia de la manifestación jurisdiccional castrense está incluido no sólo lo penal, propiamente dicho, sino además lo contencioso-disciplinario. A este tenor advertimos que nuestro propósito es estudiar los problemas que se suscitan entre lo penal militar y lo penal ordinario, principalmente, con su reflejo en la atribución de competencias bien, a los tribunales ordinarios, o bien, a los especiales, y dejar para otro momento lo que se relaciona con el ámbito disciplinario competencia de lo castrense. Por otro lado, esta cuestión ofrece menos dudas, al no existir una norma material paralela en la ordinaria que provoque su atracción, competencia y conocimiento para el orden jurisdiccional contencio-

so-administrativo.

Así y dentro del campo penal, actualmente el criterio objetivo de atribución de la competencia lo es por razón de la materia, dejando atrás unos criterios de atribución competencial

"*ratio personae y ratio loccii*" que históricamente habían complicado sobremanera la determinación de la competencia, y lo que es más grave, habían permitido incomprensibles ampliaciones de la militar. Ciertamente es que en la mayoría de supuestos en estas conductas penales el sujeto activo debe ser un militar, en sentido amplio, y esta nota será configuradora del tipo penal en tiempo de paz (excepción, hecha de los delitos contra la Administración de Justicia militar, la receptación, el allanamiento de dependencia militar o los delitos contra centinela). No en vano, el militar vería burlado su derecho fundamental al juez ordinario, si sólo por su condición se viera substraído de la jurisdicción ordinaria, y en otro sentido, se vería afectado el principio de igualdad si esta justicia supusiera un privilegio para sus aforados. Por tanto, lo más frecuente es que en este código se incluyan conductas gravosas cometidas por estos profesionales, pero lo esencial será la cualidad objetiva de la conducta; en suma, que los bienes jurídicos allí protegidos sean estrictamente castrenses (7).

Esta interpretación restringida, viene corroborada jurisprudencialmente en Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991, cuando en su fundamento tercero recoge el contenido de lo penal militar con respecto al Texto Constitucional del artículo 117.5 en los siguientes términos: «*Como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados 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 constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 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 castrense*». El Tribunal Supremo, en su Sala de lo Militar, por sentencia de 23 de enero de 1992 (FJ 1.º) dirá «*Lo relevante para determinar la competencia de la jurisdicción militar es que resulten o no lesionados bienes jurídicos de carácter militar*», y en el fundamento jurídico tercero, se refiere a la directa conexión del bien jurídico protegido con lo castrense. Aunque esta hermeneusis jurisprudencial, en nuestra opinión correcta y adecuada, no es mantenida en sus sentencias más recientes como veremos más adelante.

### III. MECANISMOS PROCESALES DE CONTROL DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA COMPETENCIA

Después de aproximarnos a lo que conforma el ámbito reservado para la jurisdicción militar, con cuya descripción acotamos y delimitamos lo estrictamente castrense, debemos desentrañar cuales son los posibles medios arbitrados por el ordenamiento jurídico, para determinar cuando una materia es jurisdiccional "bien ordinaria o militar" o es administrativa. También para resolver, dentro de lo jurisdiccional, las posibles distracciones de una conducta de una «jurisdicción» a la otra. A este respecto el ordenamiento jurídico nos va a ofrecer distintas soluciones para los diferentes supuestos.

Advertimos la dificultad y la inadecuación de la expresión conflictos de jurisdicción, que utiliza la ley de Conflictos de 1987, tanto para los que se plantean de la militar frente a la Administración, como de la primera frente a la ordinaria, y a la inversa, y ello por dos razones. Primero, porque si el artículo 117.5 de la CE preconiza el principio de unidad jurisdiccional, difícilmente podemos hablar de conflictos "de naturaleza cuanto menos bilateral" dentro del seno de algo único, así no podemos hablar en puridad de «jurisdicciones». Y segundo, porque utiliza la misma expresión para dos contenidos muy diversos, los conflictos de

atribuciones entre distintos poderes del Estado, los primeros referidos, y conflictos entre las aludidas «jurisdicciones», es decir, dentro del denominado Poder Judicial por la Constitución, entre órganos judiciales ordinarios y especiales, y viceversa.

a) *Conflictos entre los Juzgados y Tribunales* (de la ordinaria o la militar) *y la Administración* (que también incluye la administración militar en el ámbito del Ministerio de Defensa). Estos son llamados por la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1987: conflictos de jurisdicción, terminología con que no está de acuerdo parte de la Doctrina actual (8), por lo que preferimos utilizar el conflictos de atribuciones, aunque sólo sea para evitar confusiones con los que se suscitan entre la jurisdicción ordinaria y la castrense, y a la inversa. Estos conflictos se tratan y desarrollan en los artículos 1 a 21, y 30 de la referida Ley. En esta norma queda determinado el órgano competente para su resolución que será el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Un ejemplo reciente fue el controvertido conflicto que se planteó por el Ministerio de Defensa contra el Juzgado Central de Instrucción n.º 5, de fecha 14 de diciembre de 1995, resuelto en favor del primero, a propósito de la petición de documentos al CESID (9).

Nuestra opinión en este supuesto es que efectivamente el Gobierno no puede amparar en su seno, bajo la clasificación de secreto oficial y con la protección que ello comporta, conductas delictivas. Pero por otro lado, hay que ponderar, aplicando el principio de proporcionalidad, hasta que punto, la resolución del caso concreto, y sus implicaciones pueden llevar a un daño mayor, con incidencias graves que perjudiquen a la sociedad en su conjunto o a terceros con un perjuicio irreparable "por ejemplo en este caso desvelando identidades de miembros de este cuerpo de información, que sin provocar estas conductas se pueden ver afectados, u otros supuestos...". Quizá la cuestión sea llegar a determinar la cualidad del órgano que debe deslindar y decidir si deben o no ser enjuiciadas estas conductas; órgano que por su composición goce del prestigio necesario para que se confíe en su decisión, aun sin conocer el contenido de aquello sobre lo que deben decidir. Este órgano deberá diferenciar, los posibles daños, que puedan infligirse a una opción política, que puede ser legitimada con una consulta electoral posterior, o a un mero particular o particulares y si esto trasciende e implica a la seguridad nacional. En otras palabras, un órgano que pueda valorar si lo que se protege con el secreto tiene tanta trascendencia como para que se evite su difusión, y por tanto se ampare su confidencialidad.

Pero lo que sí es criticable, es que el Tribunal de Conflictos se ve obligado a decidir, aún con una argumentación jurídicamente adecuada "basada en el régimen jurídico que tutela estos secretos de Estado", sin conocer el contenido de los datos que solicita el órgano judicial. Este tribunal ampara al Ministerio, sin poder pronunciarse sobre el fondo de los hechos y si estos son o no punibles, descansando su argumentación en la adecuación o no al procedimiento jurídico para clasificar y desclasificar esta información cuando está amparada en la figura del secreto de Estado. De ahí que propongamos, que precisamente en estos casos se tenga que resolver por un órgano cuyos componentes puedan conocer tales materias reservadas y valorar la decisión más adecuadamente. De todos modos, lo que tampoco se puede olvidar es que no es muy probable, que vuelva a suceder un caso de conflicto que afecte a una materia sujeta a secreto.

Paralelamente, otra cuestión que se plantea en el articulado de la Ley de Conflictos es, la referencia que hace al *hábeas corpus*, en artículo sexto, dentro del capítulo primero dedicado a lo que llama conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración. La redacción es la siguiente: «No podrán plantearse conflictos frente a la iniciación o seguimiento de un procedimiento de «hábeas corpus» o de adopción en el mismo de las resoluciones de puesta en libertad o a disposición judicial». Debemos recordar que la Administración en este caso deberá declinar sus pretensiones, tanto frente a un procedimiento entablado en la ordinaria, como en la militar, dado que ambas tienen competencia preferente para conocer de estos procesos. Ahora, si el caso se provoca entre la jurisdicción ordinaria y la militar, entre el

Juzgado de Instrucción y el Togado o al revés, tendremos que acudir al conflicto de jurisdicción, con lo que puede significar esto de ralentización de uno de los procedimientos más sumarios, de los que se regulan en nuestras normas procesales. Así sirva de ejemplo la sentencia de la Sala de Conflictos de 14 de diciembre de 1989 en la que presentada una solicitud de *habeas corpus* ante el Juzgado de Instrucción n.º 14 de Sevilla, fue reclamado su conocimiento por el Juzgado Togado Territorial n.º 22 de la misma capital, y planteado el conflicto de competencia positivo, la Sala resolvió en favor del segundo, aunque este supuesto lo es de conflicto de «jurisdicción», es decir, a los que nos referimos seguidamente.

b) *Conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la militar y viceversa; así como aquellos entre la jurisdicción contable y la ordinaria o la militar, y a la inversa.*

Los primeros son los que más nos interesan, y aquellos que se resuelven por la Sala de Conflictos de Jurisdicción, con una composición especial, estando regulados de los artículos 22 a 29 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, y que trataremos en el apartado siguiente con más detenimiento. Uno de los problemas que se pueden plantear a propósito de estos conflictos es, la posible interpretación analógica del artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando advierte que frente a un asunto de índole penal deben declinar el resto de órdenes jurisdiccionales, salvo el penal ordinario. Si extendemos esta interpretación a la castrense, podríamos deducir que todos los órdenes jurisdiccionales deben ceder su competencia ante el penal militar salvo el penal ordinario. Sin embargo, este problema se desvanecería, si como nosotros pensamos sólo existiera un único orden jurisdiccional penal con competencias también para los delitos militares (10), así cederían todos ante el propio orden penal ordinario. Pero hoy por hoy, lo obligado es iniciar un conflicto, en el que se tenga presente la *vis atractiva* de la ordinaria.

