

El tratamiento de las violencias en el ámbito militar ¹

Joan Baucells i Lladós
*Profesor asociado al Área de Derecho penal
Universitat Autònoma de Barcelona*
y
Jordi Sala i Muntané
Abogado

SUMARIO. INTRODUCCIÓN.—1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR: 1.1. El principio de independencia. 1.2. El principio de inamovilidad. 1.3. El principio de imparcialidad. 1.4. El principio de unidad jurisdiccional. 1.5. El principio de exclusividad.—2. ASPECTOS PROCESALES DEL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO MILITAR. 2.1. El procedimiento penal militar. 2.2. El procedimiento disciplinario.—3. EL TRATAMIENTO SUSTANTIVO DE LA VIOLENCIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR. 3.1. Las violencias ejercidas por un inferior a un superior jerárquico. 3.1.1. Las violencias físicas. 3.1.2. Las violencias verbales. 3.2. Las violencias ejercidas por un superior a un inferior jerárquico. 3.2.1. Las violencias físicas. 3.2.2. Las violencias de obra.—4. EL TRATAMIENTO DE LAS VIOLENCIAS EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS. 4.1. La violencia ejercida por un superior a un inferior jerárquico. 4.1.1. Las violencias de obra. 4.1.2. Las violencias verbales. 4.2. Las violencias ejercidas entre militares de igual rango. 4.2.1. Las violencias de obra. 4.2.2. Las violencias verbales. 4.3. Algunas conclusiones sobre el tratamiento sustantivo de la violencia por la legislación militar. 4.3.1. Respecto al régimen disciplinario. 4.3.2. Respecto al tratamiento de la violencia ejercida por un superior a un inferior. 4.3.3. Respecto al tratamiento de la violencia ejercida por un inferior a un superior. 4.3.4. Respecto al ejercicio de la violencia entre militares de igual rango. 4.3.5. Respecto al bien jurídico protegido en la legislación militar: la disciplina.—5. EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS «NOVATADAS» EN ESTE CONTEXTO LEGISLATIVO.—6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA. 6.1. Respecto al ámbito jurisdiccional. 6.2. Respecto al ámbito procesal. 6.3. Respecto al ámbito sustantivo.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es el de analizar el tratamiento legal que el ordenamiento jurídico español ofrece para la represión de las conductas vio-

¹ El presente artículo ha sido elaborado bajo la dirección de la Dra. Mercedes García Arán en el marco del Proyecto «Silencios» (JHA/98/DAF/112) tutelado por *Informació per a la Defensa del Soldat* y financiado por la Iniciativa Daphne de la Comisión Europea.

lentas en el ámbito militar. Por ello no vamos a limitar la atención de nuestro análisis al estricto fenómeno de las llamadas «novatadas», es decir, a las vejaciones que los compañeros antiguos —normalmente soldados del mismo rango— hacen a los recién llegados. El fenómeno de la violencia en el ámbito militar es mucho más amplio y complejo, y no se limita únicamente a este tipo de violencias vejatorias o de obra. Son incluso más numerosos los supuestos en los cuales este fenómeno adquiere forma de violencia física o verbal. Pero, sobre todo, lamentablemente, tampoco se circunscribe a conductas entre sujetos del mismo rango jerárquico, sino que esas violencias también son realizadas por superiores jerárquicos, con abuso de superioridad.

Partir de este amplio concepto de violencia no sólo nos permitirá diseñar una imagen más exacta del tratamiento legal de la violencia en los cuarteles², sino que, además, nos permitirá —dada la configuración legal de ese tratamiento— obtener conclusiones jurídicas mucho más interesantes. Para ello, vamos a abordar a continuación el estudio de la *Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código penal militar* (desde ahora CPM) y la *Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas* (desde ahora RD), para ver cuál es la respuesta legal a estos comportamientos.

Sin embargo, el estudio de estos textos legales no se limitará a su contenido sustantivo sino que también abordará la perspectiva tanto procesal como jurisdiccional. Esta forma de abordar el estudio de las cuestiones penales ha sido adoptada en Italia, y sobre todo, Alemania. En el Estado español no ha gozado de tanta aceptación, pero, en relación a nuestro objeto de estudio, esta doble perspectiva —procesal y sustantiva— nos permitirá alcanzar conclusiones mucho más precisas. El proceso constituye la actuación práctica del Derecho, con la consecuencia que la mayor o menor eficacia de las normas sustantivas dependa en buena medida de la mejor o peor regulación procesal.

Es más, el análisis del tratamiento que el ordenamiento español ofrece a la violencia en el ámbito militar debe ser considerado desde otra perspectiva distinta: la jurisdiccional. La configuración actual de la jurisdicción militar —como jurisdicción especial— condiciona también la efectiva represión de estas violencias y la tutela judicial efectiva de los derechos de los soldados.

² Ver gráfico núm. 1 donde el tratamiento legal de las violencias en el ámbito castrense aparece sistematizado en torno a dos ejes de coordenadas: 1. el grado jerárquico de los sujetos activos y pasivos, que nos permitirá distinguir entre violencias de un superior a un inferior jerárquico, de un inferior a un superior jerárquico y entre soldados del mismo rango jerárquico; 2. el tipo de violencia, que nos permitirá distinguir entre violencia física, de obra o verbal.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La actual organización y funcionamiento de la jurisdicción militar no garantiza plenamente los principios jurisdiccionales reconocidos en la Constitución. A pesar de los intentos legislativos realizados por la *LO 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar (LOCOM)* y, recientemente, la *LO 44/98, de 15 de diciembre, de planta y organización militar*, la jurisdicción militar —como ha tenido la ocasión de destacar algún sector doctrinal y veremos a continuación— no respeta algunos de los principios constitucionales más básicos. En cualquier caso, más allá de su posible inconstitucionalidad, es evidente que su actual configuración legal puede influir negativamente en la persecución eficaz de estas conductas y en la plena realización de la tutela judicial efectiva en el ámbito militar.

