

Análisis del Código Penal Militar vigente

Será a finales del Siglo XIX cuando el encaje jurídico de las Fuerzas Armadas comience a ser previsto de manera importante por parte del legislador, y a través de éste, hacia la final configuración constitucional. Se trata de la llamada “*Restauración de Cánovas*” que, de acuerdo con el profesor Pascua Mateo, fue una época durante la cual se llevó a cabo un elevado esfuerzo con la finalidad de someter todas las materias a una serie de reglas fijas a través de leyes^[1]. Asimismo, fue un periodo en el cual se organizaron materias del derecho procesal, penal y administrativo, referidas a la Justicia Militar, bajo un sentido amplio de codificación (siguiendo la estela francesa) y por medio del que se produjo la llamada “*Ley Constitutiva del Ejército*” en fecha 29 de noviembre del año 1878.

En este estado de cosas, a partir de esta ley se irá formando un *corpus creciente* para dotar de legitimidad a las funciones encomendadas al Ejército o a los cuerpos de naturaleza militar. El *Código Penal del Ejército* de fecha 17 de noviembre del año 1884, el *Código Penal de la Marina de Guerra* de fecha 24 de agosto de 1888 y el *Código de Justicia Militar* de fecha 27 de septiembre de 1890, cerraron este avance legislativo.

En tiempos de la transición política sucedió algo muy curioso en el marco de la necesidad de la adaptación del *Código de Justicia Militar* vigente en ese momento a la Constitución, que databa del año 1945, se elaboró el Código Penal Militar (CPM, en adelante) antes que el Código Penal Común, promulgado en el año 1995, dícese diez años después. Por lo tanto, al no contar con un código penal de referencia del cual tendría que haber sido complementario nuestro CPM, *a contrario sensu* de los códigos penales militares de los países de nuestro entorno, tenemos que el anterior CPM de 1985 era una norma jurídica de una elevada extensión. El general consejero togado Rodríguez-Villasante denomina a este fenómeno como “*elefantiasis*”, motivo por el cual no encontraría el encaje jurídico en el derecho comparado.

Así las cosas, el actual CPM de fecha catorce de octubre de 2015 sustituyó a la *Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre*. Se trató de una profunda reforma tras 30 años de vigencia de la anterior norma jurídica, donde tanto las Fuerzas Armadas (en adelante, FAS), la Guardia Civil, así como la sociedad, han experimentado importantes cambios en el marco del sistema democrático contextual insertado en un mundo globalizado que requería un renovado compromiso^[2].

La promulgación del CPM se justificó en varias cuestiones. En primer lugar, en el mandato recogido en la Disposición Final octava de la *Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las FAS*, en el cual se emplazaba al Gobierno a actualizar el anterior Código para realizar las necesarias adaptaciones de las leyes procesales militares. En segundo lugar, por el tiempo transcurrido, más de 30 años de vigencia del anterior código. No obstante, hay otras cuestiones como la aportación de la jurisprudencia de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, que indudablemente el legislador debía de tener en cuenta como valioso referente, la incorporación de la mujer a las FAS, la modernización de las FAS, la desaparición del servicio militar obligatorio con la consecuente profesionalización plena de las FAS, las misiones de las FAS fuera del territorio nacional en el marco de la *Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional*, así como el marco jurídico establecido por el derecho internacional humanitario, el cual impone una serie de preceptos que obligan al Estado español^[3].

De este tenor, en relación a la protección internacional del personal que participa en Operaciones de Mantenimiento de la Paz bajo el mandato de las Naciones Unidas, se lleva a cabo una interpretación del derecho internacional humanitario, en particular del *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados*, de 8 junio del año 1977, en el sentido de que los

militares deben de estar protegidos penalmente por ser sujetos susceptibles de sufrir un ataque, a pesar de no ser parte de un conflicto armado. En este caso juega un papel fundamental la definición del concepto enemigo, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 del CPM lleva a cabo una interpretación en la línea de lo recogido en el artículo 4 del Protocolo I^[4]. Del mismo modo, se establecen las condiciones para que un conflicto armado sea considerado internacional o no internacional. Y esto supone un problema, porque hay conflictos que son internacionalizados, digamos que están a medio camino, sin embargo, el derecho internacional humanitario sólo establece estos dos casos, internacionales y no internacionales. Por lo tanto, el CPM pretendió resolver esta cuestión.

