

C E S E D E N .

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL CODIGO PENAL MILITAR

- Por D. José Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO. Coronel Auditor de la Armada.

Noviembre 1986.

BOLETIN DE INFORMACION nº 196-X.

## S U M A R I O

### 1. INTRODUCCION

- 1.1. Naturaleza de las Fuerzas Armadas.
- 1.2. El Derecho Penal militar: Su especialidad.

### 2. LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR

- 2.1. Antecedentes históricos de la Jurisdicción penal militar.
- 2.2. Principios generales de la reforma del Código de Justicia Militar.
  - 2.2.1. Los Pactos de la Moncloa.
  - 2.2.2. La reforma del Código de Justicia Militar.
  - 2.2.3. La Constitución española de 1978.
  - 2.2.4. El proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.
  - 2.2.5. Principios generales de la reforma de Justicia Militar.

### 3. ANALISIS DEL CODIGO PENAL MILIATAR

- 3.1. Principales innovaciones del Código.
  - 3.1.1. La promulgación separada de las Leyes Militares.
  - 3.1.2. La separación entre lo penal y lo disciplinario.
  - 3.1.3. Un código Penal complementario.
  - 3.1.4. Novedades más importantes del Código.
  - 3.1.5. Estructura del Código Penal militar.
  - 3.1.6. Influencia de los Códigos Penales militares extranjeros.
  - 3.1.7. La incriminación de personas no militares.
  - 3.1.8. La identificación del ámbito estrictamente castrense con los criterios de competencia de la Jurisdicción Militar - por razón del delito.

### 4. VALORACION GENERAL DEL CODIGO PENAL MILITAR

## 1. INTRODUCCION

### 1.1. Naturaleza de las Fuerzas Armadas.

Antes de entrar en el estudio de la reforma de la Justicia Militar es preciso delimitar la naturaleza de las Fuerzas Armadas, como presupuesto básico en el que se debe asentar su ordenamiento jurídico peculiar: el Derecho militar. Corresponde a la doctrina italiana (1) el mérito de definir a las Fuerzas Armadas como una institución del Estado de la que se deriva la existencia de un ordenamiento jurídico interno (2), que goza de cierta autonomía respecto al ordenamiento jurídico estatal. Sin embargo, esta especialidad del ordenamiento interno militar tiene sus límites en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico (3) y en las fronteras de la autonomía de las Fuerzas Armadas como tal institución del Estado. En definitiva el Estado (4), en el ejercicio de su soberanía, ha de realizar el orden jurídico verdadera justificación del poder- a través de la aplicación del derecho, siendo una sola la soberanía nacional y única la función jurisdiccional. No comparten esta doctrina, tanto las opiniones de quienes entienden que las Fuerzas Armadas no son más que una parte de la Administración del Estado (5) como las de los que estiman que las instituciones armadas son una sociedad perfecta y completa, en el sentido de que se basta para sus propios fines (6).

Desde el punto de vista sociológico BAÑON y OLMEDA (7) estudian, en conocida compilación, a las Fuerzas Armadas como -- una institución definiéndolas así tanto en el análisis social general de los Ejércitos y su organización --mundo de valores propios y rechazo de los profanos, permanencia, relaciones de las -- personas respecto a la organización, sentido de cohesión interna

y realidad material de su autonomía relativa respecto al mundo exterior, en el que actúa como fuerza social homogeneizada en torno a un conjunto de intereses simbólicos y materiales, en definitiva: cohesión organizativa y diferenciación social- como en el perfil social de las Fuerzas Armadas españolas, pues "la Institución Militar española parte de su carácter institucional y a ello responde su comportamiento social" (8). Para estos autores pues, desde la contemplación organizativa del conjunto de las fuerzas armadas, éstas son institucionales y, desde luego, lo siguen siendo las españolas. Por ello defienden -incluso en el propio título de su obra: "La Institución militar en el Estado Contemporáneo"- la denominación de Institución militar española, no como alegato valorativo sino descriptivo.

Es frecuente, por otra parte, el estudio de las Fuerzas Armadas como institución en la producción científica sobre la organización militar desde el punto de vista sociológico.

Así MORRIS JANOWITZ (9) se refiere en sus trabajos clásicos de sociología a la Institución militar, analizando su sistema de autoridad ante el cambio tecnológico o estudiando la organización interna y el papel político de la Institución militar. CHARLES C. MOSKOS (10) al investigar la nueva organización militar expone las características institucionales militares en términos de valores -"Deber", "Honor" y "Patria"- y normas que trascienden los intereses egoístas de los individuos en favor de otros superiores como la profesión de las armas, la defensa del territorio nacional, la agresión disuasora, la contribución a la estabilidad internacional o la salvación de la nación. Esta organización militar institucional recibe no obstante, en opinión del autor, la influencia de determinadas características ocupacionales del sistema militar que pueden formularse en un modelo plural o segmentado integrador de tendencias organizativas institucionales y ocupacionales.

El aspecto peculiar o el funcional de la Institución militar plantea a SAMUEL P. HUNTINGTON (11) la cuestión de la "mentalidad militar" o más exactamente de la ética militar profesional en torno a sus valores y perspectivas básicas, la política militar con el Estado. También estudia el papel de la Institución militar en las relaciones civiles-militares y los problemas del control civil.

Finalmente, para terminar con las aportaciones de la sociología militar BENGT ABRAHAMSSON (12) se refiere también a la Institución militar al examinar la socialización profesional y el espíritu de cuerpo de los militares a través de la educación en las academias militares, de la fusión de profesión y organiza

ción que es muy fuerte en los componentes de las Fuerzas Armadas y del corporativismo. También alude este autor a las Fuerzas Armadas como Institución para investigar la profesión militar y -- sus relaciones con el poder político o más concretamente la posición de poder de la Institución militar y sus relaciones con el poder ejecutivo, legislativo y judicial.

De esta manera, la noción de orden u ordenamiento jurídico-militar, de ordenamiento interno de las Fuerzas Armadas como quiere la mejor doctrina italiana (13), va indisolublemente -- unido a la consideración de los Ejércitos como una institución -- que forma parte de la estructura organizativa del Estado. No cabe duda que la defensa es el fin primario del Estado y presupuesto de todas sus funciones (14), siendo también evidente que los ejércitos son el medio coactivo de que dispone el Estado para su propia existencia como nación soberana. Pero esto no quiere decir que en las Fuerzas Armadas resida un poder originario, sino que demuestra la intrínseca instrumentalidad de la institución militar respecto a los fines del Estado que constituyen su misión -- constitucional: garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (artículo 8 de la Constitución española).

En España ya había advertido QUEROL (15) que los Ejércitos constituyen no solamente un organismo o realidad social, sino también una institución del Estado y han de estar sujetos a -- la regulación normativa del Poder público de que depende. Más modernamente, RODRÍGUEZ DE VESA (16) afirma que, pese a que se ha -- lle extendida la idea de que las Fuerzas Armadas son una sociedad "perfecta" dentro del Estado, dotada de autonomía en los órdenes legislativos, ejecutivo y judicial, el centro del derecho penal militar no es hoy el militar, sino el potencial bélico del Estado: la eficacia de las fuerzas armadas no es un bien jurídico privativo de los ejércitos, sino un interés estatal.

El ejército constituye, en opinión de CASADO BURBANO -- (17) un conjunto organizado de medios personales y materiales al que el Estado encomienda la defensa armada de la comunidad. Como cuerpo social, las fuerzas armadas reúnen aquellas notas de objetividad, ordenamiento específico, organización, estabilidad y -- fin que caracterizan a toda institución.

TRILLO-FIGUEROA (18) ha expuesto con singular acierto -- esta naturaleza institucional de los ejércitos al afirmar que: -- "Las Fuerzas Armadas sólo pueden considerarse unitariamente, desde una perspectiva jurídica, como una institución del Estado y -- en nuestro Derecho, de carácter constitucional". Examina este au

tor la construcción que de la institución hicieran M. HAURIOU, G. RENARD y S. ROMANO, aplicándola a la concepción institucional de las Fuerzas Armadas.

Así:

- 1ª. La "idea de la obra a realizar" es la Defensa Nacional como misión institucional de las Fuerzas Armadas.
- 2ª. El "poder organizado" se manifiesta en lo ejecutivo y en lo judicial pero manteniendo una unidad institucional.
- 3ª. "Las manifestaciones de comunión en la idea" se concretan en unas reglas morales comunes (Reales Ordenanzas) y en la dirección de un Mando Supremo único: - El Jefe del Estado.
- 4ª. El "status objetivo de sus miembros" está establecido para los militares por su pertenencia a la institución y se encuentra regulado en las Reales Ordenanzas y en la propia Constitución.
- 5ª. Por último, la institución Fuerzas Armadas tiene su propio ordenamiento jurídico: el Derecho Militar, - dotado de principios propios tan peculiares que no permite que los actos del servicio sean susceptibles de enjuiciamiento por personas ajenas a la institución militar.

LOPEZ GARRIDO (19) utiliza la técnica de ir desechando opciones para llegar a determinar la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas. Así, para este autor las FAS no son un órgano constitucional, ni siquiera un órgano de relevancia constitucional, sino "una institución de relevancia constitucional" -concepto que fundamenta en ideas del profesor GARCIA PELAYO- concluyendo que las Fuerzas Armadas están protegidas constitucionalmente mediante la técnica de la garantía institucional. Son pues una institución del Estado que tiene su fundamento en el artículo 8ª de la Constitución, sin perjuicio de que el artículo 97 de la -- norma fundamental atribuya al Gobierno, de quien depende orgánicamente la Administración militar, la defensa del Estado. En este sentido, pone de manifiesto la importante distinción -que hace la doctrina alemana- entre "Fuerzas Armadas" y "Administración de la Defensa".

SERRANO ALBERCA (20) ha escrito que no existe contraposición en el ordenamiento del Estado: La organización militar y

su ordenamiento tienen especialidades, pero éstas no deben vulnerar los principios de la Constitución. Al ordenamiento militar son aplicables los principios y valores reconocidos a lo largo del texto constitucional, muy especialmente en el Título Preliminar y en el Título Primero, base de la norma fundamental que las Fuerzas Armadas deben defender. Este autor apoya su tesis en la autoridad de VERRI (21) quien afirma que la pertenencia del militar a una organización, las Fuerzas Armadas, fundamenta un tipo de normas jurídicas especiales que se distinguen por la importancia que en ellas tiene la disciplina militar, regla que da vida a una sociedad de connotaciones particulares, fuertemente jerarquizada, en la cual el punto de equilibrio entre libertad y autoridad aparece fuertemente inclinado del lado de la autoridad, estableciendo un complejo de deberes directamente derivados de las funciones atribuidas a las Fuerzas Armadas (defensa de la independencia y de la integridad nacional de las instituciones y del orden público).