1.1. *El principio de independencia*

El principal problema que plantea la organización jurisdiccional militar diseñada por el legislador español se concreta en la ignorancia del principio de independencia del poder judicial, derivado del genérico principio político de la división de poderes que fundamenta al Estado democrático de Derecho.

La efectiva consecución de este principio reconocido en los artículos 1.1 y 117.1 CE se ha tratado de lograr mediante la quiebra del viejo modelo judicial militar que vinculaba el ejercicio de potestades jurisdiccionales con el mando militar. Sin embargo, *la vigente regulación de la jurisdicción militar no elimina la tradicional presencia de oficiales militares, legos en Derecho, en la administración de justicia militar.*

1. En efecto, tanto en los *Tribunales Militares Territoriales* (órganos de primera instancia) como en los *Tribunales Militares Centrales* (órganos de segunda instancia) aparece la figura del *escabinado*, lo que supone que parte de sus miembros son oficiales militares de carrera, legos en Derecho (los llamados «vocales militares»), y el resto militares miembros del Cuerpo jurídico de la Defensa (los llamados «vocales togados»).

Por lo que respecta al *Tribunal Militar Central*, órgano de segunda instancia, está formado por cinco miembros. Su presidencia recae en el General o Consejero Togado que decida libremente el Consejo de Ministros, refrendado por el Ministerio de Defensa, sin que haya sido necesario antes haber formado parte de la estructura jurisdiccional militar. Dos «vocales togados» que serán nombrados también por Real Decreto, refrendado por el Ministro de Defensa, aunque previa propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, entre Generales y Coroneles audi-

tores, siempre que estos últimos tengan además aptitud para el ascenso (artículo 37 LOCOM); y dos «vocales militares» —legos en Derecho— que serán Generales de Brigada y Contralmirantes cuya designación se efectúa por insaculación entre los integrantes de una lista del Ejército a que pertenezca el inculpado (artículo 39 LOCOM).

Por su parte, los distintos *Tribunales Militares Territoriales*, órganos de primera instancia, están integrados por un Auditor presidente, que ha de ser Coronel auditor y cuatro «vocales togados», uno con empleo de Teniente Coronel auditor y tres con empleo de Comandantes auditores — todos ellos nombrados por el Ministro de Defensa a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central—. Finalmente, se completa la constitución del Tribunal con cuatro «vocales militares», legos en Derecho, con rango de Comandante o Capitán de corbeta que se designen por insaculación conforme al sistema previsto para elegir a los «vocales militares» del Tribunal Militar Central.

2. La situación es sensiblemente distinta en los órganos de instrucción: los llamados *Juzgados Togados Militares* y en la última instancia de la jurisdicción militar: *la Sala 5ª del Tribunal Supremo*. En ambos órganos desaparecen las funciones jurisdiccionales de oficiales militares de carrera, legos en Derecho.

En el caso de los *Juzgados Togados Militares*, la función jurisdiccional es desempeñada íntegramente por militares, miembros del *Cuerpo Jurídico de la Defensa*.

Si están adscritos al *Tribunal Militar Central*, los Juzgados Togados Militares están desempeñados por Coroneles auditores (artículos 54 y 58 LOCOM). Si instruyen las causas que enjuician los *Tribunales Militares Territoriales*, los Juzgados Togados Militares están desempeñados indistintamente por Tenientes Coroneles auditores, Comandantes auditores o Capitanes auditores (artículo 62 LOCOM).

A pesar de consistir en miembros del Cuerpo Jurídico de la Defensa, no dejan de ser oficiales militares nombrados por el Ministerio de Defensa a propuesta no vinculante de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central (artículo 54 LOCOM). *De este modo, la provisión de vacantes judiciales quedará al libre y exclusivo criterio de la Administración militar.*

En la *Sala 5ª del Tribunal Supremo*, además de desaparecer de las funciones jurisdiccionales los militares legos en Derecho como sucede en los Tribunales Togados Militares, se constituye el único órgano de la jurisdicción militar en el que aparecen por primera vez jueces civiles ordinarios aunque no constituyan la totalidad de sus miembros. En efecto, mientras la mitad de sus integrantes son miembros de la carrera judicial y, en consecuencia, elegidos de igual modo que el resto de miembros del Tribunal Supremo, sus

restantes cuatro componentes proceden actualmente del Cuerpo Jurídico de la defensa y serán designados por Real Decreto refrendado por el Ministerio de Justicia a propuesta del Consejo General del Poder Judicial pero, eso sí, sólo escogidos entre los que el Ministerio de Defensa le proponga. La discrecionalidad de la Administración militar a la hora de cubrir vacantes resulta, pues, obvia.

3. Así las cosas, un sector doctrinal cada vez más importante ya ha advertido que la clave de la falta de independencia de la jurisdicción militar se encuentra en el hecho de que los *servidores de la función jurisdiccional militar en cualquiera de sus instancias* —ya se trate de «vocales militares» como de «vocales togados»— tienen la condición de militares, integrados en la estructura jerárquica de las fuerzas armadas y vinculados como tales a órganos administrativos entre los que ocupa una posición relevante el Ministerio de Defensa³.

El Tribunal Constitucional en Sentencias 204/1994, de 11 de julio; 113/1995, de 10 de julio y 161/1995, de 14 de diciembre, ha tenido la ocasión de arropar al legislador al afirmar, entre otras consideraciones, que: «es válida la opción de la LO 4/1987 que dispone que los Juzgados Togados Militares sean desempeñados por miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos (artículo 54), hoy unificados en el Cuerpo Jurídico de la Defensa. El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la Ley en el desempeño de las mismas».

En ese sentido, debe destacarse que el artículo 9 LOCOM establece que los titulares de órganos judiciales militares que «se consideren perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico».