Atendiendo al carácter especial de una ley como ésta, y en atención al Código Penal Común vigente en España, también del año 2015, se parte del principio de complementariedad, por consiguiente, sus contenidos se deben de aplicar de forma supletoria. En el marco de la aplicación de este principio, destacamos la reducida extensión de la norma jurídica que, a tenor de lo dispuesto en el Preámbulo, indica que en el corpus se recogen todos aquellos preceptos que no encuentran cabida en el Código Penal Común, o incluso teniéndola, requieran de una previsión singular que llegue a justificar su incorporación a la ley militar dentro del ámbito únicamente castrense.

En este estado de cosas, se pasó de un cuerpo total de 197 artículos (CPM de 1985) a 85 artículos (CPM de 2015), organizado en dos libros, uno de carácter general y otro referido a la tipificación de los delitos y las penas.

El libro de carácter general recoge los principios, preceptos y valores que la España democrática ha venido suscribiendo, estableciendo que las disposiciones del Código Penal son aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el CPM. Por ende, la aplicación del Título preliminar del Código Penal Común, donde se establecen los principios generales del derecho penal, es perfectamente aplicable al CPM.

En estos primeros artículos, una de las modificaciones que destacamos es que la aplicación de esta norma jurídica se lleve a cabo en tiempos de “*conflicto armado*”, en lugar de “*tiempo de guerra*” como recogía el anterior Código de 1985.

De un mismo tenor, comienza con una serie de definiciones que resultan ser muy importantes dado que son una interpretación auténtica de los preceptos penales.

Una de estas definiciones es la que el Código hace de los militares, en este sentido, son militares a efectos de esta norma jurídica aquellos sujetos que en el momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica^[5].

En relación al supuesto de la aplicación del Código a la Guardia Civil (donde el CPM puede llegar a generar problemas de carácter interpretativo respecto a esta institución) indicamos que la elaboración del borrador que se llevó a cabo en el ámbito del Ministerio de Defensa recogía el texto de la doctrina jurisprudencial de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo y de la Sala de Competencias del mismo tribunal. Sin embargo, hubo un dictamen del Consejo de Estado que entendía que el texto no satisfacía el artículo 25 de la CE, en cuanto a la tipicidad penal. Por lo tanto, se llegó a una redacción del artículo que precisaba qué preceptos del CPM eran de aplicación a los miembros de la Guardia Civil y cuáles no eran^[6].

En este estado de cosas, entendió la jurisprudencia (el Pleno de la Sala es el custodio o guardián de la doctrina por razones de seguridad jurídica) que la norma jurídica es aplicable *en totum* a los miembros de la Guardia Civil salvo la exclusión de que se trataran de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones policiales,

pretendiendo con esto la preservación de los derechos fundamentales, las libertades públicas y la seguridad ciudadana, inclusive si en la comisión de algunos de estos delitos se atentase contra algún bien jurídico de naturaleza militar. Todo ello, sin menoscabo del mantenimiento de la disciplina, que no jugaba la cláusula de exención del desempeño de la función policial.

Otra de las situaciones que tenemos que tener clara respecto a este Código es que se consideran delitos militares *stricto sensu*, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 9.2 del CPM, las acciones y omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de la norma jurídica, y que por norma general el sujeto activo de la comisión de dicho delito es el militar^[1]. Sin embargo, que los delitos sean propiamente militares, no quiere decir que estos sujetos activos tengan exclusivamente la condición de militares, si no que el personal no militar puede asimismo ser sujeto activo en estos casos como “*cooperadores necesarios*” o “*inductores*”. En esta situación, estos sujetos responden como extraños en el delito por la regla de la accesoriedad, el sujeto activo militar marca el tipo y los demás participan como cooperadores necesarios o inductores con la posible reducción de pena (artículo 65.3 del Código Penal Común), posibilidad, que no obligación.

Del mismo modo, el Código establece que las acciones u omisiones que cometa alguien con la condición de militar y se encuentren tipificados en el Código Penal Común también son considerados delitos militares, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.2 del CPM. Así las cosas, esta norma jurídica lleva el tipo penal del Código Penal Común pero con una mayor pena que es la que tiene en cuenta la superioridad propia de la estructura militar. En otros casos, se remite totalmente el tipo y la pena al Código Penal Común, como por ejemplo, el tráfico de drogas en instalaciones militares.