También BALLBE (22) busca apoyo para su tesis de separación entre la función de orden público y la misión de las Fuerzas Armadas en la intención de los redactores de la Ley de Leyes de constitucionalizar las Fuerzas Armadas para que no quedaran al margen del sistema, comprometiendo a esta importante institución con la Constitución, para lograr que sus misiones (artículo 8) las configuren como "la institución nacional por excelencia".

El Ejército permanente se configura, en opinión de FERNANDO PABLO (23) como una "institución", esto es, una organización que realiza una "apropiación" de los fines que persigue -- la defensa o la conquista -- que actúa como fuerza propia en el cumplimiento de los mismos, según normas de actuación que a ella pertenecen autónomamente. La jerarquía y disciplina militares aportan un elemento subjetivo diferenciador al gozar sus miembros de un particular status y por ello el Ejército ha constituido históricamente -- en decir del autor -- una institución que el Estado de Derecho ha, inicialmente, reconocido más que impuesto. Tal institución constituye un ordenamiento jurídico, aunque no originario ni absoluto sino "interno", pues nuestra Constitución no ha realizado plenamente la absorción del ordenamiento militar en la Administración Pública y se ha quedado en la fase de "reconocimiento" de las peculiaridades históricas de la institución militar. Llegando a decir, según los principios de la teoría institucional, se dan en las FAS los elementos necesarios para la existencia de un ordenamiento jurídico: Plurisubjetividad, organización y "normación" propia

Por lo expuesto, podemos concluir con LANDI (24) que -- las Fuerzas Armadas son una institución, no un sujeto de derecho, y que no existe una voluntad de las Fuerzas Armadas distinta de la voluntad del mismo Estado como poder político jurídicamente organizado (25) y por ello:

- a) Las normas de las fuerzas armadas no son una manifestación de su autonomía, sino partes del ordenamiento jurídico del Estado subordinadas a los mismos principios -- constitucionales y emanadas del poder legislativo o reglamentario.
- b) Los órganos políticos, administrativos y técnicos de -- las Fuerzas Armadas forman parte del poder ejecutivo del Estado.
- c) La Justicia Militar forma parte, como Jurisdicción especial, del Poder Judicial del Estado, sin que se pueda -- reducir a una jurisdicción excepcional, ni corporativa, ni meramente disciplinaria.

La fundamentación legal de cuanto queda dicho la podemos encontrar en los artículos 8 y 117 de la Constitución, en -- los artículos 1, 2, 3, y 4 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por ley 85/1978, de 28 de Diciembre, y en los artículos 2, 5 y siguientes, 14, 23 y 40 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de Julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, modificada por Ley Orgánica 1/1984.

## 1.2. El Derecho Penal Militar: Su especialidad

Debemos preguntarnos ahora, para delimitar su campo de pertenencia, por las características del Derecho Militar, Al iniciar su estudio destaca, ante todo, su completa y orgánica fisonomía que se extiende a todas las ramas del Derecho Público que deben regular la actividad de las Fuerzas Armadas. Critica Rodríguez Devesa la miope obsesión por el Derecho Militar centrada -- única y exclusivamente en el tema de la competencia (26). El Derecho Militar, enseña el ilustre profesor, rebasa con mucho la minúscula parcela que tanto preocupa a los autores de los Pactos de la Moncloa, la Constitución de 1978 y la Ley Orgánica 9/1980 de reforma del Código de Justicia Militar, que afecta muy poco al Tratado Segundo donde se recoge la Parte Penal, es decir el



Derecho Penal Militar. No cabe duda que partiendo de los preceptos constitucionales que afectan al Derecho militar artículo 8 - (misión de las Fuerzas Armadas), 116 (Estados de alarma, de excepción y de sitio), 117 número 5 (ámbito de la jurisdicción militar) y 149 número 4° (competencia exclusiva del Estado en materia de Defensa y Fuerzas Armadas), se puede construir un Derecho en materia de Defensa y Fuerzas Armadas), se puede construir un Derecho Administrativo Militar con las especialidades de la Administración Militar (27), un Derecho Internacional Militar particularmente dedicado al estudio del Derecho de la guerra y las relaciones entre Fuerzas Armadas de diversos países (28), un Derecho Social Militar reconocido en sus especialidades por el propio Estatuto de los Trabajadores (29), finalmente, un derecho Procesal Militar y un Derecho Penal Militar que constituyen el bloque más armonioso y codificado de todo el Derecho Militar y donde se -- siente más su especialidad al culminar en una propia y verdadera jurisdicción.

No han faltado autores como Querol que han intentado en el Derecho Español la construcción de un Derecho Militar basado en un orden jurídico particular dentro del orden jurídico particular del Estado: el Orden Jurídico-Militar. (30) El contenido de este sustantivo y autónomo Derecho Militar se diversifica en las ramas siguientes: Derecho Militar técnico orgánico y funcional, Derecho Administrativo Militar y Derecho Penal Militar, que comprende además de las Leyes Penales, la Organización y atribuciones de los Tribunales Militares y el Procedimiento criminal. (31) Es de destacar el gran confusionismo existente sobre la materia, acaso debido como apunta Rodríguez Devesa a la ignorancia existente en Derecho Penal Militar (32) que hace que los escasos autores y aún el legislador no acierten a deslindar campos tan diferentes como: El Derecho Militar como ordenación jurídica propia de las Fuerzas Armadas dotado de autonomía y sustantividad, el carácter complementario del Derecho Penal Militar respecto al Derecho Penal Común como un Derecho Penal especial y el reconocimiento de la Jurisdicción Militar en el artículo 117-5° de la -- Constitución como una Jurisdicción especial en el ámbito de su competencia. La doctrina italiana ha partido para el estudio del Derecho Penal Militar del concepto de Orden jurídico militar, basado en que todas las normas militares se organizan en torno a un núcleo de principios fundamentales que le dan una impronta de unidad que se deriva de la misma razón de ser de la institución militar (33). Así se reconoce que las Fuerzas Armadas están dotadas de un verdadero y propio sistema de normas jurídicas: el ordenamiento militar. Ahora bien, este ordenamiento interno, como derivado de la institución militar, tiene dos características -- fundamentales: es complementario respecto de la legislación co--

mún y se inserta en el cuadro general de la legislación del Estado respetando el principio de la unidad del ordenamiento jurídico.

La justicia militar, apunta LOPEZ HENARES (34) como sistema de especial fundamento sustantivo y procesal, es universalmente reconocida por los especiales "criterios indeterminados" - que jurídicamente tutela: valor y disciplina, no susceptible de ser controlados por la función judicial ordinaria, la particular legalidad y modo de enjuiciamiento en determinados casos y circunstancias y la imposibilidad de subordinar al poder civil de la justicia, el valor superior del pueblo y la Patria armada para satisfacer una necesidad primordial de supervivencia y de cohesión colectiva, cuya razón excede de la forma cotidiana de paz en que la justicia ordinaria exclusivamente puede administrarse.

Los institutos armados, ha escrito un autor (35) fuerza al servicio del Estado para el mantenimiento del orden jurídico y para su seguridad externa, importante por la cantidad y formación profesional de sus componentes por su exteriorización y formación profesional de sus componentes, por su exteriorización -- uniforme, por los deberes y obligaciones a que están sujetos y -- por su organización integran una sociedad "sui generis" sujeta a normas de distinta naturaleza (técnico-militares, administrativas, penales o disciplinarias). Estas normas constituyen el orden jurídico-militar. El Derecho Militar ha sido definido por QUEROL como "el conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas, para el cumplimiento de sus fines, en orden a la defensa y servicio de la Patria. (36)

Para el mismo QUEROL es innegable la sustantividad del Derecho militar, su particularismo y su independencia que se basa en principios y fundamentos racionales que le asignan un fin y vida propias, insustituibles por otra rama o categoría alguna de derecho (37). Por el contrario, algunos tratadistas como MANZINI estiman que el Derecho militar no es sino una especialización de la rama correspondiente del Derecho común y son válidos también aquí los principios básicos de dicha parte del derecho (38). Para estos autores, acertaba Napoleón cuando había dicho que "la Ley Militar es la Ley común con gorro de cuartel".

VICO encabeza una corriente doctrinal que defiende la autonomía o sustantividad del Derecho militar que contempla hechos no considerados por la Ley común, tiene principios normativos diferentes e incluso fuentes del derecho propias como son -- los Bandos, pero aún así debe reconocer que se aplican numerosos

principios básicos comunes a todo el ordenamiento, particularmente los constitucionales. (39)

A juicio de TRILLO-FIGUEROA la institución Fuerzas Armadas tiene su propio ordenamiento jurídico: el Derecho militar, pero su autonomía científica es solamente informativa. (40)

El fundamento de la especialidad y autonomía del Derecho militar, afirma LOPEZ HENARES está basado en el particularismo de la organización del poder y la función militar y en las "condiciones especiales e inhabituales del fuego", pero no puede suponer, y menos en tiempo de paz, solapar los principios generales del derecho o los especiales de legalidad e independencia de la justicia, siendo la máxima garantía de la paz y la libertad. (41)

Diremos que, partiendo de los principios generales del Derecho, cuya influencia se debe dejar sentir en el Derecho militar como en una continua recepción, se deben elaborar las leyes militares para responder a la peculiar naturaleza y necesidades especiales de las Fuerzas Armadas. En este sentido afirma RODRIGUEZ DEVESA "El Código de Justicia Militar es producto de una evolución histórica, en la que constantemente se acentúa el paralelismo con los progresos del derecho común, el cual, a través de una verdadera recepción, ha penetrado en el derecho penal militar modificando el primitivo espíritu de las antiguas Ordenanzas e imponiendo las modernas técnicas codificadoras, al tiempo que viene a constituir derecho supletorio cuando no existiera regla concerniente al caso presentado". (42)

BISHOP resume así las razones fundamentales para la existencia de un sistema separado e independiente de justicia militar: (43)

- 1) Necesidad de contar con un dispositivo rápido y sumario para el mantenimiento de la disciplina.
- 2) El hecho de que el dictar una sentencia por los delitos militares puede exigir los servicios de expertos y especialistas militares.
- 3) La circunstancia de que las Fuerzas Armadas pueden hallarse estacionadas en el exterior, fuera de la jurisdicción de los tribunales del país.