Sin embargo, como veremos a continuación, el *status* otorgado por la propia LOCOM y las otras normas que la desarrollan no logra garantizar esa independencia pues siendo —como se ha advertido—⁴ «la inamovili-

³ Ver en ese sentido P. NEVADO MORENO, *La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*. Marcial Pons. Madrid. 1997, p. 68. En un sentido parecido, denunciando la dependencia de la Administración militar se han pronunciado además J.R. PARADA, «Toque de silencio por la justicia militar» en *R.A.P.* n.º 127. Enero-Abril 1992, pp. 12 y 39; R. CANOSA USERA, «Configuración constitucional de la jurisdicción militar» en *Poder Judicial* n.º 34. Madrid. 1994, pp. 29-30; S. SAN CRISTÓBAL, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*. Comares. Granada. 1996, p. 190; A. MILLÁN GARRRIDO, Prólogo a la *Ley de Competencia y organización de la jurisdicción militar*. Tecnos. Madrid. 1987; el mismo, «Algunas consideraciones generales sobre la Ley orgánica 4/1987» en *R.E.D.M.*, n.º 53. 1989. tomo I, p. 119; J.M. RAMÍREZ SINEIRO, «Consideraciones acerca de la constitucionalidad de la estructura orgánica de la jurisdicción militar con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *R.G.D.* 1992, p. 7169; A. HERNÁNDEZ MUNTIEL, «En torno a la nueva jurisdicción militar» en *R.E.D.M.* n.º 55. 1990, p. 183.

⁴ Ver S. SAN CRISTÓBAL, *ob.cit.*, pp. 156 y 220; J.M. SERRANO ALBERCA, «Comentario al artículo 117 de la Constitución» en GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*. Civitas. Madrid. 1985, p. 1630.

dad la primera garantía de la independencia», al no garantizarse la primera, no se respeta esta última.

1.2. *El principio de inamovilidad*

El principio de inamovilidad del Poder judicial reconocida en los artículos 117.1 y 2 CE exige que los jueces no puedan ser destituidos, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por las causas legalmente previstas y en el caso de destitución y suspensión mediante un procedimiento que resolverá el órgano de gobierno del poder judicial como órgano independiente del ejecutivo. El artículo 8 de la LOCOM consagra formalmente este principio al afirmar que los miembros de los órganos judiciales militares serán inamovibles en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo —como se ha advertido recientemente entre la doctrina—⁵, esta inamovilidad queda desvirtuada a través de los motivos de cesión previstos en el artículo 66, párrafos 2, 5 y 8 de la LOCOM

El artículo 66 de la citada Ley establece entre las causas por las que los titulares de los órganos jurisdiccionales militares cesarán en sus cargos: «(...) 2. por ascenso, si, conforme a esta Ley, no corresponde al nuevo empleo el destino judicial que ocupan. (...) 5. Por inutilidad, disminución de su capacidad física o psíquica o falta de aptitud profesional, con arreglo a lo que disponga para el resto de los miembros de las Fuerzas Armadas. En estos casos deberá ser oída la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, quien examinará el expediente. (...) 8. Por imposición de sanciones de pérdida de destino, suspensión de empleo por más de 6 meses o separación de servicio con arreglo a la Ley Orgánica del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (...).

1. Como ha destacado SAN CRISTÓBAL, la actual LOCOM no otorga a un órgano de gobierno de la jurisdicción militar, ni al Consejo General del Poder Judicial, la potestad para el ascenso, o para determinar la aptitud o no aptitud física o profesional de un miembro del Cuerpo Jurídico de la Defensa, sino que asigna esa facultad a la Administración militar. En pocas palabras, la Administración, por la vía de ascensos, evaluaciones y clasificaciones, interfiere en la independencia judicial, haciendo ilusoria la inamovilidad.

En efecto, siguiendo la argumentación de esta autora⁶, el ascenso militar puede influir en la composición del órgano jurisdiccional, incluso una vez iniciado el proceso. Por un lado, la permanencia de un jurídico militar como titular de un órgano jurisdiccional está limitada temporalmente, en la medida en que sólo se desempeñará esta función durante el

⁵ S. SAN CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pp. 157 y ss.

⁶ S. SAN CRISTÓBAL, *ob. cit.*, p. 164.

tiempo en que ostente el grado militar legalmente previsto para ese puesto jurisdiccional. En palabras de NEVADO MORENO, «todo ascenso conlleva un cambio de destino»⁷. Pero es que, además, para llegar a los puestos más altos del escalafón judicial, los miembros del Cuerpo jurídico militar no necesitan haber desempeñado anteriormente ninguna función judicial. Sólo es necesario ostentar la graduación militar necesaria para ocupar esa plaza y que la Administración militar la asigne. Esta situación ha llevado al Teniente Coronel auditor RAMÍREZ SINEIRO a afirmar que «se ha articulado en la práctica un sutil mecanismo legal susceptible de ser utilizado incluso para depurar ocasionalmente aquellos órganos jurisdiccionales militares de titulares considerados incómodos por la Administración mediante un procedimiento que podríamos denominar de «promoción hacia arriba y apartamiento a un lado», que determinaría su eventual exclusión de ulteriores destinos judiciales y su forzosa dedicación a cualquier otro cometido distinto por el exclusivo arbitrio de las autoridades de un departamento ministerial»⁸.

2. Además, la LOCOM tampoco ha atribuido al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), ni tan siquiera a un órgano de gobierno de la jurisdicción militar la imposición de sanciones disciplinarias a los titulares de los órganos jurisdiccionales castrenses, sino que esta competencia también se ha encomendado a la Administración militar.

Para imponer las faltas disciplinarias contempladas en el Régimen disciplinario militar son competentes en virtud de la remisión que el artículo 122 LOCOM hace al artículo 32 R.D. «el Ministro de Defensa o los jefes de sus propios cuerpos de los que dependan orgánicamente». Ambas autoridades pertenecen a la Administración militar.