Las penas recogidas en esta norma jurídica avanzan tres novedades: la pena de multa (a propuesta de la Fiscalía General del Estado), la pena de localización permanente y la pena de revocación de ascensos. Las demás penas son las penas privativas de libertad, entre las cuales no se han incluido la pena de prisión permanente revisable prevista en la Ley de Seguridad Ciudadana.

En relación a la pena de revocación de ascensos cabe señalar que esta pena existe en doce países de nuestro entorno, empero, en estos países se llama pena de “*degradación*”. Esta pena se materializaría en el caso en el que el tribunal en sentencia firme y definitiva, si observa méritos de que la conducta del militar sea incompatible con el acenso producido, podría revocar éste desde el momento en que se cometió el hecho punible. En todo caso, vemos como siempre se respeta la presunción de inocencia del militar.

Finalmente hay una cuestión respecto a la jurisdicción militar en relación a la reformulación en los nombramientos de aquellos cargos que resultan más relevantes para ocupar las vacantes de magistrados de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, en las leyes procesales de la transición política el nombramiento de los jueces militares era efectuado por el Ministro de Defensa, lo cual se podía entender como una injerencia del poder ejecutivo sobre el judicial. Por lo tanto, mediante la reforma que establece el CPM, al órgano al que le corresponde llevar a cabo el nombramiento de los presidentes y vocales de los Tribunales Militares que pertenecen al Poder Judicial es al Consejo General del Poder Judicial, en la línea de lo dispuesto en nuestro marco jurídico-constitucional.

[1] PASCUA MATEO, F., “Fuerzas Armadas y derechos políticos”. Colección monografías, Congreso de los Diputados, 2006, pág.90.

[2] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. “Código Penal Militar”. Tratados y Manuales: Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. 2011. pág. 106.

[3] Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, Preámbulo “*Así pues, la necesidad de promulgar un nuevo Código Penal Militar no sólo se deriva del tiempo transcurrido desde su entrada en vigor y del mandato establecido en el apartado 3 de la disposición final 8.ª de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino de su naturaleza de ley penal especial que*

debe acoger en su articulado únicamente los preceptos que no tienen cabida en el texto común o, aun teniéndola, requieren alguna previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense que preside su reconocimiento constitucional.

En efecto, la doctrina constitucional, interpretando el artículo 117.5 de la Constitución Española, estima que su propósito es limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable. Concepto que se identifica, en tiempos de normalidad, con los delitos exclusivamente militares tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas (indispensables para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional), como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión.”

[4] Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, art. 7 “1.º Los miembros de las fuerzas armadas de una parte que se halle en situación de conflicto armado con España; 2.º Toda fuerza, formación o banda que ejecute una operación armada, a las órdenes, por cuenta o con la ayuda de tal parte enemiga; 3.º Las fuerzas, formaciones o bandas, integrantes de grupos armados no estatales, que operen en un espacio donde España desarrolle o participe en una operación internacional coercitiva o de paz, de conformidad con el ordenamiento internacional; 4.º Los grupos armados organizados a que se refiere el apartado 4 del artículo 1 del Protocolo I de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que se encuentren en situación de conflicto armado con España.”

[5] Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, art. 2 “1.º Los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil, mientras no pasen a alguna situación administrativa en la que tengan en suspenso su condición militar. 2.º Los reservistas cuando se encuentren activados en las Fuerzas Armadas. 3.º Los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar. 4.º Los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil. 5.º Quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo. 6.º En las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil. 7.º Los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora.”

[6] *Ibídem*, art. 1.4. “El presente Código se aplicará a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo en los siguientes supuestos: a) En tiempo de conflicto armado. b) Durante la vigencia del estado de sitio. c) En el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se les encomienden. d) Mientras se encuentren integrados en Unidades de las Fuerzas Armadas. 5. Fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el Título II del Libro Segundo de este Código. También se aplicará a las mismas personas por la comisión de los delitos tipificados en los Títulos I, III y IV del Libro Segundo, excluyendo en estos supuestos aquellas acciones u omisiones encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial.”

[7] URBANO CASTRILLO, F. “ El Derecho de defensa en la jurisdicción militar” La Ley Penal. Pág. 98-99.