Para este autor el concepto de Derecho militar abarca la regulación de las actividades de los miembros de las fuerzas armadas de una nación (justicia militar), las relaciones entre

las comunidades civil y militar (ley marcial o estado de sitio) y la conducta de los beligerantes en tiempo de guerra (derecho de la guerra), pues en todas estas situaciones el poder militar ejerce una determinada jurisdicción, conferida por la legislación nacional o el derecho internacional.

En este mismo sentido, inspirándose en la doctrina italiana, (44) SERRANO ALBERCA encuentra su justificación en una exigencia técnica de especialización en relación con la materia atribuida a su competencia, siendo su razón de ser disciplina como principio inspirador de la organización militar, pues el ordenamiento del Estado permite que el mantenimiento de la disciplina en el Ejército sea confiado a la propia organización militar, por medio de los Tribunales. (45)

Veutro define el Derecho Penal Militar como aquella rama del Derecho penal que asegura las condiciones esenciales para que las Fuerzas Armadas existan, sean subordinadas y eficaces, actuando estrictamente en el ámbito de los fines del Estado. (46)

## 2. LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR

### 2.1. Antecedentes históricos de la Jurisdicción penal militar

Afirma BISHOP que el Derecho Militar, entendido en el sentido de un cuerpo independiente de normal aplicables a las fuerzas armadas y destinado a regular sus actividades, es posiblemente tan viejo como el derecho y la guerra, tan antiguo como el sistema político humano organizado. (47)

No pretendemos exponer la evolución histórica del derecho penal militar estudiada por Di Vico en magistral aportación desde la doctrina italiana (48) que también ha conocido recientemente la obra de VERRI en su análisis histórico de la justicia militar. (49)

Desde la óptica del Derecho anglosajón es interesante la introducción histórica de BISHOP (50) y en el Derecho continental, el examen que hace DOLL de la historia de la jurisdicción militar. (51)

Todos estos autores están de acuerdo en que, como dice SERRANO ALBERCA, durante un largo periodo de tiempo el jefe militar tuvo poderes prácticamente ilimitados sobre sus subordinados, pero estas facultades punitivas del comandante militar van sufriendo restricciones a medida que nacen los ajércitos permanentes y se va codificando el ordenamiento jurídico-militar. Aparecen entonces los Tribunales militares y la separación de las facultades disciplinarias del ejercicio de la acción penal. (52)

La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España ha sido estudiada por el Profesor GONZALEZ-DELEITO, -- que se remonta a la España primitiva y romana, examina la jurisdicción militar en la Edad Media (Fuero Juzgo, Fuero Real, Espéculo, Partidas, Fueros Municipales y Ordenanzas), en el reinado de los Reyes Católicos y la Casa de Austria con las primeras Ordenanzas Generales y la aparición de la figura del Auditor, el último periodo de Ordenanzas bajo la Casa de Borbón (Ordenanzas de Felipe V, Carlos III, Ordenanzas Militares Navales y Supremo Consejo de Guerra) para terminar con el análisis de la jurisdicción militar en la era constitucional y en la Codificación. (3)

Son importantes también las aportaciones de QUEROL (54) más recientemente de CASADO BURBANO (55) Manuel BALLBE sobre determinados aspectos de la Jurisdicción militar en España. (56)

El proceso condificador español, si bien con gran lentitud y no exento de dificultades, comenzó a influir en la legislación penal militar en medio de los avatares del Siglo XIX español que promulgo y derogó una gran cantidad de normas -- algunas -- de ellas fundamentales-- contradictorias con la tradición militar, sin que se lograra una verdadera codificación penal y procesal militar hasta casi finalizada la centuria. (57)

Son hitos de este proceso el Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 6 de Diciembre de 1868, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870, el Real Decreto de 19 de Julio de 1875 que suprimió la "Jurisdicción ordinaria de Guerra" y la Ley de 15 de Julio de 1882 que autorizó al Gobierno para redactar y publicar las Leyes de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra, la Ley de Enjuiciamiento Militar y el Código Penal, tanto en el Ejército como en la Armada. Fruto ya de la codificación militar se promulgan para el Ejército de Tierra la Ley de Organización de los Tribunales de Guerra y sus atribuciones de 10 de Marzo de 1884, el Código Penal del Ejército de 17 de Noviembre de 1884 --calificado por algún autor como uno de los mejores textos penales militares de su época-- y la Ley de Enjuiciamiento Militar de 29 de Septiembre de 1886. Estos tres cuerpos legales se refunden por imperativo de la Ley de 25

de Junio de 1890 en el Código de Justicia Militar de 27 de Septiembre de 1890 que es el antecedente más próximo del de 1945.

En la Marina de Guerra, por el contrario, subsisten hasta 1945 estos tres cuerpos legales: el Código Penal de la Marina de Guerra de 24 de Agosto de 1888, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina y la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, ambas de 10 de Noviembre de 1894. (58)

La extensión de la competencia de la Jurisdicción militar, sin necesidad de derogar los cuerpos legales militares, se consigue con la promulgación de la Ley de 2 de Septiembre de 1896 y la famosa Ley de Jurisdicciones de 23 de Marzo de 1906 -- "Para la represión de los delitos contra la patria y el Ejército".

La Segunda República española promulga con gran rapidez una profunda reforma de la justicia militar. Un Decreto de 15 de Abril de 1931 deroga la llamada Ley de Jurisdicciones, otro Decreto de 11 de Mayo del mismo año reduce la jurisdicción de los Tribunales de Guerra a los hechos o delitos esencialmente militares por razón de la materia y la propia Constitución en el párrafo segundo del artículo 95 limita la jurisdicción penal militar a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados. (59)

La Ley de 17 de Julio de 1935 reorganiza la justicia militar de acuerdo con la Constitución hasta que el Bando de 28 de Julio de 1936, declarando en toda la Nación el estado de Guerra, supuso el ejercicio por la autoridad militar de las competencias que atribuía a la jurisdicción militar. El Decreto de 25 de Agosto de 1936 de la Junta de Defensa Nacional regula la Jurisdicción militar y la Ley de 5 de Septiembre de 1939 crea el Consejo Supremo de Justicia Militar. El Código de Justicia Militar de 1890 y el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 son modificados por Ley de 2 de Marzo de 1943 y en esta misma fecha se promulga otra Ley relativa al delito de rebelión militar.

El 17 de Julio de 1945 se promulga el Código de Justicia Militar común para los tres Ejércitos, que bien pronto sufrió su primera modificación por Ley de 21 de Abril de 1949 que dió nueva redacción a ciento dos artículos, debido a falta de coordinación entre el proceso codificador militar y el penal común que elaboró el Código Penal de 1944.

Sería interminable dar cuenta de todas las modificaciones experimentadas por el Código de Justicia Militar en sus cuarenta años de vigencia. Debemos destacar -sin embargo- las Leyes de 8 de Junio de 1947, 26 de Febrero de 1953 y 30 de Marzo de -

1954, Decreto de 17 de Diciembre de 1964 que desarrolla la Ley de 29 de Diciembre de 1962 del automóvil, la Ley de 30 de Diciembre de 1969 que adapta a la Jurisdicción militar las normas procesales contenidas en la Ley de 8 de Abril de 1967, la Ley de 15 de Noviembre de 1971 sobre delitos de terrorismo y otra de la misma fecha modificando determinados artículos del Código de Justicia Militar, la Ley de 17 de Marzo de 1973, la Ley de 19 de Diciembre de 1973 sobre negativa a la prestación del Servicio Militar, y el Real Decreto-Ley 3/1977, de 4 de Enero, sobre terrorismo.

Por orden de 22 de Diciembre de 1969 se nombró una Comisión para la reforma del Código de Justicia Militar, cuyos trabajos concluyeron en 1971. En 1978 una Comisión constituida en el Consejo Supremo de Justicia Militar preparó un Proyecto de reforma de Código de Justicia Militar que no fue publicado.

## 2.2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA REFORMA DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

### 2.2.1. Los Pactos de la Moncloa

Con independencia de antecedentes más lejanos, la idea de reforma del Código de Justicia Militar aparece -ante la transición política- en el texto del acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política aprobado en Madrid el 27 de Octubre de 1977, más conocido con el nombre de Pactos de la Moncloa. En efecto, el apartado VII de los indicados acuerdos lleva por título "CODIGO DE JUSTICIA MILITAR" y se refiere a las siguientes cuestiones:

A) Reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar:

- 1º) Por razón del delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose este al ámbito de los delitos militares.
- 2º) Por razón del lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares.

3º) Por razón de la persona: revisar los supuestos de desahucio y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyen delito militar.

B) Sometido a los tribunales ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo.

C) Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar.

## 2.2.2. La Reforma del Código de Justicia Militar (60)

"Por imperativos derivados del cumplimiento del punto VII del programa de actuación jurídica y política de los Pactos de la Moncloa, se acomete la tarea de modificar aspectos concretos de la normativa del sistema procesal y sustantivo del Código de Justicia Militar, dejando la revisión general del mismo para fecha posterior", como se dice en el Proyecto de Ley de Reforma del Código de Justicia Militar publicado el día 15 de Noviembre de 1978 (Boletín Oficial de las Cortes). Los principios que inspiran este Proyecto, aprobado como Ley Orgánica 9/1980 de 6 de Noviembre, son los ya señalados en los Pactos de la Moncloa y además los siguientes:

a) Reconocimiento de la especial naturaleza de las infracciones militares que "comprenden generalmente un tipo de antijuricidad y culpabilidad compleja, en las que el hecho no es susceptible de juicio ajeno a los profesionales de las armas".

b) Existencia de un poder punitivo interno y propio de la Institución militar.

c) Previsión de un sistema modernizado de justicia militar: resultará más eficiente en su día con una revisión general de Código cuando los cambios legales de la organización militar, la penal y la general del Estado obliguen a emprender la tarea de estudio y preparación de la obra que al Gobierno y a las Cámaras legislativas concierne. A tales efectos se dispone la elaboración de un plan de informes y anteproyectos relativos a la Reforma Legislativa de la Justicia Militar.

d) Se configura la posibilidad de una nueva ordenación general disciplinaria que sirva de prerrogativa sancionadora puramente interna de los Ejércitos, descargándose la judicialidad



de todo proceder que anticipadamente pueda corregirse. Se separan, pues, los campos de lo judicial y disciplinario autorizando al Gobierno para dictar un Reglamento General de Disciplina Militar de acuerdo con las bases que se establecen.

e) Quiebra de los principios de autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar al establecer un recurso de casación, contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

f) Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos que se sigan en la jurisdicción militar.

g) Eliminación de la dualidad de algunas tipificaciones superpuestas en el Código Penal y Código de Justicia Militar. (Alternatividad)

h) Modificación restrictiva de la competencia de la Jurisdicción Militar por razón de delito, lugar, persona, causas de desafuero, conexión y codelincuencia de personas sujetas a distinto fuero.