Y los segundos, también serán de este carácter, según la ley de Conflictos Jurisdiccionales y concretamente tienen su régimen jurídico en su artículo 31.1. En este artículo habla de éstos con la jurisdicción contable, encargando su resolución a la Sala de Conflictos de Jurisdicción. Aunque no vemos porqué, respecto a la militar, no opera el apartado segundo de este mismo precepto, cuando asimila los órganos de la jurisdicción contable a los de lo contencioso-administrativo para los casos de conflictos de competencia y cuestiones de competencia regulados en los capítulos II y III del Libro III de la LOPJ. Resulta, en cierto modo redundante el primer párrafo, dado que si se equiparan estos órganos con los de lo contencioso-administrativo, las cuestiones que se planteen entre cualquier órgano de un orden jurisdiccional ordinario y la militar, como al contrario, se deben resolver por la Sala de Conflictos citada. Ciertamente es que entonces la remisión del artículo 31.2 debiera haberse extendido desde el artículo 39 y siguientes del capítulo primero, del mismo Libro III de la LOPJ hasta lo determinado en el precepto en vigor.

c) Por último, analizaremos las *cuestiones de competencia* planteadas dentro del orden jurisdiccional militar, sólo posibles entre órganos del mismo tipo y grado, fundamentalmente para resolver cuestiones de competencia territorial. Si los órganos judiciales son de diferente tipo y grado, los órganos judiciales militares superiores en el organigrama judicial castrense, pueden reclamar para sí la competencia de un asunto sin que ello provoque la sustanciación de una cuestión de este tipo, situación similar a la arbitrada en la jurisdicción ordinaria.

Cuando son iguales, la solución la debe adoptar el órgano superior y común a los que están en conflicto, y el mecanismo procesal es la inhibitoria o la declinatoria (arts. 12 a 24 de la Ley Procesal Militar).

Una situación curiosa la puede provocar un asunto en el que se discuta la competencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y otro órgano del orden jurisdiccional penal, que no sea otra Sala del mismo Tribunal (posible como consecuencia de la aplicación de algún aforamiento). En este caso no cabría hablar de conflicto de jurisdicción porque esta Sala forma parte del Tribunal Supremo, a estos efectos es órgano superior, luego estaríamos ante una cuestión de competencia, que por aplicación del artículo 21 LECrim no se podría promover contra ella. Esta solución es criticable, puesto que esta Sala aunque integre un único

órgano ordinario conoce de materia especial, bien penal bien contencioso-disciplinaria militar.

Y por otra parte, si el asunto se plantea entre la Sala de lo Penal "u otra Sala del Tribunal Supremo" y la Sala de lo Militar se deberá resolver por la Sala especial del Tribunal Supremo a la que compete la decisión cuando se trata de órdenes jurisdiccionales dentro de la ordinaria. Sala sobre la que versan los artículos 42 y ss. de la LOPJ, y no por medio de la Sala de Conflictos de jurisdicción. Así, se entendió por la propia Sala de Conflictos en varias resoluciones de 13 de julio de 1988, en las que resumiendo declara, que los conflictos entre la ordinaria y la militar son conflictos de jurisdicción con carácter general, y los que se promuevan entre Salas del Tribunal Supremo lo son de competencia en todo caso.

A este respecto HERRERO PEREZAGUA plantea, y estamos de acuerdo con él en ello, que la solución de este problema reside en la consideración que se haga respecto a la naturaleza, ordinaria o especial, de la Sala Quinta (11). Nosotros entendemos que tiene el segundo carácter, pero sin llegar a considerarla un órgano judicial más de la propia manifestación jurisdiccional castrense, como si se ha defendido en nuestra Doctrina (12).

Utilizando otro argumento, si bien es cierto que para promover un conflicto se necesita una relación bilateral recíproca, es decir, entre dos o más órganos judiciales en pugna por la competencia, en este caso nos encontramos con la paradoja, de que la norma contempla la posibilidad de que se suscite una cuestión dentro de un único órgano judicial, es decir, en el seno de un único sujeto. Siendo por tanto, y desde esta óptica la solución adecuada, aquella que sirva para dirimir los supuestos dentro de ese mismo órgano, en este caso con la Sala especial al efecto: postura adoptada por la Sala de Conflictos.

No obstante, es difícil de comprender que cuando el asunto nace entre órganos inferiores en la escala de la organización judicial, se resuelva el problema por un tercer órgano creado con ese fin, y sin embargo, cuando se promueve entre Salas del Tribunal Supremo, conozca una Sala especial del mismo Tribunal. En esencia, en ambos casos la cuestión que deben resolver es cualitativamente la misma: determinar si una conducta es o no castrense, respecto a otro orden jurisdiccional cualquiera. Es más, incluso parece más indicado que sea un tercer órgano el que conozca en este segundo supuesto, puesto que es probable que los asuntos de conflicto entre Salas del Tribunal Supremo lo sean de más importancia, dadas sus atribuciones competenciales.

Por último, y también a propósito de las cuestiones de competencia, encontramos un artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el 47 que nos plantea no pocos inconvenientes. Dice este precepto: «*En el caso de competencia negativa entre la jurisdicción ordinaria y otra privilegiada, la ordinaria empezará o continuará la causa*». La disposición derogatoria primera de la ley de conflictos, no anula expresamente este artículo, aunque cabría hacerlo por aplicación de la segunda, cuando se refiere a la derogación de todo lo contrario a lo previsto en esta ley. CABEDO NEBOT, añade otro motivo por el que entiende derogado este apartado. Expone que tal artículo estaba pensado para aquellos momentos en los que por cuestión de competencia se entendía todo conflicto jurisdiccional, sin embargo, hoy sólo la entablada dentro del mismo orden jurisdiccional lo es, y dentro de tal orden no existe jurisdicción privilegiada (13). De esta manera, debemos entender que con la Constitución de 1978 en vigor, no se pueden admitir jurisdicciones de este tipo por ser contrarias al principio de igualdad, y aún sin esta consideración, sería exagerado catalogar de privilegiada a la manifestación jurisdiccional castrense actual.

d) Reseñar, a modo de nota, que aquí son intrascendentes los *conflictos de competencia*, que surgen entre diferentes órdenes jurisdiccionales ya que dentro de lo castrense sólo existe uno, si bien éste con competencias en lo militar y en lo disciplinario-militar. Aunque debiera arbitrarse alguna diferencia a este respecto, entre la materia penal y disciplinaria militar cuyos límites no son tan claros. Pero para que así pudiera ser, dentro de la castrense se deberían contemplar dos órdenes jurisdiccionales, el penal militar y el contencioso-disciplinario castrense. Solución que no es tan extraña, puesto que la naturaleza penal y la contencioso-administrativa son completamente diversas, y no en vano en la ordinaria son diferentes

procesos, con objetos y sujetos completamente distintos, etc., lo que se nos presenta como otra cuestión controvertida. Nosotros creemos que la solución más acorde desde un punto de vista técnico-jurídico es dividir en órdenes jurisdiccionales, aunque desde un punto de vista más pragmático, el volumen de asuntos que se tratan en éste ámbito no aconsejen esta opción.

Ahora pasamos a interesarnos por el tratamiento exclusivo de los conflictos de jurisdicción, primero como se plantea técnicamente su tratamiento y lo que es más importante cual es el *iter* procedimental que se le está dando en la práctica forense actual.

#### IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA MILITAR Y VICEVERSA

Sucedidos unos hechos controvertidos y frente a los que hay que decidir quién ostenta la competencia si la militar o la ordinaria, se nos plantean diferentes circunstancias y problemas, que vamos a agrupar en el siguiente esquema: órgano competente, legitimación, y procedimiento.

En cuanto al *órgano competente* debemos señalar que con carácter general será la Sala de Conflictos de Jurisdicción, anunciada en el artículo 39 de la LOPJ, a la que también se refiere el artículo 22 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, preceptos a los que a su vez se acude por remisión del artículo 19 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y el artículo 7 de la Ley Procesal Militar. A este respecto, únicamente recordar el caso especial que ya hemos tratado, respecto a los «conflictos-cuestiones» que se promueven dentro del propio Tribunal Supremo, que quedan sometidos a otro órgano diferente, dentro del propio Tribunal.

Si atendemos a los *sujetos que pueden promoverlos*, previamente hay que distinguir si son conflictos de jurisdicción positivos o negativos. Así en los *positivos* lo serán los órganos judiciales, bien ordinarios o militares, según cual de ellos está conociendo en primer término. A este respecto es significativa una circunstancia, que se inicie el conflicto desde la ordinaria para la militar, o que suceda en el orden inverso. El artículo 23 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, con una redacción casi idéntica en sus dos primeros párrafos, sin embargo contiene ciertas diferencias, que parecen de matiz pero que a nuestro modo de ver tienen su trascendencia.

De esta manera si su inicio lo es en la ordinaria, es decir, es el juez o tribunal ordinario quien observa que la militar está conociendo de un asunto que considera que no le compete, puede por propia iniciativa o a instancia de parte, y previo informe del Ministerio Fiscal, formalizar el conflicto de jurisdicción, para ello se dirigirá al órgano de la jurisdicción militar que esté conociendo. Así, debemos objetar que difícilmente el órgano de la ordinaria sabe que asuntos están en curso en la militar, por lo que lo normal es que se inicie a instancia de la parte, cuando ésta considere que se la está sometiendo a un juez especial, viendo conculcado por ello su derecho al juez ordinario del artículo 24 constitucional.

Pero ocurre que no es así a la inversa, esto es, cuando es un órgano judicial militar el que supone su competencia con relación a un asunto del que se está conociendo en la ordinaria. Para este supuesto, también con la previa intervención del Ministerio Fiscal "en este caso la Fiscalía Militar (art. 23.2 de la Ley de Conflictos)" en el articulado se suprime «por propia iniciativa o a instancia de parte». Parece que entonces debemos interpretar que la parte no puede reclamar un asunto hacia la militar, lo que puede entenderse como una consecuencia de la *vis atractiva* de la ordinaria.

Si el conflicto es *negativo*, y el interesado ve rechazado su asunto por ambas jurisdicciones, en este caso, según el artículo 27 de la Ley de Conflictos, puede por si mismo instar un conflicto negativo de jurisdicción ante la Sala, siendo la cuestión que aquí se plantea la referida al impulso procesal. Así, ocurre que estando ante dos órganos judiciales con competencias penales, cuyos procedimientos se incoen en la mayor parte de ocasiones de oficio, como consecuencia de distintas actuaciones, denuncias, querellas, atestados de la policía o guardia civil, partes de lesiones, etc., observamos que si no hay nadie *con interés*

en promover el asunto ante el cual dos órganos se consideran incompetentes, podría quedar imprejuizado, es decir, sin investigarse ni juzgarse en último término, o lo que es lo mismo, no quedaría determinado a que órgano le vincula el principio de *non liquet*.