Como ha destacado SAN CRISTÓBAL⁹, «por esta vía, el Ejecutivo podría librarse de algún vocal incómodo imponiéndole la sanción de pérdida de destino por la comisión de falta grave, o las extraordinarias de suspensión o separación del servicio por la comisión de faltas extraordinarias. (...) Y si bien es cierto que para la imposición de pérdida de destino es imprescindible, según el artículo 122 LOCOM, el informe, en este caso vinculante, de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central (como órgano de autogobierno judicial en el ámbito militar), para las sanciones extraordinarias de suspensión de empleo y separación del servicio, dicho informe no es vinculante para la Administración militar» (artículo 123 LOCOM). «En cualquier

⁷ P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, p. 69.

⁸ J. RAMÍREZ SINEIRO, «La estructura orgánica de la jurisdicción militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *La jurisdicción militar*. Madrid. 1992, p. 140, citado por S. SAN CRISTÓBAL, *ob. cit.*, p. 164.

⁹ S. SAN CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pp. 165-167.

cazo, la Sala de gobierno del Tribunal Militar Central es un órgano que por su composición depende del poder ejecutivo».

3. El Tribunal Constitucional en STC 204/1994, de 11 de julio, ha tenido, sin embargo, la oportunidad de destacar que esta sumisión disciplinaria al poder ejecutivo no suponía la violación del principio de independencia judicial: «*El juez togado militar es, con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instrucciones del poder ejecutivo, y sin que esta afirmación, siempre desde la perspectiva del artículo 24 CE, deba verse desvirtuada por la existencia de un específico régimen disciplinario que pueda serle aplicable, con específicas garantías, en su condición de militar.*».

La opinión del Tribunal Constitucional ha sido objeto de disenso por parte de voces jurídicas muy autorizadas¹⁰ y creemos que es incapaz de superar las objeciones concretizadas en las palabras de SAN CRISTÓBAL: «El Alto Tribunal no ha considerado en esta argumentación que los titulares de la jurisdicción militar fuera de su función jurisdiccional también pueden cometer faltas como «militares» (artículo 122 LOCOM) y que en este caso es la autoridad administrativa (artículo 32 RD), quien impone la sanción que puede conllevar el cese de la función jurisdiccional (artículo 66.8 LOCOM). (...) Teniendo en cuenta lo anterior, se demuestra que el marco legal de la jurisdicción prevé una «potencial» injerencia del poder ejecutivo en el poder judicial a través de la responsabilidad disciplinaria militar»¹¹.

Pero es que, además —como ha destacado NEVADO MORENO—, la afirmación de falta de inamovilidad e independencia son aún más obvias tras la última modificación de LOPJ realizada por la LO 16/1994, de 8 de noviembre. En su Disposición Adicional primera añade un nuevo tipo de falta muy grave en el ámbito de la jurisdicción militar consistente en sancionar «los enfrentamientos graves y reiterados imputables a personas que ejercen cargos judiciales, fiscales y secretarías relatorias, con las autoridades y mandos de la circunscripción en que desempeñan su cargo». Esta previsión normativa no es precisamente una invitación a la independencia judicial, habida cuenta de que el tipo común más próximo (artículo 417.3 LOPJ) sólo señala como falta muy grave la provocación reiterada de enfrentamientos graves con las autoridades de la circunscripción en que el juez o magistrado desempeñe su cargo, pero trayendo su causa en «*motivos ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional*». Inciso final de relevante

¹⁰ En este sentido J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*. Colex. Madrid, p. 60 que al referirse al artículo 8 LOCOM considera que «a pesar de que aquí se consagra formalmente el principio de inamovilidad, hay que reconocer que en este punto el Estatuto jurídico de los jueces militares no está rodeado de las mismas garantías que el de los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria». Ver también las dudas sobre la imparcialidad, la independencia y la inamovilidad de los jueces militares en los votos particulares de los magistrados Mendizábal Allende y Gimeno Sendra a las STC 18/1994 y 113/1995, respectivamente; y en los autores citados en nota número 2.

¹¹ S. SAN CRISTÓBAL, *ob. cit.*, p. 198.

trascendencia que es —en opinión de NEVADO MORENO— omitido de forma claramente intencionada por el tipo aplicable a la jurisdicción militar ¹².

1.3. *El principio de imparcialidad*

La situación legal hasta ahora descrita no tiene por qué «condicionar necesariamente» la imparcialidad de los órganos judiciales militares. Sólo queremos apuntar que —como ha manifestado el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos— «puede llegar a condicionar su imparcialidad».

1. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en Sentencia de 28 de octubre de 1998 (caso *Çiraklar contra Turquía*) ¹³ ha destacado que para afirmar la existencia de una violación de la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales «*hay que tener en cuenta las garantías ofrecidas al interesado por el Estatuto de los jueces militares*». A continuación argumentaba el Tribunal que «*es cierto que dicho estatuto suministra ciertas garantías de independencia e imparcialidad. Así, los jueces militares siguen la misma formación profesional que sus homólogos civiles, la que les confiere un estatuto de magistrado militar de carrera. Durante sus funciones en el seno del Tribunal de Seguridad del Estado, gozan de garantías constitucionales idénticas a aquéllas de las que se benefician los jueces civiles; además están, salvo excepciones y a menos que renuncien, sujetos a inamovilidad y al abrigo de una revocación o cese anticipado; en tanto que miembros titulares de un Tribunal de Seguridad del Estado resuelven a título individual; finalmente, la Constitución postula su independencia y prohíbe a cualquier poder público darles instrucciones relativas a sus actividades jurisdiccionales o influenciarles en el ejercicio de sus tareas*».

«*Sin embargo —continúa el Tribunal— otras características de este estatuto los someten a caución. Entre ellas, se da el hecho, ante todo, de que estos jueces son militares que continúan perteneciendo al ejército, el cual depende a su vez del poder ejecutivo. Además, permanecen sometidos a disciplina militar y son objeto de calificaciones al respecto. En cuanto a su designación y nombramiento, requiere en su mayor parte la intervención de la Administración y del Ejército. En fin, su mandato como jueces en el Tribunal de Seguridad del Estado no es más que de cuatro años renovables*». De todo ello concluye el Tribunal que «*el recurrente podía legítimamente dudar que, por la presencia de un juez militar en el seno del Tribunal de Seguridad del Estado de Izmir, este Tribunal se dejara indebidamente guiar por consideraciones ajenas a la naturaleza de su causa*».