### 2.2.3. La constitución española de 1978 (61)

La promulgación o sanción de la Constitución Española - el 27 de diciembre de 1978 significó la consagración al máximo nivel normativo de los siguientes principios constitucionales:

- 1º) La Justicia Militar forma parte del Poder Judicial (Título VI, artículo 117, número 1).
- 2º) El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales (artículo 117, número 5).
- 3º) Se reduce el ejercicio de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución (artículo 117, número 5).
- 4º) Se suprime la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra (artículo 15).

- 5°) Se garantizan una serie de derechos fundamentales y libertades públicas que pueden tener importante incidencia en las normas penales y procesales militares.
- 6°) Se consagran los principios de autonomía, especialidad e integración en el poder judicial de la Jurisdicción Militar. (62)

#### 2.2.4. El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (63)

Una ponencia especial, constituida en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación, elaboró un anteproyecto de Código Penal que el Gobierno remite al Congreso de los Diputados y publica el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 17 de Enero de 1980. Este proyecto supone una renovación completa de nuestro derecho punitivo. Se inspira -según su exposición de motivos- en los postulados de la moderna Política criminal, en la moderación de las penas y la eliminación de ciertos delitos formales. Los delitos se sistematizan en atención de la jerarquía y complejidad del bien que lesiona, se adopta el sistema dualista de sanciones penales (penas y medidas de seguridad) y se consagra el principio de culpabilidad. Las reformas introducidas en los libros II y III responden:

- a) A necesidades técnicas sentidas desde hace tiempo.
- b) A la evolución o cambio social.
- c) A la nueva organización política.
- d) A imperativos de la propia Constitución.
- e) A la conveniencia de incorporar al Código preceptos de la legislación especial.

Es evidente la influencia que este Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal tiene en la redacción de un nuevo Código de Justicia Militar. Podemos concretar este ámbito en los órdenes de cuestiones siguientes:

- 1°) Título Preliminar: De las garantías penales y de la norma penal. Constituye un conjunto de normas y principios penales y aún procesales de indudable importancia en nuestro derecho punitivo y con vocación de generalidad

y supletoriedad, expresamente establecida en el artículo 16 del Proyecto.

- 2º) Libro I: Disposiciones generales sobre los delitos y -- faltas, las personas responsables, las penas y demás -- consecuencias de la infracción penal. Se piensa en una remisión en bloque -conservando las necesarias peculiaridades- al Código Penal o la elaboración de una Parte General propia del Derecho Penal Militar; en todo caso hay que tener en cuenta la innovación y avance que supone el texto de este Proyecto del Código Penal Común.
- 3º) El libro II. "Delitos y sus penas", ofrece para la Jurisdicción Militar el interés de que, conductas que actualmente se incriminan en el Código Castrense aparecen ahora tipificadas en el Proyecto de Código Penal y, en otros casos, pueden existir problemas de delimitación de los tipos penales.

Ahora bien, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 no prospera en las Cortes y se abandona definitivamente. Algunos de sus preceptos fueron incorporados al Código Penal en la importante reforma parcial -y urgente- efectuada por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, que contiene en su artículo 7, reformado, una norma que posibilita la aplicación de los principios básicos de la reforma penal a los preceptos del Código de Justicia militar. (64)

Finalmente, habrá que estar a la espera de las vicisitudes que sufra el Anteproyecto de nuevo Código Penal elaborado -- por el Ministerio de Justicia en 1983.

#### 2.2.5. Principios generales de la Reforma de la Justicia Militar (65)

A la vista del Ordenamiento Jurídico español podemos -- enumerar como líneas directrices de la reforma de la Justicia Militar las siguientes:

1a) Toda reforma militar debe tener presente la misión constitucional de las Fuerzas Armadas (artículo 8 de la Constitución).

2a) Los derechos y deberes fundamentales de los españoles, recogidos en el Título I de la Constitución, deben ser res-

petados y tutelados por la Jurisdicción Militar particularmente aquellos derechos relacionados con las garantías penales.

3a) La Jurisdicción Militar forma parte del Poder Judicial (Título IV de la Constitución) y constituye una jurisdicción especial dentro del principio de unidad jurisdiccional del Estado.

4a) La Jurisdicción Militar se ejercerá en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio.

5a) El procedimiento penal militar establecerá la garantía de defensa, casación o revisión de los fallos, con las res--tricciones que para el estado de sitio o tiempo de guerra se de--terminen.

6a) Se establecerá un estatuto de la Autoridad Judicial Militar, sus Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal Jurídico--Militar.

7a) Los principios recogidos en las Reales Ordenanzas - de las Fuerzas Armadas, regla moral de la institución militar y marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros presidirán la redacción del futuro Código Castrense.

8a) El futuro Código Militar deberá reflejar debidamente la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar, equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del - ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial.

9a) Se deberá tener en cuenta el progreso comparado con los sistemas de la organica judicial militar de los ejércitos extranjeros de más asidua relación.

### 2.3. LOS PROYECTOS DE LEYES REFORMADORAS DE LA JUSTICIA MILITAR

La Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de Noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, - estableció que, bajo la autoridad del Ministro de Defensa, se - constituirá una Comisión para el estudio y reforma de la Justi--cia Militar, cuyo cometido sería la elaboración de un plan de informes y anteproyectos relativos a la Reforma Legislativa de la Justicia Militar y la reordenación y modernización de la misma. Tal Comisión se constituyó efectivamente por Orden Ministerial número 110/00014/80, de 17 de Noviembre, siendo su Presidente el

Teniente General D. Luis Alvarez Rodriguez, Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar y su Vicepresidente y director técnico de los trabajos el General Auditor del Ejército de Tierra D. Francisco Jiménez Jiménez. El fruto de los trabajos de la Comisión, dividida en tres Subcomisiones (Penal, Orgánica y Procesal), se concretó en la elaboración de un Anteproyecto completo de Código Penal Militar y diversos estudios parciales sobre los aspectos orgánicos y procesales de la reforma de las leyes militares, así como en una contribución al Anteproyecto de Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas con objeto de lograr su armonización con el Código Penal Militar en proyecto. La Comisión se disolvió de forma tácita en 1982, haciendo entrega de sus trabajos al Ministerio de Defensa.

Posteriormente, el 12 de Septiembre de 1984 aprobó el Consejo de Ministros el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) el día 12 de Noviembre de 1984.

Al mismo tiempo que el Proyecto anterior, el Gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en correlación con el Código Penal Militar, publicado el mismo día (12 de Noviembre de 1984) en el Boletín Oficial de las Cortes. Pocos meses más tarde (28.1.85), el mismo Boletín Oficial publicaba el Proyecto de Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, remitido por el Gobierno y aprobado en Consejo de Ministros celebrado el 12 de Diciembre de 1984. Este último Proyecto fue remitido a la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados.

Después de los sucesivos trámites parlamentarios (Enmienda a la totalidad, Informe de la Ponencia y Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior) el Congreso de los Diputados aprobó el día 26 de Junio de 1985 (Boletín Oficial de las Cortes del 1 de Julio de 1985) un texto de Código Penal Militar que, tras las correspondientes vicisitudes en el Senado, sufrió importantes modificaciones en esta Cámara, cuyo mensaje motivado fue aprobado de forma definitiva por el Congreso el día 5 de Noviembre de 1985 (Boletín Oficial de las Cortes de 18 de Noviembre de 1985).

El Código Penal Militar se promulga el día 9 de Diciembre de 1985 por la Ley Orgánica nº13/85, publicándose en el Boletín Oficial del Estado del día 11 de Diciembre de 1985. Sin embargo, no entrará en vigor, por imperativo de su Disposición Final, hasta el 1 de Junio de 1986. (66)

### 3. ANALISIS DEL CODIGO PENAL MILITAR

#### 3.1. Principales innovaciones del Código

Nace el Proyecto de Código Penal Militar con la pretensión -que se confiesa en la extensa Exposición de Motivos- de que el nuevo Código refleje debidamente los principios constitucionales, el de especialidad de la Jurisdicción militar y los progresos de la moderna ciencia jurídico-penal y el derecho comparado. Se trata, en efecto, de algo más que una reforma parcial de las leyes penales militares y por ello se abandona la legislación anterior -"cuyas paredes maestras se construyeron hace un siglo"- pero sin hacer tabla rasa de sus disposiciones, con objeto de -- disponer de unas leyes penales culpabilistas. (67)

##### 3.1.1. La promulgación separada de las leyes penales.

En la primera Exposición de Motivos se trata de justificar la técnica legislativa empleada de promulgación separada de las leyes penales, las procesales y las orgánicas de Tribunales, fundamentándola en nuestros "mejores Códigos penales castrenses" (el del Ejército de 1884 y el de la Marina de Guerra de 1888) y en las leyes penales militares de otros países extranjeros (anglosajones, germánicos, soviéticos, latinos y otros europeos).

Sin embargo, resulta muy discutible esta técnica de codificación separada de la Justicia Militar y se podrían esgrimir en contra de la misma los siguientes argumentos:

a) El mandato legal establecido en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar: "elaborar un proyecto articulado de Código o Códigos referentes a la Justicia militar". Es decir, es admisible la codificación separada pero se parte de la idea de que la promulgación deberá ser simultánea. Las consecuencias negativas ya se dejan ver en el propio texto del Código puesto que la competencia de la jurisdicción militar (parte orgánica) no puede desvincularse de la elaboración de los tipos penales y, en cierto modo, adelanta la extensión que la Ley Orgánica ha de otorgar al "ámbito estrictamente castrense" que establece el artículo 117.5 de la Constitución. Otros problemas fronterizos entre lo penal y lo orgánico y procesal -como la aplicación de la ley penal militar en el espacio, concepto de militares y Autoridades militares,

cumplimiento de las penas- pueden verse afectados por la falta de coordinación existente entre estos textos en su "iter legis" por las Cámaras.

b) El contenido de la Disposición derogatoria del Código, "in fine", añadida para coordinarlo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, entonces en las Cortes, pone de manifiesto que es necesaria la promulgación simultánea del Código o Leyes reformadas de la Justicia Militar, pues en otro caso no tendría sentido la introducción de una norma orgánica y competencial en un texto exclusivamente penal. (68)

c) Por último, tampoco es exacto que los Códigos militares extranjeros hayan adoptado la técnica de elaboración separada de las normas judiciales militares. Así, son Códigos militares -- completos -- con su parte orgánica, penal y procesal- el Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos de Norteamérica de 5 de Mayo de 1950 (69) el Army Act de Gran Bretaña de 6 de Mayo de 1955, el Código de Justicia Militar portugués de 9 de Abril de 1977, el Código de Justicia Militar de Francia reformado por Ley de 21 de Julio de 1982, el Código de Justicia Militar de Argentina, Ley sobre la Defensa Nacional de Canadá de 30 de Junio de 1950 y el Código de Justicia Militar del Zaire de 25 de Septiembre de 1972.