En la ley se determina que lo promoverá «quien viere rechazado el conocimiento de un asunto de su interés», a este respecto debemos desentrañar quien puede ser el portador de ese interés. Por una parte, puede serlo el acusado por esa acción, pero no en todo caso, puesto que ésta parte puede verse beneficiada si no se promueve el conflicto por ninguna otra parte acusadora, al quedar la acción imprejuizada, como puede ser posible según hemos visto.

Por otro lado, la parte acusadora en el proceso penal con mayor interés en que se juzgue será el acusador particular, siempre que en este momento tan inicial se haya personado en forma. Las demás partes acusadoras, ven limitada su intervención, de este modo si el Ministerio Fiscal ha informado antes de la decisión del órgano judicial "si había informado de conformidad no es coherente que inicie el conflicto, y si lo hubiera hecho en desacuerdo con la decisión judicial, tampoco la norma le obliga a instarlo en ningún caso, aun cuando ninguna otra parte acusadora lo haga".

Respecto al actor popular, sólo lo puede iniciar en la ordinaria, puesto que no existe acción popular en la militar. Así, si la ordinaria declina su competencia y esta cuestión la hubiere promovido la acción popular, como tal no puede instar el conflicto, puesto que el trámite siguiente no se puede ni siquiera formalizar, dado que no puede intervenir en la militar; menos aún, si el asunto nació en la militar en la que ni siquiera cabe tal intervención. En el caso de que intervenga un actor civil, y sólo si lo hubiere, también podría instar este conflicto (14).

Pero quizá mayor problema supone el que la norma no haya previsto que el órgano jurisdiccional pueda promover el conflicto negativo de oficio, lo cual no hubiera sido difícil. De esta manera, si el articulado hubiere comprendido que el segundo órgano que se pronuncia negándose a conocer, acto seguido tuviera la obligación, el mismo, de promover el conflicto (como si sucede en el positivo), tal cuestión se desvanece.

Este supuesto planteado por su propia estructura, dificulta la obtención de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, no obstante, si que motivó el de la sentencia de 17 de marzo de 1994 de la Sala de Conflictos. En este caso, después de una tramitación un tanto defectuosa, admite que se inicie de oficio el conflicto negativo.

El siguiente aspecto que tratamos es el del procedimiento. Para ello acudimos a los artículos 24 y siguientes de la ley. Una vez recibido el requerimiento de inhibición, se dará vista a las partes y al Ministerio Fiscal correspondiente, tras lo cual el órgano judicial dictará un auto irrecurrible. Aquí tenemos que distinguir según la postura que adopte el órgano requerido, mantener su competencia, lo que dará lugar al conflicto positivo, o bien, declinarla en cuyo caso no habrá lugar a conflicto de ningún tipo.

Si efectivamente los dos órganos, requirente y requerido consideran que son competentes, es decir, frente al supuesto de conflicto positivo de jurisdicción, el requerido una vez dictado su auto, anuncia su decisión al órgano requirente, quedando así formalizado el conflicto, enviando todo lo actuado, en ambos órganos judiciales a la Sala de Conflictos para que decida lo más adecuado. La tramitación ante la Sala será la prescrita en los artículos 15 a 21 de la ley antedicha.

Si el conflicto lo es de tipo *negativo*, será la parte la que lo deba instar, y para ello y con anterioridad a la sumisión de su asunto a la Sala de Conflictos, debe acudir primero a una de las jurisdicciones, y agotar en ella la vía jurisdiccional, para después acudir a la alternativa con copia de la resolución denegatoria de la primera, y que ésta se declare incompetente. A partir de este momento, el interesado podrá formalizar sin más trámite su conflicto negativo de jurisdicción, ante la Sala de Conflictos, acompañando los documentos a los que se refiere el artículo 27.3. El tribunal ordinario que se declaró incompetente elevará las actuaciones a la Sala de Conflictos, y requerirá al órgano de la jurisdicción militar para haga lo mismo.

También se puede adoptar la forma de artículo de previo y especial pronunciamiento en sede penal,

solicitando en ese momento que el órgano que está conociendo decline su jurisdicción, y provocar así la incoación del conflicto, opción que se viene planteando pero a la que no se da una respuesta procesal adecuada como comprobaremos más adelante.

Pero el problema se plantea cuando el conflicto negativo se admite de oficio, si bien la ley de Conflictos no contempla este supuesto, hemos visto como el caso sí que ha acontecido, la Sala de Conflictos se ha pronunciado en favor de que así sea en sentencia de 17 de marzo de 1994, postura que nos parece acertada, pese al silencio legal en este punto. Dado este caso, el inconveniente es el obstáculo procesal que se presenta en cuanto a la omisión legal respecto a cual es entonces el trámite a seguir. La Fiscalía Togada detecta y advierte esta laguna legal, y propone como solución, que es aceptada por la Sala, aplicar a estos supuestos las normas sobre cuestiones negativas de competencia en el orden penal, a las que se refieren los artículos 46 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 21 de la Ley Procesal Militar.

Si partimos de la dificultad de sostener la existencia de diferentes jurisdicciones, por aplicación del principio de unidad jurisdiccional, y en su caso observamos que su razón de ser es una opción de política legislativa, evidentemente las cuestiones que se suscitan de conflictos entre «jurisdicciones» serían valadí. La solución de la Sala no hace sino admitir que cuando sea de oficio y negativo se resuelva como cuestión de competencia, pero en el fondo ¿no lo es también en el positivo? Se simplificaría todo si se admite tal procedimiento, más aún si sólo fuera uno "independientemente de en qué manifestación jurisdiccional se inició, sin necesidad de repetir normas (por ejemplo las de declinatoria e inhibitoria en textos comunes y especiales)", siendo competente para resolver, el superior jerárquico común que debiera resultar ser, no la Sala de Conflictos, sino la Sala especial mencionada en el artículo 42 LOPJ, que resuelve los conflictos entre órdenes jurisdiccionales. Sala en la que se da la curiosidad de que a la postre quedaría compuesta cualitativamente de manera similar a la de Conflictos, puesto que la diferencia entre ambas es meramente numérica, ya que una está compuesta por el Presidente y un magistrado por Sala del TS de los órdenes jurisdiccionales en pugna, y el Secretario de la Sala de Gobierno, y la otra, la del artículo 39 igual salvo que se añade un magistrado más por orden jurisdiccional.

Esta postura armoniza con lo que preconizamos, cuando sostenemos que la inclusión de la manifestación jurisdiccional como un orden jurisdiccional más, o bien que incluso llegue a integrar el propio orden penal o contencioso-administrativo ordinario, respectivamente (15), simplificaría y zanjaría todas estas disgresiones que estamos denotando, que quedarían reducidas a meros conflictos o cuestiones de competencia.

Después de este reflejo de lo que prescribe el ordenamiento jurídico, y de la hermeneusis jurisprudencial y doctrinal dada al respecto, vamos a detallar cual es la práctica forense, en la que venimos observando un tratamiento procesal, a nuestro modo de ver incorrecto.

## 1. Resolución de estos conflictos por los jueces y tribunales militares

Curiosamente esta solución que planteamos no deja de inspirar lo que en algunos casos de resolución de conflictos se viene observando, que es entender como cuestiones "con sus tratamientos procesales oportunos", los problemas de delimitación de competencia, entre la militar y la ordinaria, que según hemos visto son conflictos de jurisdicción. Sendas Sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, resuelven en casación, verdaderas «cuestiones de competencia» promovidas siempre ante la militar, y sin ni siquiera haber oído a la ordinaria, actuando de la siguiente manera.

Se inician todas ellas con base en el primero de los artículos de previo y especial pronunciamiento del artículo 286 de la Ley Procesal Militar, es decir, la declinatoria de jurisdicción, así y ante esta petición de la parte, y después de dar conocimiento de la interposición de tal solicitud al resto de personados en ese

proceso penal para que se pronuncien y aporten pruebas al respecto, el órgano judicial militar dicta un auto resolutorio de esta cuestión. En él, si accede a la pretensión además acordará la remisión de las actuaciones al Tribunal o Juez que estime competente, o bien en caso contrario, si la desestima mandará que continúe el procedimiento con la presentación de conclusiones. Contra este auto cabe recurso de casación, ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que finalmente se ve abocada a resolver estas cuestiones, y no detecta, la que para nosotros es una inadecuación en el procedimiento, puesto que la competente debe resultar ser la Sala de Conflictos (16), dado que el conflicto lo es de jurisdicción y no es una cuestión de competencia.

Para nosotros existen, por tanto, dos vicios, uno material y otro formal en estas sentencias. El material viene como consecuencia de que este párrafo del artículo 286 LPM, no creemos que esté pensado para el caso de discusión entre la manifestación jurisdiccional militar y la ordinaria. Entendemos que es homologable al artículo 666.1 LECrim que está reservado para resolver diferentes supuestos, como la competencia entre órganos del mismo orden jurisdiccional, en definitiva un medio de control de la competencia territorial, o segundo, en su caso de si la jurisdicción la tiene España o no, como se prescribe en tal precepto.

En las sentencias dictadas por la Sala Quinta, los asuntos que se plantean son bien distintos, el problema es si son o no estrictamente castrenses las conductas que se someten a sus tribunales, a lo que en la mayoría de las sentencias consultadas (que pretendemos que hayan sido todas), la respuesta de la militar es afirmativa, que es competente, aún en asuntos de dudosa naturaleza militar y complicado encaje en el Código Penal Militar, utilizando en ocasiones la vía de la conexidad.