¹² P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, p. 71.

¹³ La referida sentencia resolvió la denuncia del ciudadano turco Çiraklar contra el Estado turco por ser juzgado por un Tribunal de Seguridad de Izmir que estaba formado por un órgano colegiado de entre cuyos tres magistrados, uno era oficial de carrera perteneciente a la magistratura militar (los aquí denominados «vocales togados»), entendiendo que se violaban los principios de imparcialidad e independencia judicial reconocidos en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2. Pues bien, todas estas argumentaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son trasladables perfectamente a la jurisdicción militar española que presentará, incluso, alguna situación más grave.

Por un lado, la constitución de los Tribunales Militares Territoriales y de los Tribunales Militares Centrales en su mitad por oficiales militares legos en Derecho, es decir, ajenos a cualquier conocimiento del Derecho y elegidos con el único criterio de acercar el conocimiento de la realidad de los cuarteles a la decisión judicial, los situará en una ambigua posición de jueces y parte. La situación podrá ser más cuestionable en la resolución de aquellos conflictos surgidos entre soldados rasos. Pero los peligros de parcialidad serán mucho más evidentes en aquellos conflictos surgidos entre soldados de inferior rango jerárquico y oficiales. En estos casos, tanto los peligros de corporativismo¹⁴ como la posible dependencia jerárquica de los vocales militares respecto a los oficiales implicados en el caso podrán influir en la imparcialidad del órgano judicial respectivo.

Por otro lado, en la medida que los miembros del Cuerpo jurídico de la defensa son nombrados por el Ministerio de Defensa y pueden ser removidos y sancionados por la Administración militar, es evidente que el actual sistema legal permite una «potencial» parcialidad de los órganos jurisdiccionales militares respecto a las opiniones de los responsables administrativos de sus ascensos, aptitudes profesionales y sanciones disciplinarias. De hecho, en este sentido se ha manifestado ROJAS CARO, respecto al nombramiento del presidente del Tribunal Militar Central, al afirmar que «muchas condiciones morales ha de tener el designado para que, en un momento dado (que siempre termina por aparecer), pueda resistir la tentación de ceder a las pretensiones no siempre admisibles del Ministro de turno, a quien debe exclusivamente su nombramiento»¹⁵.

1.4. *El principio de unidad jurisdiccional*

El artículo 117.5 CE establece que «el principio de unidad es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales». La formulación constitucional de este principio supone la garantía de una plena división de po-

¹⁴ Ver *infra* epígrafe 5 *in fine* alguna referencia a esa tendencia corporativista. Recientemente, en el caso *Ucifa*, se ha puesto de manifiesto lo que, a nuestro modo de ver, es un evidente caso de este corporativismo al que nos referimos en el texto. Recordamos que en este caso, un juzgado militar decidió otorgar el tercer grado penitenciario a los tres máximos responsables del caso *Ucifa* después de cumplir tan sólo 7 meses de los 8 años de prisión a que se les había condenado. Ver *El País*, de 7 de septiembre de 1999, pp. 7 y 10, a cuyo editorial le «llama la atención el comportamiento del teniente fiscal jurídico-militar, que intervino en el asunto marginando a la Fiscalía Antidroga, encargada en su día de llevar la acusación. ¿Tiene que decir algo el fiscal general del Estado?».

¹⁵ J. ROJAS CARO, *Derecho procesal militar*. Bosch. Barcelona. 1991, p. 125, quien considera que «hubiera sido, obviamente, más saludable que el nombramiento se hubiese hecho directamente por la Sala de Gobierno». En nuestra opinión, creemos que debería ser el Consejo General del Poder Judicial, como órgano de gobierno independiente del Ejecutivo, quien nombre a los titulares de los órganos jurisdiccionales castrenses. Ver *infra* 6.1.

deres propia de un Estado democrático y de Derecho. El principio de unidad jurisdiccional se erige como el principio jurisdiccional básico del que derivarán el resto de los principios jurisdiccionales reconocidos en la Constitución. En palabras de NEVADO MORENO, la unidad jurisdiccional «entraña la existencia de una organización judicial (...) que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con el principio de exclusividad (juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado), organización única de conformidad con la ley que actúa ejerciendo su potestad en base a los principios de independencia e imparcialidad, lo cual no es sino un reflejo del derecho al (...) juez ordinario predeterminado por la ley»¹⁶.

El principio de unidad jurisdiccional no tiene, sin embargo, un carácter absoluto, admitiendo, por tanto, excepciones. A estas excepciones se refiere el artículo 3.2 LOPJ al reconocer el principio de unidad jurisdiccional «sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos». Es decir, estas excepciones no pueden ser más que los tribunales especiales reconocidos expresamente en la Constitución al margen de su Título VI, porque todos los demás están prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 117.6 CE. Y éstos no son otros que el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas reconocidos, respectivamente, en los Títulos IX y VII CE.

1. Al margen de la cuestión relativa a si la jurisdicción militar tiene algún fundamento constitucional para insinuarse como una jurisdicción especial susceptible de no aplicársele alguna de las garantías establecidas en el Título VI CE —sobre la que nos pronunciaremos en sede de conclusiones—¹⁷, nos interesa destacar que, en cualquier caso, debería respetar los tres aspectos del principio de unidad al que debe someterse por el hecho de aparecer regulada en el Título VI CE.

Tal como ha desarrollado SAN CRISTÓBAL, la jurisdicción castrense debe estar constituida, en primer lugar, por órganos estatales. En segundo lugar —y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 C.E.—, sus decisiones deben poder ser recurridas en última instancia ante el Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional ordinario superior en todos los órdenes, tanto ordinarios como especiales. Y, en tercer lugar, ha de tener un estatuto que garantice su independencia orgánica, para evitar intromisiones del poder ejecutivo.