### 3.1.2. La separación entre lo penal y lo disciplinario

Otra de las principales innovaciones del Código es la separación de la materia penal de la disciplinaria, que se promulga separadamente, y que comporta la eliminación de las faltas judiciales militares, transformando parte de ellas en delitos menores y constituyendo las restantes materias propias del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Este principio está consagrado en el artículo 6 del Código e implica una perfecta coordinación entre los Textos del Código Penal Militar y Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que no han tenido entrada simultánea en el Congreso y fueron remitidos a Comisiones distintas lo que ha dificultado la aludida coordinación. (70)

### 3.1.3. Un Código Penal complementario

Una de las mayores novedades de la Ley es, sin duda, que el Código Penal Militar ha dejado de ser un Código integral o completo para convertirse en una norma penal complementaria del Código Penal. (71)

En la primera Exposición de motivos se justifica cumplidamente el carácter de leyes penales especiales que califica a las leyes penales militares y el abandono de la técnica del Código integral por la doctrina y las legislaciones militares más modernas. Solo elogios merece pues el contenido del artículo 5 del Código que establece el principio de la "especialidad" del Código Penal Militar y declara la aplicabilidad del Código Penal -en norma que afecta al contenido del artículo 7 del cuerpo penal común, reformado por Ley Orgánica 8/1983- añadiendo una acertada "cláusula de salvaguardia", pues la ley común sólo será aplicable a los delitos militares "cuando lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código". Sin embargo, este principio de "especialidad" ha sufrido duras críticas, no en su mismo enunciado, sino en relación con la oportunidad de enviar a las Cortes un Código Penal Militar complementario de un Código Penal común aún desconocido como Proyecto. El texto del Código castrense aprobado por las Cortes Generales se resiente de esta grave indeterminación, pues no se sabe bien si es complementario del vigente Código Penal -y desde luego no son coincidentes en numerosos preceptos de la Parte general tan importantes como las formas de participación o ejecución de un delito (encubrimiento y frustración), el tratamiento de la imprudencia y todo el Título de las penas-, del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (que inspira, pese a haber sido abandonados, numerosos preceptos) o del Anteproyecto del Ministerio de Justicia de Código Penal de 1983.

La doctrina ha criticado este defecto recordando que ya el Código de Justicia Militar de 1945 debió ser reformado en 1949 -y eso que no se trataba de un Código complementario sino integral- para acomodarlo a las disposiciones del Código Penal de 1944, elaborado casi simultáneamente pero sin la necesaria coordinación. No parece lógico, en definitiva, que se apruebe antes la ley complementaria que el texto básico con los consiguientes riesgos de artículos contradictorios u omisión de especialidades militares que darían lugar a enojosas reformas posteriores. (72)

#### 3.1.4. Novedades más importantes del Código

Son novedades importantes del Código, la enumeración de los grandes principios penales militares (legalidad, culpabilidad, igualdad, irretroactividad, especialidad y separación de las infracciones disciplinarias), las cuidadas definiciones, la simplificación de las penas militares, la precisa diferenciación entre los diversos delitos contra la defensa nacional (traición, espionaje, revelación de secretos, sabotaje y de--



rrotismo), la introducción de un Título de nueva planta dedicado a los delitos contra las Leyes y usos de la guerra, la desaparición de la rebelión militar en tiempos de paz (que se incluye en el Código Penal), la reducción de la competencia de la jurisdicción militar sobre los no militares en los delitos contra la instrucción militar (delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar, atentados y desacatos a Autoridades militares, ultrajes a la Nación e injurias a los Ejércitos), la acertada sistematización de los delitos contra la disciplina y, entre ellos, el adecuado tratamiento del abuso de autoridad, la eliminación de los delitos contra el honor militar que quedan integrados al extensísimo Título Sexto (delitos contra los deberes del servicio), con la desaparición de la casi totalidad de los delitos contra el decoro militar, la nueva tipificación del delito de deserción militar (que cubre la mitad del espacio criminológico castrense), la introducción de un capítulo dedicado a los delitos contra los deberes del mando, la tipificación de la embriaguez en acto de servicio, la agrupación de la mayoría de los delitos de imprudencia y de peligro bajo el epígrafe de delitos contra la eficacia del servicio, la concentración en un Título específico de todos los delitos contra los deberes de la navegación tanto marítima como aérea y, finalmente, la desaparición del fraude militar ventajosamente sustituido por los delitos contra la hacienda en el ámbito militar. Asimismo el paso del proyecto por el Senado significó la inclusión de un nuevo Título (octavo) dedicado a los Delitos contra la Administración de la Justicia Militar. Novedad importantísima es también, fuera del ámbito del Derecho Penal militar, la notable reducción de competencia que establece la Disposición derogatoria.

### 3.1.5. Estructura del Código Penal Militar

El Texto del Código Penal Militar, que es único para situaciones de normalidad y para tiempos de guerra o estado de sitio -aunque tales supuestos se contemplen en su articulado de forma diferenciada- se divide en un Libro primero de Disposiciones Generales con cinco Títulos (Principios y Definiciones, del delito militar, de las penas, de la extinción de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado) y en un Libro Segundo de los Delitos en particular con nueve Títulos (Delitos contra la Seguridad Nacional y Defensa Nacional, contra las Leyes y usos de la guerra, rebelión en tiempos de guerra, contra la Nación española y contra la institución militar, contra la disciplina, contra los deberes del servicio, contra los deberes del servicio relacionados con la navegación contra

la Administración de la Justicia Militar y contra la Hacienda en el ámbito militar). El texto es extenso llegando a 197 artículos, una disposición adicional cinco transitorias, una disposición de rogatoria y una final.

### 3.1.6. Influencia de los Códigos Penales Militares extranjeros

Con independencia de nuestro Derecho militar histórico, tanto decimonónico como más próximo, se advierte una influencia clara -aunque no confesada en la Exposición de Motivos- de los más modernos Códigos penales militares extranjeros, con la única excepción -que haya que lamentar- de los Códigos anglosajones, - particularmente del norteamericano e inglés en materias tan importantes como la desertión o los delitos contra el honor militar. Son notorias las aportaciones que provienen de los Códigos Penales italianos de paz y guerra de 20 de febrero de 1941 (definiciones, delitos contra la Defensa Nacional en particular el desertismo, contra centinela o fuerza armada, deberes del mando, quebrantamiento de servicio, en particular embriaguez en acto de servicio, y deberes del servicio relacionados con la navegación), de la Ley Penal militar alemana de 24 de Mayo de 1974 en la parte general (definiciones, circunstancias modificativas) (73) y en los delitos en particular (desobediencia), del Código de Justicia Militar de Francia aprobado por Decreto de 19 de Noviembre de 1982 que reforma el primitivo texto de 8 de Julio de 1965 (en el tratamiento de las penas, destrucciones o sabotajes, incitación a la sedición, ofensas contra superiores, y delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación) y del sistema del Derecho penal francés en los delitos contra la Defensa Nacional: traición, espionaje y revelación de secretos (74). Se pueden encontrar influencias del reciente Código de Justicia militar portugués aprobado por Ley 141/1977 de 9 de Abril de 1977 (en los delitos de cobardía, quebrantamiento de servicio, delitos contra la eficacia, deber de presencia, contra el decoro y bienes militares), de la Ley sobre la Defensa nacional de Canadá de 30 de Junio de 1950 (delitos contra el deber de presencia), Código Penal Militar de Suiza de 13 de Junio de 1927, Código Penal militar de Bélgica de 27 de Mayo de 1870 y anteproyecto de Código Penal Militar de 1978 (capitulación, abandono de servicio, insubordinación, vías de hecho, infracciones contra las leyes y costumbres de la guerra) y Código de Justicia Militar de Argentina (principio de especialidad, penas, traición, espionaje, revelación de secretos, rebelión, abuso de autoridad, negligencia, honor militar y deberes de la navegación).

### 3.1.7. La incriminación de personas no militares

En la primera Exposición de Motivos del Proyecto se deja constancia de que se ha tenido especial cuidado en proteger sólo bienes jurídicos "afectantes a las Fuerzas Armadas" y en los que la participación como sujeto activo del militar es circunstancia principal, aunque no se excluya alguna excepcional participación de reos no militares.

De esta forma, sigue la Exposición de Motivos, la amplia incriminación de conductas constitutivas de delito militar que se hace en el Libro II se centra en los "delitos exclusiva o propiamente militares" -sin perjuicio de que también puedan ser responsabilizados los no militares por la vía indirecta de la participación de "stranei"- pero se extiende excepcionalmente a casos en que los paisanos pueden ser sujetos activos directos de un ataque a la Institución armada.

La técnica que sigue el Código combina -no siempre de forma coherente- el criterio del sujeto activo del delito (militar o paisano) con la circunstancia de paz o guerra, limitando como regla general el delito militar en tiempo de paz a los miembros de las Fuerzas Armadas.

Comandante VEUTRO las personas sujetas a la Ley penal militar, (75) las clasifica en:

- 1) Miembros de las Fuerzas Armadas.
- 2) Personas afines o asimiladas a los militares.
- 3) Extraños a las Fuerzas Armadas.

Al hilo de estas categorías estudia los supuestos de sujeción plena (militares en servicio activo, interrupciones irrelevantes y relevantes para el servicio, personas embarcadas en buques o aeronaves militares y todas aquellas que determinen las leyes penales de guerra, entre las que se encuentran los prisioneros de guerra), sujeción excepcional (militares licenciados, particularmente en los delitos contra la defensa nacional como la revelación de secretos militares, personas asimiladas a los militares, pilotos y capitanes civiles de buques o aeronaves, personal civil movilizado) y las personas extrañas a las Fuerzas Armadas que solo pueden ser sometidas a los preceptos del Código militar cuando participen en un delito militar, cuando sean sujetos activos del mismo (receptación de efectos militares o auxilio a la desertión) o cuando cometa un delito indicado en el artículo 14 (delito contra la lealtad y defensa militar, violación de deberes, delitos contra los militares en servicio, violencias

contra centinela e incitación a los militares en los delitos contra la disciplina).