Y el segundo vicio es formal, puesto que observamos que el tribunal o el juzgado *ad hoc*, admite como cuestiones de competencia lo que en realidad son verdaderos conflictos de jurisdicción, siendo como debe ser tal órgano quien incluso de oficio lo denotase. La consecuencia es que el auto que se dicta al respecto, y después de pronunciarse sobre su competencia, en vez de iniciar los trámites del conflicto que hemos descrito en el epígrafe anterior, no lo hace dejando como vía para su resolución, impugnar este auto en casación ante la Sala de lo Militar; quien en vez de reconocer este defecto procesal y darle la solución adecuada, entra a conocer y resuelve el «conflicto», aún cuando éste no se plantea entre órganos del mismo grado dentro de la militar, único caso de controversia competencial que sí es de su incumbencia.

Este vicio tiene su origen cuando el juzgado o tribunal admite esta excepción, y después de pronunciarse sobre su jurisdicción, no dicta el auto por el que inicia el conflicto de jurisdicción si procede, dando traslado a la ordinaria para que se pronuncie al respecto. En cambio, dicta un auto contra el cual admite recurso de casación ante la Sala Quinta, burlando a la Sala de Conflictos que debe ser el órgano indicado para resolver.

En sentencia de 26 de mayo de 1992, la propia Sala Quinta solventa uno de estos supuestos, y aduce para ello razones de economía procesal, aunque advierte de estos defectos procesales en el tercer antecedente de hecho cuando determina que el procedimiento correcto a seguir es la vía del conflicto de jurisdicción. Pero en sentencia de 13 de diciembre de 1993, a propósito de un pastoreo abusivo en la zona militar de San Gregorio, se vuelve a seguir este procedimiento llegando incluso al pronunciamiento de la Sala Quinta en casación, advirtiendo que la competente es la ordinaria. Como consecuencia de este recurso de casación, presentado por el Ministerio Fiscal se remite la causa al Juzgado Decano de Instrucción de los de Zaragoza, que en ningún momento han tenido ocasión de declarar lo que estiman respecto a la competencia de la ordinaria.

Analizando estas sentencias de la Sala Quinta de lo Militar, y después de criticar el procedimiento, vamos a entrar en el fondo, así encontramos pronunciamientos que posiblemente también lo hubieran sido de la Sala de Conflictos, aunque hay otros más controvertidos, que no creemos que hubieran sido resuelto en el mismo sentido, por la dudosa naturaleza castrense de los hechos enjuiciados.

Observamos como en la doctrina sentada por la Sala en 1992, a propósito de su sentencia de 23 de

enero de dicho año, adopta una interpretación que suscribimos sin reticencias. Dice tal sentencia en su fundamento jurídico primero: «Lo relevante para determinar la competencia de la jurisdicción Militar es que resulten o no lesionados bienes jurídicos de carácter militar». Pero se aparta de este criterio en pronunciamientos posteriores, como por ejemplo en sentencia de 29 de abril de 1997, en un supuesto atinente a la libertad sexual que mencionamos al inicio de nuestro estudio, o en sentencia de 30 de mayo de 1995 sobre un supuesto de imprudencia, de los que trataremos más profundamente en el punto siguiente.

La Sala Quinta, siguiendo este criterio llega a la conclusión de que son conductas estrictamente castrenses algunas que para nosotros no ofrecen tampoco dudas, así en Sentencia de 26 de noviembre de 1991, en un supuesto de incitación a la sedición militar e insulto a superior, o de 23 de enero de 1992 por un insulto a centinela, o 26 de mayo de 1992 y de 4 de octubre de 1993 ambos por supuestos delitos de sedición militar, o bien sentencia de 24 de octubre de 1996 por un supuesto abuso de autoridad, o de 18 de febrero de 1997 por un supuesto delito de espionaje militar, etc.

Uno de los argumentos más reiterados por los recurrentes es insistir sobre la condición de no militar del sometido al fuero castrense, cuando debemos advertir que, hoy día, el criterio de determinación de la competencia es el objetivo por razón de la materia, ni el lugar ni la persona son determinantes. La Sala Quinta contesta en este sentido y desde nuestro punto de vista acertadamente, en sentencia de 14 de diciembre de 1995, en un supuesto de espionaje militar cometido por un militar en situación de reserva, o en diversos casos en los que los sujetos son miembros de la Guardia Civil (17), así en sentencia de 26 de noviembre de 1991, de 23 de enero de 1992, de 26 de mayo de 1992, 4 de octubre de 1993, entre otras.

Sin embargo, se nos ofrecen dudas en otras decisiones jurisprudenciales, en las que aún notamos más la falta de los argumentos en favor del conocimiento de la ordinaria, aportados por sus propios órganos judiciales y por su propio Ministerio Fiscal. Por orden cronológico, en sentencia de la Sala Quinta de 30 de abril de 1991, se nos presenta un caso de supuesto delito contra la eficacia en el servicio, al haberse producido daños en un vehículo militar, conducido por un soldado durante una guardia de seguridad en un recinto militar. En este caso nos parece inadecuada la argumentación que utiliza el tribunal, frente al propósito de la parte acusada. Su defensa interpone un artículo de previo y especial pronunciamiento, solicitando que la militar decline su competencia. A esto la Sala (FJ 2.º) contesta: «*Que los hechos sucedieran de una u otra forma, que estén bien o mal calificadas como delito militar, y que tuviera o no participación dicho acusado e incluso que la calificación provisional se ajuste o no al criterio jurisprudencial de esta Sala, son extremos todos a discutir en el acto del juicio oral, y el Tribunal con jurisdicción militar será el que pueda pronunciarse sobre ellos, estando vedado que lo haga un órgano de la jurisdicción penal ordinaria, que carece de jurisdicción para conocer del delito militar imputado*».

La Sala entiende que, con independencia de los hechos concurrentes en el caso en concreto, lo determinante para la atribución de competencia no son éstos sino la calificación que de ellos se haya hecho por el tribunal, es decir, sin admitir la Sala que precisamente la cuestión que se le plantea es esa. Como consecuencia, se provoca la apertura de juicio oral, desatendiendo un mínimo principio de economía procesal, y con ello una posible sentencia de instancia, cuando a la luz de las pruebas se observe la incompetencia del tribunal. La trascendencia de la determinación de la competencia era tal, que la exclusión de la competencia de la militar, acarrearía que en la ordinaria esta conducta ni siquiera fuera delito, como consecuencia de su tipificación como un supuesto de imprudencia con vehículo a motor.

Otro supuesto discutible era el de la sumisión a la castrense de actitudes de negativa a la prestación del servicio militar. Así se pronuncia favorable a la competencia de la castrense en Sentencia de 24 de junio de 1991, cuando meses más tarde a partir del 20 de diciembre de 1991, la Ley de Servicio Militar reconduce estos asuntos haciendo competente a la ordinaria. En estos casos, el legislador opta por una concepción restrictiva de la manifestación jurisdiccional castrense.

Y finalmente, otro caso controvertido lo encontramos en la Sentencia de 13 de junio de 1995 en unos

hechos que supuestamente constituyen un delito contra el decoro militar, del artículo 162 CPM. Los hechos son una pelea pública en el transcurso de una fiesta entre suboficiales. La Sala entiende que es competencia de la militar, aunque a nosotros nos parece discutible, y ello porque partimos de un bien jurídico: el decoro militar, de difícil conceptualización, y un tipo excesivamente vago y difuso que da lugar a notables inconvenientes. Así parece que debe resultar aplicable cuando los hechos se cometen entre militares de la misma graduación. En caso de diferente graduación y ante los mismos hechos, se recala en tipos penales diferentes, concretamente el insulto a superior, artículo 99 o a inferior artículo 104 del mismo texto penal. Por otro lado, y en estos supuestos debe concurrir en los sujetos la condición de militar que jurisprudencialmente se concibe como una situación permanente, es decir, se mantiene incluso, fuera del tiempo o lugar de servicio. Sin embargo, podemos preguntarnos hasta que punto una pelea de este tipo puede afectar a un bien estrictamente castrense. Más cuando fácilmente podemos imaginar otras conductas que, aunque incluíbles *a priori* en estos tipos, como por ejemplo, lesiones entre militares del mismo rango que sean a su vez esposos, hermanos o parientes, dentro del seno de la familia, no creemos que deban ser ilícitos castrenses por no afectar directamente a bienes jurídicos de esa naturaleza.

#### V. LA DENOMINADA EXCEPCIÓN CONCURSAL Y LOS DELITOS CONEXOS: EJEMPLOS DE AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA CASTRENSE

Delimitada, como anteriormente expusimos, la competencia de la Jurisdicción Militar, en tiempo de paz, exclusivamente a los delitos militares, esto es, a los tipificados en el Código Penal Militar, tal criterio competencial se quiebra o puede resultar desbordado como consecuencia tanto de la, en principio, «extraña» regla concursal contenida en el artículo 12, apartado primero, como de la declaración prevista en el artículo 14, preceptos ambos de la Ley Orgánica 4/87 de 15 de julio sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

En efecto, el artículo 12.1 de la citada Ley Orgánica, atribuye a la Jurisdicción castrense la competencia para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, pero inmediatamente declara que *«Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a éste último, en cuyo caso se aplicará éste»*.

Dicho inciso segundo, fue añadido al citado artículo 12 por la Disposición Adicional Sexta de la Ley Procesal Militar de 13 de abril de 1989, y como indica el profesor FERNÁNDEZ SEGADO (18), con tal norma se pretendió evitar problemas derivados de la diferente penología del Código Penal especial respecto del común de 1973.

Resultaba, por incompresible que ello pueda parecer, que determinadas conductas castrenses aparecían conminadas con una pena inferior a la establecida en la legislación punitiva común, y ello como consecuencia de que el Código Penal Militar se había elaborado no sobre la base del Código Penal entonces vigente, sino desde la perspectiva del Proyecto de Código Penal de 1980 o de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, en la creencia de una rápida entrada en vigor de un nuevo Código Penal.

De esta forma, por poner un ejemplo, mientras el delito de asesinato del artículo 406 del Código Penal común aparecía castigado con pena de reclusión mayor en su grado máximo, es decir, con una pena abstracta que oscilaba desde los 26 años, 8 meses y 1 día a 30 años, la muerte del superior ejecutada con alevosía, o la del inferior con la concurrencia de tal circunstancia (técnicamente, en ambos supuestos, un asesinato) se castigaba en el Código marcial y sigue castigándose con pena de prisión de 15 a 25 años

(arts. 99 y 104 del Código Penal Militar), esto es, sensiblemente inferiores, a las previstas en el Código Penal común entonces vigente, con la paradoja de que en ambos delitos castrenses además del ataque al bien jurídico vida, se conculca un pilar fundamental de la institución armada cual es la disciplina.