2. Pues bien, debemos coincidir con SAN CRISTÓBAL en que la jurisdicción militar incumple los dos últimos aspectos del principio de unidad jurisdiccional¹⁸: «El aspecto territorial del principio de unidad jurisdiccio-

¹⁶ P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, p. 64, basándose en la opinión de F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La reforma del ámbito competencial de la jurisdicción militar» en *Revista del C.E.C.* n° 9. Mayo-agosto. 1991, p. 61.

¹⁷ Ver *infra* epígrafe 6.1.

¹⁸ S. SAN CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pp. 238 y ss.

nal se incumple en el «ámbito estrictamente castrense», porque, a pesar de que las resoluciones del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales son recurribles en casación y revisión ante la Sala 5ª del Tribunal Supremo (artículo 23.1 LOCOM), esta Sala, pese a ser una más del Tribunal Supremo, no es un órgano de la jurisdicción ordinaria, sino un órgano integrado en la jurisdicción militar y, por tanto, un órgano especial, no ordinario»¹⁹.

3. «La jurisdicción castrense tal y como está regulada en la LOCOM tampoco garantiza la independencia orgánica. (...) Los jurídicos militares no son independientes, porque a efectos de selección, formación, retribuciones, incompatibilidades, ascensos, traslados, ceses, sanciones y promoción, es decir, por su *status* profesional, son simples funcionarios del Ministerio de Defensa».

1.5. *El principio de exclusividad*

La Constitución recoge el principio de exclusividad en dos preceptos: el artículo 117.3 CE, según el cual «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»; y el artículo 117.4 CE que establece que «los juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho». De este modo, la exclusividad de la función jurisdiccional tiene un doble sentido: positivo, que exige que sólo los órganos integrantes del poder judicial puedan realizar funciones jurisdiccionales; y negativo, que exige que esos mismos órganos no puedan realizar otras funciones distintas a las jurisdiccionales.

La justicia en el ámbito militar vulnera el principio de exclusividad en su doble sentido. En sentido positivo, porque se administra por órganos dependientes orgánicamente del poder ejecutivo²⁰. Y en sentido negativo, porque los «vocales militares» son profesionales de las armas (no jueces),

¹⁹ En ese idéntico sentido también se pronuncia R. CANOSA USERA, *ob. cit.*, p. 27. En contra de esta opinión considerando que con la integración en el Tribunal Supremo se ha alcanzado la plenitud del principio de unidad jurisdiccional, se han pronunciado: P. GARCÍA BALLESTER, «Jurisdicción militar y Constitución española» en *R.E.D.M.* n.º 53. 1991, pp. 157 y ss.; J. JIMÉNEZ VILLAREJO, «Algunos aspectos...» en *ob. cit.*, p. 17, aunque como ha destacado R. CANOSA USERA, *ob. cit.*, p. 27, nota 46, JIMÉNEZ VILLAREJO parece contradecir su opinión al afirmar que la jurisdicción militar «no se halla absolutamente desconectada» de la jurisdicción ordinaria, reconociendo así una cierta desconexión.

²⁰ En ese sentido se ha pronunciado S. SAN CRISTÓBAL, *ob. cit.*, p. 263, basándose en la opinión de J. M.ª DÍEZ PICAZO, *Régimen constitucional del poder judicial*. Civitas. Madrid. 1991, p. 44, de que «siempre que se admita la concurrencia con los órganos judiciales de otra clase de órganos en la solución de litigios, se estará vulnerando el principio de exclusividad en sentido positivo»; R. CANOSA USERA, *ob. cit.*, p. 28.

que sólo ocasionalmente ejercen funciones jurisdiccionales en un Tribunal. Por otro lado, los «vocales togados» tienen encomendado, simultáneamente a la potestad jurisdiccional, funciones de asesoramiento jurídico a la Administración, y tareas administrativas. Además, pueden desarrollar a lo largo de su carrera, junto a la función jurisdiccional, funciones de parte en la Fiscalía militar o en las correspondientes asesorías jurídicas ²¹.

2. ASPECTOS PROCESALES DEL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO MILITAR

La vulneración de los principios de exclusividad, inamovilidad, independencia e imparcialidad condiciona, por sí misma, la plenitud de las garantías procesales recogidas en las leyes, porque cuantas más excepciones a los principios jurisdiccionales presente la legislación, más débil será el cumplimiento de las garantías procesales. Como ha señalado CANOSA USERA ²², «la problemática proyección de los principios jurisdiccionales en la jurisdicción militar oscurece la eficacia de otras garantías procesales en este ámbito». Y es que, de todo lo afirmado hasta ahora, ¿hasta qué punto la excepción a la exclusividad que conlleva la duplicidad de funciones como jueces y militares debilita la igualdad entre las partes y la efectiva tutela judicial?

Al margen de esta consideración general —y a pesar de que la legislación post-constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han cuidado de salvaguardar el disfrute de los derechos procesales reconocidos en el artículo 24 CE—, tanto el proceso penal militar como el procedimiento disciplinario militar mantienen algunos aspectos concretos que obstaculizan la sanción de las conductas violentas en el ámbito castrense.

2.1. *El procedimiento penal militar*

En primer lugar, con carácter general, debe señalarse que el proceso penal militar tal como está configurado legalmente, pero también debido al poco volumen de casos de los juzgados militares ²³, es de un garantismo formalista exquisito. Pese a ello, hay algunas cuestiones relativas al inicio del procedimiento que merecen ser comentadas.

²¹ En este sentido se ha pronunciado S. SAN CRISTÓBAL, *ob. cit.*, p. 263 y R. CANOSA USERA, *ob. cit.*, p. 28. En contra, considerando que el principio de exclusividad no aparece cuestionado, ver J. JIMÉNEZ VILLAREJO, «Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar» en *R.E.D.M.* n.º 53. Tomo I. Enero-Junio. 1989, p. 18 y F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*. Dykinson. Madrid. 1992, p. 770.

²² R. CANOSA USERA, *ob. cit.*, p. 31.

²³ Ver *infra* gráfico n.º 2.