Examinando el Derecho militar comparado se observa una tendencia general -que se produce incluso en aquellos países que prohíben incriminación de los paisanos por la jurisdicción militar- a ampliar el concepto militar o, simplemente, incluir al no militar como sujeto activo de los delitos contra la defensa nacional, para prevenir la violación de secretos militares por los reservistas o licenciados de los Ejércitos (Estados Unidos de -- Norteamérica, Italia, Portugal y Alemania). (76)

Asimismo es frecuente el castigo de los no militares por el delito de incitación a la comisión de delitos contra la disciplina a los miembros de las Fuerzas Armadas o auxilio a los desertores (Italia, Alemania, Francia y Portugal). Finalmente, no es excepcional que los paisanos figuren como sujetos activos de delitos contra los bienes militares, pillaje, receptación, seguridad de las Fuerzas Armadas y atentados contra centinela o fuerza armada (Portugal, Francia, Italia).

Sin embargo, a pesar del concepto estricto de militar - contenido en la definición del artículo 8, el Código establece - los siguientes criterios:

- 1<sup>a</sup>) Limitación del sujeto activo del delito en tiempo de -- paz al militar. Así dejan de ser delito militar, cuando el sujeto activo no es miembro de las Fuerzas Armadas: los delitos contra la documentación militar, maltrato - de obra y desobediencia a fuerza armada y policía militar, los ultrajes a la Nación española, su Bandera, Himno o algunos de sus símbolos o emblemas, la apología de estos delitos y receptación de material o efectos de la Hacienda Militar. Resulta particularmente grave la despenalización, dentro del ámbito castrense, de los ultrajes a la Bandera cuando el culpable no sea militar y se produzca en lugar militar o en paradas, desfiles, o formaciones militares, pues es dejar sin protección penal militar al símbolo de la Patria cuya custodia corresponde a los Ejércitos, en el ámbito estrictamente castrense.
- 2<sup>a</sup>) Limitación del delito militar cometido por no militares a los tiempos de guerra, haciéndolo desaparecer del Código Penal Militar en tiempos de paz. Es el caso del delito de traición mediante espionaje militar, espionaje, revelación de secretos o información clasificada, infracciones contra medios y misiones de las Fuerzas Arma

das, atentado y desacato a Autoridad Militar o incitación y apología de la sedición militar.

- 3<sup>o</sup>) Los delitos militares de traición y de rebelión, aun cuando sean cometidos por militares, se limitan a tiempos de guerra y se suprime -aún en este caso- la participación de los no militares suponiendo que las restantes conductas se castigarán en el Código Penal común. - En ambos supuestos no se tipifica como delito militar - la traición y rebelión cometidas por militares en tiempos de paz y por paisanos en tiempos de guerra.

### 3.1.8. La identificación del ámbito estrictamente castrense con los criterios de competencia de la Jurisdicción Militar por razón del delito

Uno de los aspectos más discutibles del Texto del Código Penal Militar es el contenido del inciso final de la Disposición Derogatoria, que deroga todas aquellas disposiciones referidas a la aplicación por la Jurisdicción militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito. Norma procesal que se incluye "in extremis" en el texto del Proyecto, pues no aparece en los anteproyectos anteriores, y que no merece unas líneas de justificación en la Exposición de Motivos, a pesar de su gran trascendencia para el futuro de la Jurisdicción militar.

En el primer Preámbulo se dice que se presenta la Ley - con el rango de Orgánica (77) exigido por el artículo 81 de la Constitución- como un nuevo Código ya vaciado de los delitos llevados a la Ley de reforma del Código Penal común, quedando por tanto como único contenido del mismo, tal como se señala en la Disposición derogatoria, los delitos de naturaleza militar y fuera de la competencia castrense los que según otros criterios "ratio loci" o "ratio personae" -no afecten directamente en tiempo de paz a los intereses y deberes propios de las Fuerzas Armadas. El criterio encuentra un antecedente bien próximo en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al estudiar el ámbito de la Jurisdicción militar, de donde pasó al artículo 3 del propio Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial en trámite parlamentario. (78)

Al ser aprobados ambos Proyectos -Código Penal Militar y Ley Orgánica del Poder Judicial- la competencia de la Jurisdicción militar (el ámbito estrictamente castrense) queda reducida al conocimiento de los delitos que se enumeran en los ocho apar

tados del artículo 6 del Código de Justicia Militar, reformado por Ley Orgánica 9/1980. Basta una simple ojeada al contenido de dicho artículo para llegar a la conclusión de que no se han adoptado los criterios habituales para definir el ámbito de la competencia jurisdiccional militar, incluyendo los delitos comprendidos en el artículo 194 que -al propio tiempo- se deroga (casos especiales de agravación en delitos comunes) y excluyendo los delitos de naturaleza común cometidos por militares cuando los hechos afectaren al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas (artículo 16 del Código de Justicia Militar, reformado por Ley Orgánica 9/1980). Por otra parte, no se distingue la competencia de la Jurisdicción militar en los supuestos de normalidad o paz, donde debe limitarse al "ámbito estrictamente castrense" por imperativo constitucional, y los supuestos de estado de sitio en los que no está vigente dicha norma fundamental restrictiva, sin que se pueda dejar a los Bandos (Número 8º del artículo 6 del Código de Justicia Militar) la determinación de todos estos supuestos.

Debe pensarse en las considerables dificultades y graves inconvenientes para la disciplina y eficacia de las Fuerzas Armadas, que puede tener el enjuiciamiento por la jurisdicción ordinaria de un delito de tráfico de drogas cometido en lugar militar, de una malversación de caudales militares, de unos abusos deshonestos de un superior con un subordinado, de los frecuentes delitos contra la propiedad en los acuartelamientos o de la revelación de secretos militares por los reservistas o licenciados.

Los Códigos anglosajones de Justicia militar (Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra), Italia, Bélgica y Portugal son ejemplos de legislaciones comparadas donde es posible el castigo de delitos comunes por los Tribunales militares, cuando estas infracciones afectan al servicio o a los intereses militares.

Hay que esperar que la remisión de otros Proyectos a las Cámaras legislativas sirva para corregir este criterio competencial tan restrictivo, cuya solución pertenece a las leyes orgánicas o procesales en cuya sede -y dentro de una visión más completa del ámbito de la Jurisdicción Militar- debe encontrarse una solución más adecuada, para conseguir el propósito laudable de su primera Exposición de Motivos: solo quedan fuera de la competencia castrense los delitos que no afecten directamente en tiempo de paz a los intereses y deberes propios de las Fuerzas Armadas.

#### 4. VALORACION GENERAL DEL CODIGO PENAL MILITAR

Después de lo apuntado, no podemos terminar sin hacer una valoración que quiere ser positiva del contenido del Código,

pues no se deben omitir sus aportaciones a la reforma de las leyes de la Justicia militar. La formulación de los grandes principios penales, la configuración de un Código Penal culpabilista, la recepción de excelentes aportaciones del Derecho comparado y la pervivencia de parte de nuestro legado histórico-jurídico militar, las cuidadas definiciones, la simplificación de las penas y el tratamiento dado a la de muerte, las reglas para la individualización de la pena (con el máximo arbitrio judicial), la acertada sistematización de las figuras penales militares y la introducción de un Título dedicado a los Delitos contra las Leyes y usos de la guerra, figuran en el haber del Código Penal Militar recientemente promulgado.

Tampoco debemos disimular sus deficiencias que, sin pretensiones dogmáticas, hemos relatado.

Esperemos que las restantes Leyes Orgánicas relativas a la reforma de la Justicia Militar y la labor de una acertada Jurisprudencia pueda mejorar algunos de los aspectos que creemos menos afortunados y las Fuerzas Armadas puedan contar con el Código Penal Militar que nuestra tradición jurídico-militar se merece y responda de forma eficaz a las necesidades de los ejércitos.

## NOTAS

- 1.- LANDI, Guido: "Manuale di Diritto e di Procedura Penale militare", Milán 1976, pág. 5. También, VENDITTI, Rodolfo: "Il Diritto Penale militare nel sistema penale italiano", Milán 1978, pág. 2 y 3.
- 2.- MAGGIORE: "Diritto e processo nell ordinamento militare", Nápoles, 1967. VICO: "Diritto penale militare: en "Enciclopedia del diritto penale italiano" PIERIANDREI: "Le forze armate in Italia", Palermo 1942. LOMBARDI: "Contributo allo studio dei doveri costituzionali", Milán 1967.
- 3.- SANTI ROMANO: "L'ordinamento giuridico", Florencia 1946. ZANOBINI, Guido: "Corso di Diritto amministrativo", Milán 1959, Tomo I.
- 4.- FERNANDEZ SEGADO, Francisco: "La Jurisdicción militar en la Constitución y en el Código de Justicia Militar", Boletín Mensual de Información nº 158 - I del CESEDEN, Octubre 1982. Del mismo autor: "La Jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional (La problemática del artículo 117.5 de nuestra Constitución)", en Revista de Derecho Público, - 1982.
- 5.- CARBONARO: "Le responsabilità militari nell'ordinamento costituzionale italiano", Florencia 1957. En el mismo sentido algunos parlamentarios españoles (Satrústegui, Bandrés, Villar Arregui, Letamendía) en los debates constituyentes de la Constitución española consideraron a las Fuerzas Armadas como simple Administración militar. Sobre las peculiaridades de la Administración militar vid. GUAITA, Aurelio: --



"Derecho administrativo especial", Tomo I. Zaragoza 1969.  
Del mismo autor: "Admnsitración Pública y Defensa Nacional",  
ENAP, Madrid, 1961.

- 6.- DE QUEROL Y DURAN, Fernando: "Principios de Derecho militar español", Tomo I, Madrid 1946, pág. 93. DE QUEROL LOMBARDEO, José Francisco: "Algunas consideraciones prácticas sobre reforma de la Justicia Militar", en Revista General de Marina, Mayo de 1982, pág. 586.

Ver también la obra del General CABEZA CALAHORRA: "La ideología militar, hoy", Editora Nacional Madrid, 1972. Asimismo la Disertación de Clausura del XI Ciclo Académico del CESE--DEN del General de SANTIAGO Y DIAZ DE MENDIVIL, Madrid, Julio de 1975. Se trata de fundamentar un poder de autorregulación de las Fuerzas Armadas, como poder originario al margen de la representación política de la Nación.