Entendemos que sólo para evitar tales distorsiones penológicas se introdujo en el artículo 12 la citada regla concursal y, únicamente para aquellos supuestos que estando tipificados en ambos textos punitivos, el Código Penal común asignara al hecho típico una penalidad más severa. Se trata, en definitiva, de que un mismo comportamiento delictivo, abstracción hecha del elemento típico que militariza el ilícito, sea susceptible de ser incardinado en un tipo común o en un tipo militar, aplicándose el Código Penal común cuando éste conlleve una penalidad más severa.

Por ello, como afirma CALDERÓN SUSÍN (19) *«El ámbito claro de aplicación de esta estricta regla es el del grupo de delitos formalmente militares cometidos con base al resultado doloso de muerte o de lesiones, todos ellos pluriofensivos, como ocurre en determinados delitos contra las leyes y usos de la guerra, contra centinela, fuerza armada o policía militar, en los de atentado a autoridad militar, y en los de maltrato de obra, tanto a superior como a inferior»*, es decir, el maltrato de obra a un enemigo que se ha rendido con causación de lesiones o muerte (art. 69), el maltrato de obra a centinela o fuerza armada con resultado de lesiones graves o muerte (art. 85.2.º y 3.º) el maltrato a policía militar con resultado de lesiones graves o muerte (art. 86.2.º), el atentado contra autoridad militar causándole la muerte o lesiones graves (art. 87), la sedición militar causando la muerte o lesiones menos graves a un superior (art. 91.3.º) y los ya expuestos como ejemplo de los artículos 99 y 104.

Ahora bien, esta interpretación que parece tan clara, debido a los contornos poco precisos de determinados ilícitos incluidos en el Código Penal Militar, puede conducir, como luego veremos, a la extensión de la precitada regla concursal a supuestos insospechados y desbordar los límites de lo estrictamente castrense. En otras palabras, el posible abuso del número segundo del artículo 12 que comentamos puede atraer hacia la Jurisdicción Militar el conocimiento de conductas delictivas que nada tengan que ver con los intereses o valores de la Institución armada, vulnerándose con ello no sólo los límites competenciales sino el propio mandato constitucional.

Por otra parte, la Sala de Conflictos de Jurisdicción, en consonancia con la interpretación mantenida por el Tribunal Constitucional, ha venido adoptando un criterio puramente formal en cuanto a la atribución de un asunto a la manifestación jurisdiccional militar, en el sentido de que sólo son delitos militares los tipificados en el Código Penal Militar, y como consecuencia éstos son los únicos de los que conoce esa jurisdicción especial.

En este sentido, dicha Sala, en su sentencia de 11 de diciembre de 1989, declaraba que *«dado el carácter especial de la Jurisdicción Militar, el ámbito de la misma debe ser interpretado restrictivamente, por lo que "en principio" el conocimiento de los procesos penales debe presumirse atribuido a la Jurisdicción Ordinaria que es fuero atrayente»* (FJ 2).

Más explícita resulta la sentencia de 19 de diciembre de 1990 al afirmar que *«El Artículo 117.5.º 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»* (FJ 1).

Dos días más tarde, la misma Sala volvía a declarar que *«La Jurisdicción Militar no es competente más que cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar; Así se explicita en los artículos 3.2.º de la LOPJ. y 117.5.º de la Constitución Española y viene a resaltarse en la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1982 de 13 de diciembre.»* (sentencia de 21 de diciembre de 1990, Fundamento Jurídico Segundo, y, finalmente, por no realizar una enumeración exhaustiva, la sentencia de 22 de junio de 1992, en su Fundamento Jurídico Primero, precisaba que *«Del artículo 117.5.º de la Constitución se infiere con claridad el carácter especial y la limitación de la Jurisdicción Militar al llamado ámbito estrictamente castrense, que*

*demanda el conocimiento de los delitos propia y exclusivamente militares y la sentencia del tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991 exige al interpretar el término «estrictamente castrense» que el delito pueda ponerse en conexión con los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas».*

Pero lo cierto es que, pese a lo diáfano de tales declaraciones jurisprudenciales, el propio texto de la LOCOJM introduce en el artículo 12, por referencia al artículo 14, un nuevo elemento perturbador en relación con la competencia de la Jurisdicción Militar: los denominados delitos conexos.

Efectivamente, el mencionado artículo 14 dispone que *«La Jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave conocerá de los conexos»*. Pero como ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Poder Judicial hacen referencia alguna a los delitos conexos como criterio de atribución de competencia a la Jurisdicción Militar, algún sector doctrinal (20) se ha preguntado si resulta lícito y no supone un exceso de dicha Ley, atraer hacia el conocimiento de la Jurisdicción marcial conductas punibles, que se hallan descritas fuera del Código Penal Militar, bajo la excusa o razón de la conexidad procesal.

Entendemos, que la atribución al conocimiento de la Jurisdicción Militar de un delito común, aunque sea por vía de conexidad, traspasa el ámbito estrictamente castrense, pues tal ilícito común para nada afecta *«a los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas»* en palabras de nuestro supremo intérprete de la Constitución. Para nada interfiere los intereses propios del Ejército o las actuaciones propias del servicio o de la profesión militar la perpetración de delitos comunes, por lo que una presunción de competencia de la Jurisdicción Ordinaria debe operar como *vis atractiva* con carácter general, máxime frente a una jurisdicción de carácter especial. Dicho de otra forma, si se ha producido una lesión a bienes o intereses estrictamente militares, tendrá razón de ser la atribución del conocimiento del hecho delictivo a la Jurisdicción Militar, pero si son otros los bienes afectados entendemos que deben ser objeto de protección preferente por la Jurisdicción Ordinaria.

Como afirma MILLÁN GARRIDO (21), en los supuestos en los que junto a la infracción de una norma del Código Penal con la que se protegen bienes no militares, resulten también afectados el servicio o la disciplina, ello no puede ser razón determinante, como tampoco ninguna otra de índole pragmática, para excluir estos hechos de su conocimiento por la Jurisdicción Ordinaria.

## 1. Crítica a los últimos pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala Quinta

Una vez sentadas estas premisas, vamos a observar cual es la curiosa casuística resultante, a la luz del estudio de recientes resoluciones jurisprudenciales de la Sala Quinta, relacionadas con los ilícitos previstos en los siguientes preceptos: a) artículo 159, sobre imprudencia en acto de servicio de armas, b) artículo 106, sobre trato degradante, c) artículo 115 sobre deslealtad en conexión con malversación de caudales públicos del código penal común y, d) artículo 157.4, sobre incumplimiento de deberes militares fundamentales, todos ellos del CPM.

Como ya hemos visto, la competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz y en materia penal, inicialmente reducida a los delitos militares puede verse rebasada merced a los propios mecanismos introducidos en la LOCO, y fundamentalmente, a través de la regla concursal del artículo 12 y de la conexidad establecida en el artículo 14, pero debe advertirse que no se trata de una mera elucubración dogmática, sino que la realidad nos ofrece casos suficientes para demostrar nuestras afirmaciones.

a) Así, respecto del «extravagante» tipo delictivo del artículo 159 del Código Penal Militar (22) constituía pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala V de lo Militar, que en dicho precepto se cobijaban dos tipos delictivos diferentes *«pues en el primer párrafo se consideraba una conducta dolosa consistente en la*

*extralimitación en la ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado, es decir, fuera de los límites en que ha sido ordenado o en forma distinta de lo ordenado, con resultados causados por dolo o culpa; en tanto que en el párrafo segundo nos encontramos ante un resultado producido por culpa en acto de servicio de armas, sin consideración a extralimitación alguna y sin consideración a que se ejecute, dentro del servicio de armas, en ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado o no» (sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1991, 13 de marzo de 1992, 16 de junio de 1993, 20 de septiembre y 4 de noviembre de 1994, y 29 de marzo de 1995).*

En definitiva, el párrafo segundo del indicado precepto, según dicha jurisprudencia, requería: a) que el sujeto activo sea un militar, b) que el acto se realice en ejecución de un *servicio de armas*, c) que sea generador de un resultado producido por culpa con causación de muerte, lesiones o daños, y d) que exista una relación causa efecto entre el obrar del sujeto activo y el resultado dañoso.

Con tal interpretación quedaba implícitamente fijada la competencia de la Jurisdicción Militar para el conocimiento de las imprudencias con resultado de muerte, lesiones o daños siempre que los mismos acaecieran en acto de servicio de armas, puntualizándose en la sentencia de dicha Sala de 5 de junio de 1995 *«que el hecho de encontrarse prestando servicio de armas era la única razón que justificaba la competencia de la Jurisdicción Militar»* (23). Por tanto, aquellos resultados lesivos o dañosos acaecidos fuera de la prestación de un servicio de armas y ocasionados por imprudencia resultaban competencia de la Jurisdicción Ordinaria.

Ahora bien, sorpresivamente y apartándose de dicha labor hermenéutica la sentencia de la Sala V de 30 de mayo de 1995, en contradicción con la que dicta sólo seis días después confirma la sentencia recaída en la instancia, en la que se condenaba a un oficial del Ejército de Tierra que dispuso la realización de unos ejercicios de remo y reconocimiento de una de las islas que componen el Archipiélago de las Chafarinas, en cuya práctica, por no haber adoptado las debidas precauciones, fallecieron dos soldados, como autor de un delito de *«negligencia profesional en acto de servicio»* previsto y penado en el artículo 159, párrafo segundo, inciso primero. Para ello la Sala considera que *«un paso más de interpretación del precepto, que no resulta necesario que concorra en el supuesto de negligencia profesional la circunstancia concreta de acto de servicio de armas para que el delito quede configurado, sino que es suficiente con la producción de dicha negligencia en acto de servicio, en general, dentro de las actividades propias de las Fuerzas Armadas»*.