En principio, el procedimiento que da lugar a la acción penal militar dirigida a sancionar las conductas violentas no se distingue, aparentemente, de los mecanismos previstos en la Ley de Enjuiciamiento criminal (LECr). El artículo 134 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LPM), establece que «el militar que presenciare o tuviere noticia de la perpetración de cualquier delito de la competencia de la jurisdicción militar, está obligado a ponerlo en conocimiento, en el plazo más breve posible, del Juez Togado militar, o del Fiscal jurídico militar, o de la Autoridad militar que tuviere más inmediata».

Sin embargo, un análisis más atento de cada uno de ellos nos permite observar las importantes limitaciones de que es objeto la acción militar en la Ley procesal militar.

1. Respecto a la *denuncia*, debemos advertir que la propia Ley procesal militar prevé la posibilidad de que se realice, no sólo delante del juez o fiscal militar, sino también ante la Autoridad militar que tuviere más inmediata. Esta ampliación de los órganos ante quienes puede presentarse la denuncia debería valorarse desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva como positiva por significar, en principio, una mayor posibilidad de acceso a la justicia. Sin embargo, de un análisis de la normativa aplicable en su conjunto y, sobre todo, de la práctica consuetudinaria en los cuarteles, podemos observar cómo facilitará que la acción penal quede, en la mayoría de las ocasiones, en manos de la Autoridad militar. Al contemplar esta tercera vía, la LPM aumenta el ámbito de discrecionalidad de la Autoridad militar para decidir perseguir estas conductas por vía penal, por vía disciplinaria o, incluso, declarar su irrelevancia.

Así, por ejemplo —y como tendremos ocasión de analizar detenidamente más adelante—, debido a la ambigüedad de la delimitación a través de la «gravedad» del perjuicio, el propinar una «bofetada» a un inferior podrá entenderse por la autoridad militar como constitutiva de un delito de abuso del mando (artículo 103 CPM), una infracción disciplinaria grave (artículo 8.13 RD) o leve (artículo 7.16 RD) e, incluso, irrelevante tanto a nivel penal como disciplinario, cuando —como veremos— en la jurisdicción militar sería mayoritariamente considerada delictiva²⁴.

En segundo lugar, el derecho a presentar denuncia por hechos constitutivos de un delito militar aparece también limitado en la medida en que por vía disciplinaria puede ser considerado falta grave «hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo» (artículo 8. 18 RD). A partir de este pre-

²⁴ Ver *infra* epígrafe 3.2.2 -1- y gráfico nº 1.

cepto podría llegarse a sancionar la denuncia colectiva de varios soldados ante la jurisdicción militar ²⁵.

2. Respecto a la *querrela*, el artículo 130.5 en relación al 127 LPM excluye su ejercicio cuando (1) tanto el ofendido como el inculpado sean militares y entre ellos exista relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria; y (2) en caso de guerra de acuerdo con el artículo 168 LOCOM.

La primera limitación es una consecuencia lógica de la exclusión en el proceso penal militar del derecho a la acusación particular entre militares si entre ellos existe una relación jerárquica de subordinación. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha justificado esta restricción, a nuestro parecer dicha limitación supone una clara vulneración del derecho constitucional al acceso a la tutela judicial efectiva (artículo 24.2 CE), puesto que el impulso de la acusación queda exclusivamente en manos del fiscal militar.

3. Finalmente, los mecanismos de iniciación del procedimiento penal también se ven limitados en el proceso penal militar en la medida en que, a pesar de no estar expresamente excluida por la LPM, en la práctica la *acción popular* no se reconoce por los tribunales togados militares ²⁶. El derecho a ejercer la acción popular, reconocido en el artículo 125 CE, forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24 CE ²⁷. La peculiaridad de la configuración constitucional del derecho a ejercer la acción popular radica en que el artículo 125 CE remite a la ley procesal ordinaria, al establecer que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine». Es cierto que la LPM y la LOCOM no regulan específicamente el ejercicio de la acción popular ante la jurisdicción militar. Pero tampoco la prohíben de forma expresa. Por eso, en este punto tendrá una extrema importancia el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus disposiciones complementarias que, en virtud de la Disposición Adicional primera de la LPM, será aplicable a «los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la presente

²⁵ Esta falta fue introducida por primera vez en la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las fuerzas armadas, lo que permite sospechar que tuviera como motivación evitar situaciones como la provocada pocos meses antes por la denuncia de malos tratos realizada por 18 soldados de la Base San Asensio ante el Juzgado Togado Militar de Mallorca en 1997.

²⁶ Ver, en este sentido, por ejemplo, los Autos del TMT primero (sección primera) de 22 de junio y 29 de septiembre de 1994, basándose en SSTC 97/1985 y 37/1993 que, en realidad, no negaban la acción popular en el proceso militar sino que hacían referencia a la exclusión de la acusación particular entre militares de distinto orden jerárquico. De ello han deducido erróneamente muchos T.M.T. que también quedaba implícitamente excluida la acción popular. En realidad, el T.C. se ha mostrado implícitamente favorable a admitir dicha acción al afirmar que la acusación particular podía ser ejercida por personas ajenas a las Fuerzas Armadas (STC 97/1985 y 37/1993).

²⁷ Para la configuración constitucional de la acción popular ver, entre muchas, SSTC 62/1983, 108/1983, 115/1984, 147/1985 y 137/1987.

ley». Si la acción popular no aparece expresamente excluida en la LPM y los artículos 101 y 270 de la LECr reconocen el derecho de todos los ciudadanos españoles a ejercitar dicha acción, aunque no hayan sido ofendidos por el delito, no se entiende como ésta es *de facto* negada por los tribunales togados militares. Si el legislador hubiera pretendido excluir la acción popular en el proceso penal militar, lo hubiera establecido de forma expresa, tal y como históricamente había ocurrido en el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Además, cuando un precepto legal es susceptible de diversas interpretaciones, hay que optar en favor de aquella que resulte más favorable para la mayor efectividad de los derechos fundamentales²⁸.