- 7.- BAÑON, Rafael y OLMEDA, José Antonio: "La institución militar en el Estado contemporáneo", Madrid, 1985.
- 8.- BAÑON Y OLMEDA: "La institución militar en el Estado contemporáneo", ob. cit. pág. 324.
- 9.- MORRIS JANOWITZ: "Las pautas cambiantes de la autoridad organizativa: La institución militar" en "Military Conflict", Sage, Beverly Hills, 1975. Del mismo autor: "La organización interna de la institución militar", en "Military Institutions and Coerción in the Developing Nations", University of Chicago - Press, Chicago, 1977.

La versión española de ambos estudios figura en: "La institución militar en el estado contemporáneo", compilación de BAÑON Y OLMEDA, ob. cit. pág. 81 y ss. y 101 y ss.

- 10.- CHARLES C. MOSKOS: "La nueva organización militar: ¿Institucional, ocupacional o plural", en "La institución militar en el Estado Contemporáneo", ob. cit. pág. 140 y ss.
- 11.- SAMUEL P. HUNTINGTON: "La mentalidad militar: El realismo -- conservador de la ética de los militares profesionales" y -- "Poder, ideología y profesionalidad: "Las relaciones civiles -militares en teoría", traducido de "The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations", -- Cambridge, 1957. Figura en "La institución militar en el Estado contemporáneo" de BAÑON Y OLMEDA, ob. cit. págs. 185 y ss. y 235 y ss.

- 12.- BENGT ABRAHAMSSON: "La socialización profesional: Teoría, ética y espíritu de cuerpo", en Military and Professionalization and Political Power, Sage, Beverly Hills, 1972.
- Del mismo autor: "La profesión militar y el poder político: los recursos y su movilización", en la misma obra citada anteriormente. La traducción de ambos trabajos figura en: "La institución militar en el Estado contemporáneo", Compilación de Rafael Bañón y José Antonio Olmeda, ob. cit. págs. 208 y ss. y 254 y ss.
- 13.- BACHELET: "Disciplinamilitare e ordinamento giuridico statale", Milán 1962. LANDI: "Manuale di Diritto e procedura penale militare", obra citada pág. 5 y siguientes. VENDITTI: "Il Diritto penale militar nel sistema penale italiano", -- obra citada pág. 3. MAGGIORE: "Diritto e processo nell'ordinamento militare", obra citada pág. 95 y siguientes:
- 14.- OEHLIG, Hermann: "La función política del Ejército", Madrid 1967. FERNANDEZ SEGADO: "La Jurisdicción militar en la Constitución y en el Código de Justicia Militar", obra citada -- pág. 3.
- 15.- DE QUEROL Y DURAN, Fernando: "Principios de Derecho militar español", obra citada, pág. 18.
- 16.- RODRIGUEZ DEVESA, José María: "Derecho penal español. Parte especial". Madrid, 1983. pág. 1236.
- 17.- CASADO BURBANO, Pablo: "Las Fuerzas Armadas en la nueva -- Constitución española" en Revista española de Derecho militar, nº 36, Julio-Diciembre de 1978, pág. 8 y 9. Ver también, LOPEZ HENARES, Vicente: "Problemas jurídico-políticos del poder militar", en Revista española de Derecho militar, nº 31-32, Enero-Diciembre de 1976.
- 18.- TRILLO-FIGUEROA Y MARTINEZ CONDE, Federico: "Las Fuerzas Armadas en la Constitución española", en el nº12 de la Revista de Estudios Políticos. También en el nº38 de la Revista Española de Derecho militar, Julio-Diciembre 1979.
- 19.- LOPEZ GARRIDO, Diego: "La posición constitucional de las -- Fuerzas Armadas", en Revista de Administración Pública, -- núms. 100-102, pág. 952 y ss.
- 20.- SERRANO ALBERCA, José Manuel: "La protección de las libertades públicas del militar", en Revista de Administración Pública, núm. 103, pág. 50 y 51.

- 21.- VERRI, Pietro: "Militari e diritti de l'uomo", en R.D.P.M. D.G. (Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre), 1976.
- 22.- BALLBE, Manuel: "Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)", Madrid 1983, pág. 464 y 486.
- 23.- FERNANDO PABLO, Marcos M.: "Ejército, Policía y libertad sindical", en Revista de Política Social, Núm. 144 Octubre -Diciembre 1984, pág. 105.
- 24.- LANDI: "Manuale di Diritto e di procedura penale militare", obra citada pág. 5 y 6.
- 25.- LOPEZ HENARES, Vicente: "Problemas jurídico-políticos del poder militar", artículo citado pág. 12.
- 26.- RODRIGUEZ DEVESA: "Derecho penal español", obra citada, pág. 1237. Del mismo autor: "La reforma del derecho penal militar", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº3, 1980.
- 27.- GUAITA, Aurelio: "Derecho administrativo especial", obra cit.
- 28.- Ver la Revista de Derecho penal militar y de Derecho de la Guerra, órgano de la Societé Internationale de Droit penale militaire et de Droit de la guerre, publicada desde 1962.
- 29.- Ver la Disposición Adicional Séptima del Estatuto de los -- Trabajadores y el Real Decreto 2205/81 que regula la prestación de servicios por el personal civil no funcionario de -- los establecimientos militares.
- 30.- DE QUEROL Y DURAN: "Principios de Derecho militar español", obra citada pag. 17 y siguientes.
- 31.- DE QUEROL Y DURAN: obra citada pág. 25 y 26. Ver Voz "JURIS DICCION MILITAR" de Salvador ESTEBAN RAMOS en Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX Tomo VI, Barcelona 1975, pág. 592 y ss.
- 32.- RODRIGUEZ DEVESA: "Derecho penal español. Parte especial". Obra citada pág. 1237.
- 33.- VENDITTI: "Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano", obra cit. pág. 1,2 y 3.
- 34.- LOPEZ HENARES: "Problemas jurídico-políticos del poder militar", artículo citado pág. 63.

- 35.- ASTROSA HERRERA, Renato: Derecho penal militar", Santiago de Chile, 1971. Ver también JIMENEZ DE ASUA, Luis: "Tratado de Derecho Penal" Tomo II, Buenos Aires 1964, pág. 1357.
- 36.- DE QUEROL, obra citada pág. 18.
- 37.- DE QUEROL, obra citada pág. 19 y siguientes.
- 38.- MANZINI, Vincenzo: "Diritto penale militare", Milán, 1932. - pág. 2. En el mismo sentido Esmeraldino BANDEIRA: "Direito penal militar brasileiro", 1925, pág. 25.
- 39.- VICO, Pietro: "Diritto penale militare", Milán 1917.  
CALDERON SERRANO, Ricardo: "Derecho penal militar", México 1944, pág. 27.  
VEJAR, Octavio: "Autonomía del Derecho penal militar, México 1948.
- 40.- TRILLO-FIGUEROA: "Las Fuerzas Armadas en la Constitución española", artículo citado pág. 76.
- 41.- LOPEZ HENARES, artículo citado pág. 62 y 63.
- 42.- RODRIGUEZ DEVESA: "Derecho penal español", obra citada pág. 1242 y 1243. Ver también, JIMENEZ y JIMENEZ, Francisco: "Limiti e caratteri delle leggi penale militari", Abril 1982.
- 43.- BISHOP, Joseph W., Jr.: Voz "Derecho militar" en Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Madrid 1974, -- Tomo 3, pág. 565.
- 44.- G. LANDI, V. Veutro, P. Stallacci, P. Verri: "Manuale di Diritto e di Procedura penale militare", Milano, 1976. También, VENDITTI, Rodolfo: "El Diritto penale militare nel sistema penale italiano", Milano, 1978. CIARDI, Giuseppe: "Trattato di Diritto penale militare", Volumen primero, Parte general, Roma 1970.
- 45.- Serrano Alberca: "La protección de las libertades públicas del militar", ob. cit. pág. 60.
- 46.- VEUTRO, Vittorio: "Diritto penale militare:", en "Manuale di Diritto e di procedura penale militare", ob. cit. pág. 117.
- 47.- BISHOP: Voz "Derecho Militar", ob. cit. pág. 565.

- 48.- DI VICO, Pietro: "Diritto penale militare" en Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, Vol. XI, pág. 5 y ss. También, CIARDI: "Trattato di Diritto Penale Militare", ob. cit. pág. 12 y ss.
- 49.- VERRI: "Storia della giustizia militare e ordinamenti stranieri attuali", en Manuale di Diritto e di procedura penale militare, ob. cit. pág. 719 y ss. También STELLACI, Piero: "Giurisdizione Penale Militare", en Novissimo Digesto Italiano VII, Turin 1957.
- 50.- BISHOP: Voz "Derecho Militar", ob. cit. pág. 565 y ss.
- 51.- DOLL, Paul: "Analyse et commentaire du Code de Justice Militaire".
- 52.- SERRANO ALBERCA: "La protección de las libertades públicas del militar" ob. cit. pág. 59 y 60.
- 53.- GONZALEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás: "La evolución histórica de la Jurisdicción penal militar en España", en Revista Española de Derecho Militar, n°38, Julio-Diciembre de 1979, pág. 9 y ss.
- 54.- QUEROL: "Principios de Derecho Militar español", Tomo I, ob. cit. pág. 31 y ss.
- 55.- CASADO BURBANO, Pablo: "Las Fuerzas Armadas en el inicio del Constitucionalismo español", Madrid 1982.
- 56.- BALLBE, Manuel: "Orden público y militarismo en la España constitucional", ob. cit.
- 57.- GONZALEZ-DELEITO: "La evolución histórica de la Jurisdicción penal militar en España", ob. cit. pág. 56 y ss.
- 58.- QUEROL: "Principios de Derecho Militar Español", ob. cit. - pág. 43 y ss.
- 59.- FERNANDEZ SEGADO: "La Jurisdicción militar en la Constitución y en el Código de Justicia Militar", ob. cit. pág. 11 y ss.
- 60.- VALENCIANO ALMOYNA, Jesús: "La reforma del Código de Justicia Militar" (Comentarios a la Ley Orgánica 9/80), Madrid, 1980. FERNANDEZ SEGADO, Francisco: "La Jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional", en Revista de Dere

cho Público, n° 88, Madrid, 1982. MILLAN GARRIDO, Antonio -- "Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en -- las Leyes Penales Militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar ", en Revista Española de Derecho Militar, n° 40, pág. 195 y ss. Este mismo trabajo también ha sido publicado en la Revista de Derecho Público. La Revista de Aeronáutica y Astronáutica en su n°481 ha publicado una serie de artículos bajo el título "Reforma del Código de -- Justicia Militar, de Martín BRAVO NAVARRO ("Reforma de la -- Justicia militar"), Jesús VALENCIANO ALMOYNA ("La Ley de reforma del Código de Justicia Militar, Aspectos más importantes") y Francisco BLAY VILLASANTE ("Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar"). BELTRÁN NUÑEZ, Arturo y -- EGIDO TRILLO-FIGUEROA, José Benito: "Breves consideraciones sobre la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de Noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar", en Revista "Ejército", n°51. Madrid, 1982. GOMEZ CALERO, Juan: "La figura del "Juez Togado" en la Jurisdicción militar", en la Revista Española de -- Derecho Militar, n°41, pág. 29 y ss. PEREZ SERRABONA Y SANZ: "El procedimiento sumarísimo a la vista de la Ley Orgánica -- 9/1980", en Revista Española de Derecho Militar n°42, pág. -- 129. También RODRIGUEZ DEVESA incluye en su "Derecho Penal -- Español", Parte Especial, Madrid 1983, un comentario de esta Ley, pág. 1240 y ss.