De esta forma, la defectuosa redacción del tipo contenido en el precitado artículo 159 hace posible interpretaciones contradictorias capaces de ajustar o ampliar los límites competenciales de la Jurisdicción Militar. Pero lo que resulta más grave, es que habiéndose acogido expresamente la interpretación ofrecida por la Sala V en las Sentencias anteriormente reseñadas por la Sala de Conflictos de Jurisdicción en sus resoluciones de 31 de octubre de 1991 y 25 de marzo de 1994, se halla hurtado a esta Sala especial el pronunciamiento respecto a la interpretación extensiva del indicado tipo delictivo llevada a cabo por la citada sentencia de 30 de mayo de 1995.

b) Otro supuesto ciertamente problemático, ya enunciado anteriormente, es el abordado por la sentencia de la Sala V de 29 de abril de 1997, en la que se desestima un recurso de casación (24), interpuesto contra el Auto dictado por el Tribunal Militar Territorial Primero, Sección Segunda, desestimatoria de una declinatoria de Jurisdicción promovida como artículo de previo pronunciamiento por la defensa del imputado.

Sin perjuicio de las reservas y observaciones que hemos realizado al inicio de este trabajo sobre las *«peculiaridades»* que encierra tal proceder procesal, para una mejor comprensión de lo acaecido reproducimos, en nota a pie de página (25) los hechos, objeto de acusación, que sirvieron de base a la mencionada resolución de la Sala V.

Los referidos hechos fueron calificados por la acusación fiscal como constitutivos de un delito conti-

nuado de «trato degradante» del artículo 106 del Código Penal Militar, que bajo la rúbrica «del abuso de autoridad» (26) castiga al superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana, con pena de prisión de 3 meses y 1 día a 5 años. Para la Sala V (Fundamento Jurídico Cuarto) constituyen manifestaciones de agresión sexual *«en las que cabe pensar que pueda predominar un ánimo de satisfacer el apetito sexual, desde el punto de vista del accionante superior, pero no puede descartarse correlativamente que implican para el inferior una vejación o humillación»*, añadiéndose que *«Los actos relatados no pueden merecer la calificación de degradantes en sí mismos, pero valorados desde la posición de la mujer, que no les tolera, pero que ha de reportarlos por provenir de un superior, es algo que al atacar a la dignidad de la persona del inferior, implica una disminución de la estima propia y ajena y ello supone una forma de degradación»* concluyendo, en definitiva, aún con carácter provisional, que tales hechos están correctamente incardinados en el artículo 106 del CPM, encontrándose amparada la atribución del conocimiento de los expresados hechos a la Jurisdicción Militar en el artículo 12.1.º de la LO 4/1987, de 15 de julio.

A este tenor, entendemos gravemente perturbadora, desde el punto de vista competencial, la expresada resolución de la Sala V del Alto Tribunal, toda vez que bajo la invocación de un precepto castrense, ideado para otras finalidades, se atrae hacia el conocimiento de la Jurisdicción Militar, un ilícito de clara naturaleza común, y ello basándose en los siguientes razonamientos:

En primer lugar, el Código Penal Militar carece de una tipificación correlativa al Código Penal común referente a los «delitos contra la libertad sexual». Es más, en el Código de Justicia Militar de 1945 constituían causa de desafuero, según el apartado 5.º de su artículo 16, los delitos de estupro, y, respecto a los de violación, agresión sexual o rapto, aún cometidos por militares, cuya competencia resultaba ser por ello de los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria. La única salvedad, era que afectaran al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16, párrafo 1.º del citado texto legal, conforme a la reforma operada por Ley Orgánica 9/80 de 6 de noviembre (27).

En segundo término, el bien jurídico tutelado en el artículo 106 es radicalmente distinto del que aparece protegido en los delitos de agresión y abuso sexual. Precisamente la Sala V, en sus sentencias de 30 de septiembre de 1990, 14 de septiembre de 1992, 23 de marzo de 1993, 16 de octubre de 1995, y 16 de febrero de 1996, ha precisado que el artículo 106 contiene un tipo pluriofensivo en cuanto ataca a la disciplina y a la dignidad humana, elevada a la jerarquía de derecho fundamental, y como tal, inatacable e inderogable.

Sin embargo, respecto a los delitos comprendidos en el Título VIII del vigente Código Penal, así como también a los previstos en el Título IX del anterior Código Penal, la doctrina penal mayoritaria (28) entiende que se trata de infracciones contra la libertad sexual, interpretando ésta como «la facultad o capacidad de la persona para determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad» (29), si bien, en atención a las condiciones peculiares de la víctima, esa misma posición doctrinal mayoritaria entiende que también se protege la indemnidad o intangibilidad sexual, o lo que es lo mismo, la futura libertad sexual de la persona.

No pueden, por tanto, confundirse ni entremezclarse ambos bienes jurídicos, ni el núcleo troncal del tipo, es decir que la acción pueda ser extrapolable de una a otra infracción delictiva, pues el trato degradante implica, según la propia jurisprudencia de la Sala V, *«humillar, rebajar o envilecer»*, *«la reducción de una persona a la condición de objeto, de fardo, es decir, de una cosa, su utilización para el procaz divertimento de gentes que se diría momentáneamente desalmadas, su anulación como persona libre»*, en palabras de la citada sentencia de 23 de marzo de 1993.

El Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 57/1994 de 28 de febrero y 215/1994 de 14 de julio (RAP 247 y 617), ha proclamado que torturas, penas o tratos inhumanos, penas o tratos degradantes, *«son en su significado jurídico nociones graduadas de una misma escala que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente»* (30).

La causación o imposición de un trato degradante, por tanto, deben entenderse referidas a la provocación de padecimientos físicos o psíquicos vejatorios, no incluibles, como afirman LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN en otros tipos que atenten a bienes jurídicos distintos de la integridad moral, como es la libertad sexual entre otros (31).

Es más, como afirma CONDE-PUMPIDO TOURÓN (32), respecto de los nuevos delitos tipificados en el Título VII del Libro II del actual Código Penal, lo que se estaría tutelando es la integridad moral, no la dignidad de la persona, pues el reconocimiento de la dignidad de la persona está en la base de todos los derechos fundamentales...

Por contra, en los delitos contra la libertad sexual se castigan fundamentalmente acciones de naturaleza sexual realizadas sin consentimiento de la víctima o con un consentimiento viciado. Prueba de que se trata de acciones plenamente diferenciadas es que en el nuevo Código Penal, en los delitos de tortura y contra la integridad moral, prevé en su artículo 177 un concurso real entre el trato degradante y la lesión a la libertad sexual, sin perjuicio de que en las agresiones sexuales (arts. 178 y 179) se agrave la pena cuando la violencia o intimidación ejercitadas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180.1.º).

Llegados a este punto resulta necesario precisar que el trato degradante está implícito o resulta inherente a toda agresión sexual. No puede negarse que un acto sexual impuesto contra la voluntad del sujeto pasivo, resulta humillante o vejatorio. Esta idea, aparece explicitada en la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo del 13 de junio de 1992 que al ocuparse del subtipo agravado del entonces vigente artículo 430 del Código Penal afirma que *«es necesario hacer un previo deslinde entre aquellos actos que añaden a la agresión sexual un plus de antijuricidad motivado por la existencia de un ataque adicional a los valores más íntimos y sensibles de la persona, de aquellos otros que, aun causando una vejación a la persona, no exceden de lo que sería la manifestación sexual de los impulsos sexuales de la persona»*, precisándose que *«el comportamiento sexual busca el placer y la satisfacción del instinto mediante el contacto con las zonas erógenas del cuerpo ajeno, por lo que no se puede de antemano poner límites al desarrollo de éstos propósitos y siempre que no superen o agoten las posibilidades del contacto sexual, no pueden ser integradas en los comportamientos brutales, degradantes o vejatorios que agravan la pena»*.

Además, como indican MORALES PRATS y GARCÍA ALVERO (33) en los supuestos de concurso entre los actuales artículos 173 y 180.1.º, debe interpretarse que el desvalor del artículo 180.1.º, al referir el carácter degradante o vejatorio de la agresión sexual al medio violento o intimidatorio, expresa asimismo un desvalor sustancial, que en su integridad alcanza ya el propio del delito contra la integridad moral (art. 173).

Por tanto, partiendo de que toda agresión sexual conlleva una humillación añadida a la conducta típica, la circunstancia primera del artículo 180, como afirma ORTS BERENGUER (34), debe reconducirse a aquellos casos en los que *«se trata de aumentar el sufrimiento y la humillación del sujeto pasivo más allá del zaherimiento inherente a 1ª acción punible»*, o lo que es lo mismo, en palabras del citado profesor, *«se hace a la víctima objeto de sevicias innecesarias para la causación del tipo»*.

En suma, toda conducta atentoria contra la libertad sexual resulta, en sí misma, y en principio, vejatoria y degradante (35), por lo que llena de asombro la precitada resolución de la Sala V, en la que, mediante una interpretación no correcta de los intereses jurídicos protegidos en dos preceptos distintos "el art. 106 del CPM y el art. 178 del CPC" se atrae al conocimiento de una jurisdicción especial un delito de evidente naturaleza común.

Finalmente, repárese que bajo el «manto protector» del aludido artículo 12 de la LOCO, y siguiendo la postura sentada por la resolución de la Sala V de 29 de abril de 1997, de manera solapada la Jurisdicción Militar sería competente para el conocimiento de los delitos que atentan contra la libertad sexual, agrupados hoy en día, en el Título IX del Código Penal, cuando ni siquiera históricamente, tuvo competencia para conocer de un buen número de ellos.

A mayor abundamiento, cabe interrogarse acerca de si la tan mencionada regla del inciso segundo, del párrafo primero, del artículo 12 de la LOCO sigue vigente después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, es decir, si tiene razón de ser la existencia de una excepción al principio de competencia por razón del delito de la Jurisdicción Militar.