61.- Vid. CASADO BURBANO, Pablo: "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española", en Revista Española de Derecho Militar n°36, Julio-diciembre 1978, pág. 7 ss. TRILLO-FIGUEROA M. CONDE, Federico: "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una construcción institucional), en Revista de Estudios Políticos, n°12 (nueva época) noviembre-diciembre 1979, p. 105 y ss. LOPEZ HENARES, Vicente: "Problemas jurídico-políticos del poder militar", en Revista Española de Derecho Militar, núms. 31-32, enero-diciembre 1976, p. 11 y ss. H. OEHLING: "La función política del Ejército", Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1967. GARCIA ARIAS: -- LUIS: "Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado, en Revista de Estudios Políticos, n°152. Madrid 1967. DIEZ ALEGRIA, Manuel: "Ejército y Sociedad", Alianza Editorial, 2ª -- Edición, Madrid 1973. ALZAGA, Oscar: "La Constitución española de 1978", Madrid 1978. GONZALEZ NAVARRO, Francisco: "La -- nueva Ley fundamental para la Reforma Política", Madrid, -- 1977, p. 21.

SERRANO ALBERCA: "La protección de las libertades públicas del militar", ob. cit. pág. 61 y ss. LOPEZ GARRIDO: "La po-

sición constitucional de las Fuerzas Armadas, ob. cit. FERNANDO PABLO, Marcos M.: "Ejército, Policía y Libertad sindical", artículo citado.

- 62.- Afirma RODRIGUEZ DEVESA que el contraste entre el Derecho Penal común y Derecho Penal especial es ante todo topográfico. Legislación Penal especial es la que se encuentra extramuros del Código Penal lo que no quiere decir que sea independiente de los principios establecidos por el propio Código Penal, pues éste constituye la ley penal fundamental. Esa diversidad puede obedecer a la existencia de delitos que protegen bienes jurídicos no atendidos por el Derecho Penal común o de la contemplación de una lesión conjunta de otro bien jurídico al lado de los que se encuentran protegidos en el Código. La escisión del Derecho Penal en común y especial es de tipo formal y no afecta al carácter criminal del contenido de las leyes especiales. En la mayoría de los casos hay un origen histórico y no cuenta en su abono con argumentos técnicos decisivos (RODRIGUEZ DEVESA, José Ma.: "Derecho Penal español. Parte general". 1979, p. 33, 34 y 35.
- 63.- El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 fue estudiado ampliamente por la doctrina. Así, "La reforma del Derecho Penal", número monográfico de la Revista de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1980 con artículos de Rodríguez Devesa, Bajo Fernández, Rodríguez Ramos, Mir Puig, Bacigalupe, Huerta Tocildo, Gómez Benites, Arroyo Zapatero y Gladys Romero. Mir Puig: "La reforma del Derecho Penal", Barcelona, tomo I y II, 1980 y 1981. "El proyecto de Código Penal", Colegio de Abogados y Facultad de Derecho de Barcelona, 1980. "La reforma penal y penitenciaria", Universidad de Santiago, La Coruña, 1980.
- 64.- Ver "Comentarios a la Legislación Penal". Tomo V -2 volúmenes- Madrid, 1986 de diversos autores.
- 65.- Se debe tener necesariamente en cuenta el artículo 40 de la Orgánica de criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización y la Disposición final Segunda de la Ley Orgánica 9/80 de reforma del Código de Justicia Militar.
- Ver también, CLAVER VALDERAS, José Manuel: "La Jurisdicción Militar y el principio de unidad jurisdiccional", en Revista general de Marina, Marzo de 1985, pág. 369 y ss.
- 66.- Idéntica "vocatio legis" se concede a la Ley Orgánica de modificación del Código Penal en correlación con el Código Pe

nal Militar aprobada por Ley Orgánica (Boletín Oficial del Estado de Diciembre de 1985) y a la Ley Orgánica 12/1985, - de 27 de Noviembre del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Boletín Oficial del Estado de 29 de Noviembre de 1985).

Ambos Textos legales han seguido un "inter legis" paralelo al Código Penal Militar en Congreso y Senado, produciéndose en su día (1 de Junio de 1986) la entrada en vigor simultánea de las tres leyes reformadoras del todavía vigente derecho penal militar (Tratado segundo, "Leyes Penales", del Código de Justicia Militar).

Ver para el Código Penal Militar los Boletines Oficiales de las Cortes (Congreso de los Diputados) de fechas 12 de Noviembre de 1984, 14 de Junio de 1985, 1 de Julio de 1985, 5 de Noviembre de 1985 y 18 de Noviembre de 1985. Diarios de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 28 de Diciembre de 1984, 3 y 4 de Junio de 1985, 13 y 20 de Junio de 1985 y 5 de Noviembre de 1985.

Boletines Oficiales del Senado de Fechas, 24 de Septiembre de 1985, 1 de Octubre de 1985, 8 de Octubre de 1985, 22 de Octubre de 1985 (colección de errores) y 5 de Noviembre de 1985.

Y Diario de Sesiones del Senado de 22 y 23 de Octubre de 1986.

67.- Una de las innovaciones introducidas por el Senado en el Código Penal Militar fue la supresión de la larga Exposición de Motivos de la Ley Orgánica sustituyéndola por un corto Preámbulo donde se resumen -no siempre con rigor- las ideas básicas del que figura en el Proyecto remitido por el Gobierno. Aún reconociendo la excesiva extensión de la primitiva Exposición de Motivos o Preámbulo y su carácter doctrinal, textos similares son habituales en el Derecho patrio y comparado y resultan valiosos para una interpretación auténtica de sus preceptos. A lo largo de este trabajo nos seguiremos refiriendo a la primitiva Exposición de Motivos.

68.- Sin embargo, curiosamente sigue diciendo el Preámbulo del Código Penal Militar que "vienen a separarse del presente Código las materias procesales y disciplinarias para limitar su contenido al Derecho Penal material", cuando la disposición derogatoria del Código ha alterado profundamente la competencia de la Jurisdicción Militar y su contenido es netamente procesal.



69.- Recientemente, por "Executive Order 12473" del Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica se promulgó un nuevo "MANUAL PARA CONSEJOS DE GUERRA, Estados Unidos, 1984" que entró en vigor el 1 de Agosto de 1984.

70.- El Código Penal Militar fue enviado a la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, mientras que la Ley Orgánica - de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas se remitía a la Comisión de Defensa de la Cámara. De ello se ha resentido particularmente la delimitación entre los tipos penales y las faltas graves.

Sin embargo, ha existido esta coordinación y buena prueba de ello es la simultaneidad en la entrada en vigor (en ambas leyes el 1 de Junio de 1986) o la paralela modificación de los efectos de la pena -y a la vez sanción disciplinaria extraordinaria- de suspensión de empleo (Artículo 31 del Código Penal Militar y 63 de la Ley O. de Régimen Disciplinario de las FAS).

71.- Ciardi "Trattato di diritto penale militare", ob. cit. pág. 13 y ss. Venditti: "Il diritto penale militare nel sistema penale italiano", ob. cit. pág. 35 y ss. Veutro: "Diritto penale Militare" en Manuale di diritto e di procedura penale militare, ob. cit. pág. 122 y 123. A partir del Congreso internacional de derecho penal militar de Verona en 1959, -dedicado al tema "Código Penal militar integral", se renuncia a la incorporación a la codificación militar de las normas de la parte general del derecho penal común, triunfando en la mayoría de los países la tesis de la complementariedad frente a la integridad, aunque el sistema que prevalece es el mixto pues no se trata de una total complementariedad con el Código penal común.

72.- Rodríguez Devesa: "Derecho penal español. Parte especial", ob. cit. pág. 1235 y ss. Del mismo autor: "Una versión aberrante de las fuentes del Derecho Penal", en Revista de Derecho Público, escrito para el libro de homenaje al Dr. Osvio Pérez-Vitoria, pág. 247.

Calderón Susín, Eduardo: "Comentario de urgencia al Proyecto del Código Penal Militar", en Revista General de Derecho núm. 487, Abril 1985. pág. 908 y ss.

73.- Calderón Susín, Eduardo: "La Ley Penal Militar Alemana de 1974, Comentarios y notas "Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984, Millán Garrido, Antonio: - "La Ley penal militar de la República Federal de Alemania",

en Revista de Derecho, Público, núm. 95, Abril-Junio de 1984, y en Revista Española de Derecho Militar, núm. 42, Madrid - 1983.

- 74.- Blecua Fraga, Ramón: "El delito de traición y la Defensa Nacional", Madrid 1983.
- 75.- Veutro, Vittorio: "Diritto penale militare", en Manuale di Diritto e di procedura penale militare, ob. cit. pag. 131 a 150. Ver también, Venditti Rodolfo: "Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano", ob. cit. pág. 51 a 80.
- 76.- Ver conclusiones de la Ponencia Tercera de las II Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas, Madrid, 1985.
- 77.- Rodríguez Ramos, Luis: "Reserva de Ley Orgánica para las normas penales" en Comentarios a la Legislación penal, Tomo I, Derecho Penal y Constitución, Madrid 1982, pág. 299. En contra, Rodríguez Devesa, José María: "Una versión aberrante de las fuentes del Derecho Penal", en Revista de Derecho Público, 1982, pág. 241 y ss.
- 78.- Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, en Documentación núm. 28, Tomo IV, Anexo, del Congreso de los Diputados, Poder Judicial, Octubre 1984, pag. 72, 73 y 74.