Nos inclinamos por la negativa, toda vez que dicha excepción competencial desborda el ámbito estrictamente castrense e incide en problemas de constitucionalidad derivados de la aplicación del Código Penal común por la Jurisdicción marcial.

c) Otro supuesto singular es el contemplado en la Sentencia de la Sala V de 15 de enero de 1997 desestimando íntegramente el recurso de casación interpuesto, por el procesado contra la sentencia del Tribunal Militar territorial 5.º, que le condenó como autor de un delito de «deslealtad», del artículo 115 del Código Penal Militar, a una pena de un año y un día de prisión, y como autor de un delito de «malversación de caudales públicos», del artículo 394.2.º del Código Penal común, a otra pena de seis meses y un día de prisión menor.

Aquí, aunque la reseñada sentencia no aluda a ello, la competencia de la Jurisdicción Militar vendría atribuida por razón de la conexidad, pero nótese que el delito de malversación es una infracción netamente común, sin tipificación expresa en el Código Penal Militar.

Resulta ciertamente «desconcertante» el que por vía de conexión material, la Jurisdicción Militar conozca de un delito de tal naturaleza, y sin embargo, resulte incompetente cuando la malversación aparezca como única infracción cometida o cuando ésta aparezca unida a un delito militar que conlleve menor penalidad que aquella.

En este sentido, el Auto de la Sala V de lo Militar de 14 de diciembre de 1989 entendió que *«los caudales y efectos públicos a los que se refiere el Código Penal, en sus artículos 394 y siguientes, aluden y encierran un significado dinerario y representativo de fondos públicos. Los efectos públicos descritos en el delito de malversación pueden además comprender y aludir a documentos de crédito y títulos de naturaleza mercantil, emitidos por el Estado, la Provincia, el Municipio y demás Entidades de carácter público....Pero esta apreciación no debe, sin embargo, extenderse a los «efectos» descritos en el Código Penal Militar (36) cuyo significado gramatical no puede desvincularse del término «material» sea o no de guerra y bajo el cual hay que comprender aquellos artículos, o productos utilizados en el Ejército, que no aluden ni encierran de forma directa un contenido puramente dinerario o de significación meramente crediticia o financiera».*

Este criterio, fue posteriormente ratificado por la sentencia de la Sala II de 27 de marzo de 1993 en la cual se explicita que si bien las conductas enjuiciadas, pudieran ser incardinadas en alguna o algunas infracciones delictivas contempladas en el Código Penal Militar, pueden y deben ser encuadradas en alguna de las figuras de «malversación de caudales» del Código Penal vigente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y doctrina de esta Sala contenida en la importantísima sentencia de 30 de enero de 1989 (RA. 607) que proclama la «vis atractiva» de la Jurisdicción ordinaria sobre la especial.

d) Pese a la claridad de las resoluciones últimamente citadas, como antes apuntábamos, la inconcreción e indeterminación de algunos tipos delictivos del Código Penal Militar 37 posibilita que algunas conductas genuinas de «malversación impropia» de los artículos 396 y 297 del Código Penal de 1973, incluidas en el vigente Código en los artículos 433 y 434, hayan sido enjuiciadas en la Jurisdicción Militar acudiendo al tipo abierto previsto en el artículo 157, apartado 4, que castiga con pena de prisión de tres meses y un día a dos años al militar que incumpliere sus deberes militares fundamentales, causando grave daño o riesgo para el servicio.

Sirva para ello de ejemplo la sentencia de la Sala V de 23 de noviembre de 1993, que confirmó la absolución de cuatro mandos militares, acusados del citado delito contra la eficacia del servicio, por concurrir en los mismos un error vencible de tipo, no estando prevista la correlativa figura imprudente.

Los hechos, en síntesis, consistieron en que los cuatro acusados mangaban «fondos particulares», provinientes de plazas de rancho no consumidas, fotocopias particulares, beneficios de bares o cantinas, ventas de restos o desperdicios, importe de conferencias particulares, etc., que en lugar de ser ingresados, como era preceptivo en el llamado Fondo de Atenciones Generales de la Unidad, que tenía por finalidad satisfacer las necesidades más urgentes, era reinvertido en otras adquisiciones, o como dice la Sentencia de instancia, en el pago de comidas, regalos, comisiones de fiestas, dietas, atenciones sociales, celebración de fiestas de la Patrona o gastos protocolarios.

La perplejidad que produce esta resolución no radica tanto en la absolución de los procesados sino, como ya dijimos, en la utilización de una infracción militar para «cobijar» un ilícito penal de naturaleza común, en suma, para sustraer unas conductas de su debido enjuiciamiento por el orden penal común. Y es que, como afirman MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN a propósito del principio de taxatividad de los tipos penales, íntimamente vinculado al de legalidad. «*la vaguedad de las definiciones penales además de privar de contenido material al principio de legalidad, disminuye o elimina la seguridad jurídica exigida por el artículo 9.3.º de la Constitución*» (38)

Por todo lo expuesto, mucho nos tememos que el legislador no estuvo muy afortunado, en cuanto a dotar de claridad y taxatividad, al describir la conducta típica de algunos delitos militares, no evitando el empleo de cláusulas generales, tipos abiertos o la incorporación a ellos de excesivos términos valorativos (39), lo cual dificulta sobremedida la precisa y deseable delimitación de la competencia de la Jurisdicción Militar.

#### NOTAS:

(1) Aunque no obligue a ello como mantenemos en GIL GARCÍA, O. Tesis Doctoral sobre: *La justicia militar: Desarrollo histórico y tratamiento actual*, leída el 19 de abril de 1996 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, capítulo VII al relacionar la proclamación en el artículo 117.5 del principio de unidad jurisdiccional con el reconocimiento, a renglón seguido de la jurisdicción militar para el ámbito estrictamente castrense.

(2) De la normativa citada se desprende que las actuaciones de este Cuerpo podrán dividirse en dos planos hipotéticos, el interno de su organización y funcionamiento sometido a jerarquía y disciplina militares, y el externo, es decir, sus actividades relacionadas directamente con la ciudadanía, en los cometidos policiales o de mantenimiento del orden público, entre otros. Así será estrictamente castrense lo que atañe al primer plano, habiendo quedado fuera de este ámbito y por tanto sometidas a la jurisdicción ordinaria, los hechos vinculados con las actuaciones del segundo, postura del legislador y de la jurisprudencia que se observa durante el transcurso de la Transición Política. A modo de ejemplo, recayeron en la ordinaria aquellos hechos, que aún cometidos en establecimiento militar, como eran los cuarteles de la Guardia Civil, pudieran suponer torturas o malos tratos a los detenidos, o casos de lesiones sufridas en el transcurso de disolución de manifestaciones ciudadanas, etc. Vid. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.; FERNANDO PABLO, M.M.; NEVADO MORENO P.T., *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*. Madrid, 1997. Págs 384-390. A propósito de la controvertida naturaleza militar de la Guardia Civil.

(3) Un ejemplo de esta peligrosa atribución fue considerar por parte del Tribunal Supremo que los delitos de terrorismo eran delitos militares porque estaban penados en el antiguo Código de Justicia Militar.

(4) Sentencia 111/1984, de 28 de noviembre de 1984 (Recurso de Amparo 751/1983).

(5) Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1982 de 13 de diciembre.

(6) LÓPEZ RÁMON, F., «Reflexiones sobre el Contencioso-Disciplinario militar». *Jornadas sobre el Título Preliminar de la Constitución*. Vol. IV. Madrid. 1988, pág. 2.627.

(7) En esta línea ROSIN, G., «Osservazioni sui rapporti tra giurisdizione militare e giurisdizione ordinaria». *Rassegna della Giustizia Militare*. Anno IX-n.3. Maggio-Giungo 1983, pág. 311. «le limitazioni di diritti e l'imposizione di doveri al militare, le restrizioni della sua sfera di libertà ed autonomia, non possono giustificarse se non in stretta dipendenza dalle necessita del servizio che egli e chiamato a svolgere». Con esto queremos decir que es interesante determinar también el ámbito competencial castrense porque será la razón por la que el militar profesional pueda ver limitados ciertos derechos fundamentales.

(8) Se hace eco de este desajuste en la denominación ALMAGRO NOSETE, J.; TOME PAULE, J. *Instituciones de Derecho Procesal*, T. I. *Proceso Civil*, 1, Madrid, 1993, págs. 150 y ss., entre otros. Sin embargo, RAMOS MÉNDEZ, F., *El Sistema Procesal Español*. Barcelona, 1997, pág. 172 y ss quien entiende que conflicto de atribuciones propiamente sólo es aquel que se suscita entre dos organismos administrativos.

(9) Vid. MORALES GARCÍA, Oscar, «Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio (A propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo)». *Actualidad Penal*, n.º 16 de 1996, págs. 259 y ss. Así como Díez-PICAZO, Luí María. «El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995». *La Ley*. Año XVII. Número 3.952, págs. 1 y ss. Con carácter general sobre este tema se puede consultar SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo. *Protección penal del secreto de Estado*. Madrid, 1994, y RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «Protección penal de la información relativa a la Defensa Nacional» en *Comentarios a la legislación penal*, coordinados por COBO DEL ROSAL, Manuel, Madrid, 1989. T. X, págs. 43 a 372.

(10) En nuestra opinión debiera existir un solo orden jurisdiccional penal, en que estaría integrada la competencia para lo penal militar, y mantener el orden jurisdiccional militar, en un primer momento sólo para lo contencioso-disciplinario, para también acabar integrando este último en el contencioso ordinario. Así nuestra Tesis Doctoral conclusión 3.9 y 3.10.

(11) HERRERO PEREZAGUA, Juan. F. «Jurisdicción militar y unidad de jurisdicción». *Constitución y Jurisdicción Militar*. Zaragoza, 1997, pág. 194.

(12) SAN CRISTÓBAL REALES, Susana. *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*. Granada, 1996, pág. 105. Incluso ha llegado a plantear que esta Sala, pese a su nombre es un órgano más de la jurisdicción militar.

(13) CABEDO NEBOT, R. *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia*. Madrid, 1990, pág. 55.

(14) Recordar aquí que en este caso no tienen legitimación los mandos militares superiores, que si la ostentan para la casación penal, si en ese supuesto se infringe un daño o menos cabo a la disciplina militar u otros intereses esenciales de la Institución Militar, como prescribe el artículo 111 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

(15) Vid. GIL GARCÍA, Olga, Tesis Doctoral cit.

(16) Así en sentencias de la Sala Quinta de lo Militar de 30 de abril de 1991, 23 de enero de 1992, 26 de mayo de 1992, 4 de octubre de 1993, 14 de octubre de 1993, 13 de diciembre de 1993, 13 de junio de 1995, 24 de octubre de 1996, 18 de febrero de 1997, 29 de abril de 1997, entre otras.

(17) Sobre la Guardia Civil ya el Tribunal Constitucional la declaró como un *tertium genus* entre lo militar y lo ordinario pero si que tiene carácter militar a efectos

de sumisión al fuero castrense y aunque el Código Penal Militar no lo reconozca de

forma específica debemos incluir a sus miembros en el concepto de militar del código por aplicación del artículo 3.3 de la Ley de Personal Militar Profesional cuando somete a los miembros de la Guardia Civil al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, a la ley penal y en alguna medida a la disciplinaria militar cuando opera con carácter supletorio a la suya propia; y también se deduce de la Ley 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

(18) FERNÁNDEZ SEGADO, F. «Competencia de la Jurisdicción Militar y concurso de normas» en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, 1996. Tomo II, págs. 2.259 a 2.264.

(19) CALDERÓN SUSIN, E. «Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz (art. 12 LOCO)», en el colectivo *Delitos y procedimientos militares*. Consejo General del Poder Judicial, 1994, pág. 366.

(20) MARTÍNEZ AZNAR, G. «Delitos conexos». En el colectivo *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*. Ob. cit. Tomo I, págs. 239 a 252. Del mismo autor «Competencia de la Jurisdicción Militar. Delitos comunes conexos» en la obra *La Jurisdicción Militar*. Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 113 a 115.

(21) MILLÁN GARRIDO, A. «Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 53, enero-junio 1989, pág. 117.

(22) El artículo 159 del CPM dispone que: «El militar que se extralimite en la ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado, será castigado con la pena de 12 a 24 años de prisión si causare la muerte; con la pena de 5 a 15 años de prisión si causare lesiones muy graves; Y con la pena de 3 meses y 1 día a 5 años de prisión si produjese otro tipo de lesión.

*Si la muerte, lesiones o daños se produjeran por negligencia profesional o imprudencia será castigado con la pena de 3 meses y 1 día a 6 años. En el caso de imprudencia temeraria y de que se tuviese la condición de militar profesional, la pena será de 3 meses y 1 día a 8 años de prisión».*

Repárese, que no ha existido nunca en nuestro Derecho positivo un concepto legal de lesiones muy graves, así como la incongruencia que resulta de sancionar con idéntica pena los resultados de muerte, lesiones o daños del párrafo 2.º, desproporción punitiva de muy difícil justificación.

(23) Una interpretación exhaustiva del artículo 159 puede verse en GARCÍA LOZANO, C. «Extralimitación y negligencia profesional en acto de servicio de armas» en el colectivo *Delitos y procedimientos militares*. Ob. cit. págs. 259 a 315.

(24) Obsérvese que en la manifestación jurisdiccional castrense se conserva el recurso de casación a estos efectos, aunque en la LECrim ha sido eliminado tal recurso y sustituido por el de apelación, según reforma operada por la Ley del Tribunal del Jurado en el artículo 676.3 del citado Texto legal, en 1995.

(25) *El Capitán de la Guardia Civil XXXX procesado en esta causa, en la fecha de autos destinado en la Jefatura XY de Madrid, una tarde de finales de marzo de 1995 solicitó a una Número de la Guardia Civil que se reuniera con él en su despacho para un asunto del servicio. Como quiera que la citada entrevista no pudo finalizar a la hora prevista, el citado Capitán decidió continuar la misma fuera de las dependencias oficiales. Siendo las 20:40 horas y tras realizar unas consumiciones en el bar «La Cité», ambos se dirigieron a un karaoke, donde, el Capitán la abrazó, besándole en la boca, ante esta actitud, la citada Guardia Civil decidió regresar a las inmediaciones de su destino oficial, donde tenía estacionado su vehículo particular. En el trayecto, el Capitán le manifestó que desde que llegó al destino tenía ganas «de ponerla a cuatro patas», intentando que la Guardia le tocara con la mano en sus genitales. En el momento en que llegaron donde se encontraba el vehículo estacionado, el procesado, bajándose la cremallera del pantalón y diciéndole que la tocara, la empujó la cabeza hacia su pene, a lo que ella, que ya anteriormente le había hecho ver que se estaba equivocando, se resistió abandonando el vehículo oficial en el que se encontraban, siendo contestada por el procesado con insultos. A finales del mes de junio, el Capitán ordenó a la Guardia que fuera a su despacho, con objeto de pagarle una entrada para un concierto musical que se celebraría en Madrid. Una vez en el despacho, el Capitán pidió a la Guardia que le acompañara al concierto, y ante la negativa de ésta, volvió a insistir, sacando cinco mil pesetas con objeto de que ella se comprara otra entrada, las cuales la Guardia, muy nerviosa y atemorizada aceptó, devolviéndolas al día siguiente. En el momento en que se disponía a abandonar la estancia, el Capitán cerró la puerta, la empujó contra la*

*misma y, tras preguntarle por qué se ponía tan nerviosa, la besó y tocó el pecho, pudiendo la Guardia salir del despacho en el momento en que le dijo al Capitán que se le había caído la entrada al suelo.*

(26) El artículo 106 aparece ubicado en el Título V del Libro II del CPM que lleva por rúbrica «Delitos contra la disciplina», y, más concretamente, en el Capítulo III relativo a los delitos de «abuso de autoridad».

(27) Únicamente el CPM vigente, artículo 76, castiga la violación de personas especialmente desprotegidas, concretamente heridos, enfermos, naufragos, prisioneros de guerra o población civil, cuando este hecho acaezca en tiempo de guerra.

(28) Entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Ed. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996. Obra conjunta con Cobos Gómez de Linares y Sánchez Tomás, pág. 159.

CARMONA SALGADO, C. *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Obra dirigida por Manuel Cobo del Rosal, 1996, págs. 303 y 304.

GONZÁLEZ RUS, J. J. «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 59 de 1996, págs. 323 y 324.

(29) ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal Parte Especial*. Obra dirigida por Tomás S. Vires Antón, 1996, pág. 196.

(30) Véase sobre el trato degradante e inhumano, entre otros, TORIO LÓPEZ, A. «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos y degradantes» en *Libro Homenaje al profesor Alonso Reyes Echandía*, 1987, págs. 271 y ss. MAQUEDA ABREU, M. L. «La Tortura y otros tratos inhumanos o degradantes». *ADPCP*, 1986, págs. 423 a 485. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. *El delito de tortura*. Barcelona, 1990. BARQUÍN SANZ, J. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, 1992. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «El abuso de autoridad como ilícito penal y disciplinario militar» en el colectivo *La Jurisdicción Militar*. Ob. cit., págs. 483 y ss.

Del mismo autor «El delito de abuso de Autoridad (arts. 103 a 106)» en *Comentarios al Código Penal Militar*. Madrid, 1988, págs. 1.260 a 1.415.

(31) LÓPEZ GARRIDO, D.; GARCÍA ARÁN, M. *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, pág. 106.

(32) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. «El derecho fundamental de la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española: su tutela penal». *Revista La Ley*, n.º 4.197, correspondiente al día 30 de diciembre de 1996. Véase también FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español». *REDEM*. N.º 65. Año 1995, pág. 524.

(33) MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALVERO, R. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Obra conjunta dirigida por Gonzalo Quintano Olivares, 1996, pág. 885. En idéntico sentido QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 1996, pág. 134.

(34) ORTS BERENGUER, Enrique. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Obra coordinada por Tomás S. Vires Antón. Ed. Tirant lo Blanch, 1996. Volumen I, pág. 932.

(35) Por todos, véanse, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. «Los delitos contra la libertad sexual» en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*. Ed. Tirant lo Blanch, 1997, págs. 157 a 178, concretamente pág. 167. DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995». *Actualidad Penal*, n.º 32 de 1996, pág. 610, quien, a propósito de las agresiones sexuales, afirma que «no se puede olvidar que, por su propia naturaleza, hechos como los tipificados en ese Capítulo llevan implícita un componente de degradación y profundo menosprecio de la víctima»; y ORAÁ GONZÁLEZ, Javier. «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas». *Revista La Ley*, n.º 4.044, correspondiente al día 27 de mayo de 1996, pág. 4.

(36) Los artículos 195 y 196 del Código Penal Militar incardinados en el Título IX del Libro II que lleva

por rúbrica «Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar» castigan, entre otras conductas, la sustracción de materiales o efectos que el militar tenga bajo su custodia o responsabilidad o que sin ésta circunstancia estén afectados al servicio de las Fuerzas Armadas.

(37) Esta indeterminación, aparece, entre otros, en las tipologías de los siguientes delitos militares: información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional (arts. 53, 56 y 60); causación de lesiones graves (arts. 69, 76, 85, 86, 91, 94 y 104); causación de lesiones muy graves (arts. 87 y 98); irrogar un perjuicio grave al inferior (art. 103); ausentarse permanentemente del cumplimiento de las obligaciones militares (art. 120); incumplimiento de las obligaciones del centinela ocasionando un grave daño al servicio (art. 147); causar grave daño al servicio por incumplimiento negligente de los deberes militares fundamentales (art. 158); incumplir los deberes técnicos de la profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas por impericia o negligencia profesional (art. 160.4.º).

«Grave trascendencia» (art. 187) o «especial gravedad» (arts. 195, 196 y 197). en suma, elementos valorativos difíciles de precisar en palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 1993, pág. 1.300.

(38) MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1996, pág. 106.

(39) Sobre el principio de taxatividad, véase, entre otros, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, 1996, pág. 169. CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Curso de Iniciación. Parte General*, 1996, págs. 155 a 161. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal Parte General*, 1996, págs. 308 a 312. LUZÓN PEÑA, D.M. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 1996, pág. 81. LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 1996, pág. 47. QUINTERO OLIVARES, G. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Obra conjunta con Morales Prats, Fermin y Prats Canut, Miguel, 1996, págs. 37 y 38.