4. En otro orden de consideraciones, en el proceso penal militar también la figura del *Ministerio fiscal* plantea o, mejor dicho, «puede llegar a plantear», algún obstáculo a la imparcialidad que se le exige constitucionalmente (artículo 124.2 CE). En principio el artículo 87 LOCOM establece que «la fiscalía jurídico-militar, dependiente del Fiscal General del Estado, con la organización que se establece en este título, *forma parte del Ministerio Fiscal*». Ahora bien, esta unificación formal impuesta por mandato legal no implica una verdadera unidad del Ministerio Fiscal. Como ha señalado ROJAS CARO, consiste en una unificación «puramente nominal y formal y limitada exclusivamente a la cúpula»²⁹. Siguiendo la argumentación de este autor, ello es así porque, en primer lugar, la organización de la Fiscalía militar es distinta. El mismo artículo 87 LOCOM impone que ésta tendrá «la organización que se establece en este Título», esto es, la que describe el artículo 93 (Fiscalía togada, Fiscalía del Tribunal Central y Fiscalías de los Tribunales Territoriales) sin que, por consiguiente, puedan incorporarse a la misma los órganos que para la fiscalía ordinaria vienen relacionados en el Estatuto del Ministerio Fiscal. Pero, además, en segundo lugar, el Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981 es sólo aplicable al Ministerio Fiscal de la jurisdicción ordinaria. A la Fiscalía jurídico-militar se aplicará sólo en cuanto al «ejercicio de funciones y actividades» a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 del mismo. En lo demás, el citado Estatuto es inaplicable a la Fiscalía Jurídico-militar. En consecuencia, no puede afirmarse que exista unidad en una Institución que tiene órganos distintos y un Estatuto, en buena medida distinto para sus miembros.

En definitiva, el fiscal es también un militar, miembro del Cuerpo jurídico de la Defensa y dependiente orgánicamente del Ministerio de Defensa, lo cual puede afectar a su condición de defensor de la legalidad que impone el artículo 124 CE.

²⁸ Mientras redactábamos estas líneas, el T.C. zanjaba la cuestión al excluir la acción popular del proceso militar, por entender que ésta tenía su fundamento constitucional en el artículo 125 y no en el 24 CE. Ver STC 64/1999, de 26 de abril, y comentario de N. REYNAL QUEROL, en *Revista de Ciencias penales*, vol. 2, n.º 2, 1999.

²⁹ Ver J. ROJAS CARO, *Derecho procesal penal militar*. Bosch. Barcelona. 1991, p. 234.

2.2. *El procedimiento disciplinario*

La exposición de motivos de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, declara la voluntad del legislador de adaptar definitivamente el Régimen disciplinario a la profesionalización del ejército y a las garantías constitucionales. A pesar de esa voluntad, el procedimiento disciplinario previsto en esta Ley continúa manteniendo, en su conjunto, las deficiencias en cuanto a garantías de que era objeto la anterior regulación. Situación cualitativa que se agrava cuantitativamente si tenemos en cuenta que continúa siendo —como veremos— el principal instrumento de resolución de las violencias en el ámbito militar.

Ante todo —y precisamente por el protagonismo otorgado legal y consuetudinariamente al superior jerárquico para iniciar la represión de estas conductas—, debe tenerse presente, pues, que la vía disciplinaria constituye el procedimiento a través del cual se resuelven la mayoría de conflictos en el ejército. De ahí, la importancia que tiene el respeto por las garantías constitucionales en este tipo de procedimiento. Y, sin embargo, si en el proceso penal militar determinadas garantías derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se veían limitadas, el procedimiento disciplinario se caracteriza por la ausencia de estas garantías.

1. En las *faltas leves*, cuyo procedimiento es preferentemente oral, la única obligación que tiene el instructor en relación al infractor es la de oírlo (artículo 49 RD). No existe notificación de la incoación ni período de alegaciones. Sin embargo, el verdadero problema de garantías se presenta, en nuestra opinión, con la ausencia de la asistencia técnica legal de un abogado o de un militar de confianza y con la previsión legal de que la notificación de la sanción impuesta a los militares de reemplazo pueda sustituirse por la publicación en el cuadro de arrestos de la unidad. En cualquier caso, lo que parece más grave es que la sanción no sea recurrible de forma ordinaria ante un juez, provocando una evidente indefensión. El artículo 77.3 RD reconoce tan sólo la posibilidad de plantear un recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario en supuestos que se afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

2. En segundo lugar, la posibilidad de que por vía disciplinaria puedan imponerse penas privativas de libertad constituye un conflicto directo con el principio de tutela judicial efectiva y la prohibición a la Administración de imponer sanciones que impliquen privación de libertad, reconocidos en la Constitución (artículos 24 y 25.3 CE) y en textos internacionales (artículos 5 y 6 CEDDHH). Ello lo demuestra el hecho de que España realizara reservas a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos donde se reconocen estos principios. Las razones aducidas por el legislador se fundamentan en el hecho de que la Constitución española ha atribuido a las Fuerzas Armadas la tarea de «garantizar la soberanía e independencia de España, defender la integridad territorial y el ordenamiento

constitucional» (artículo 8 CE) y que tal importante tarea debe verse posibilitada por un correcto y ordenado funcionamiento de éstas. Para ello se presenta como imprescindible dotarlas de una especial autotutela que, con la posibilidad de arresto, puede ejercer su disciplina de forma más inmediata y eficaz.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en una constante jurisprudencia iniciada en Sentencia 21/1981, de 15 de junio³⁰, ha declarado como constitucional la posibilidad de privación de libertad por la Administración militar en base a tres argumentos. En primer lugar, la consideración de que no puede considerarse como privación de libertad aquellas limitaciones a la libertad que consistan en simples «restricciones» como el arresto en la unidad. En segundo lugar, porque el artículo 25.3 CE sólo hace referencia a la «administración civil» y no a la militar, que en aras de su especialidad podría establecer este tipo de sanciones, lo cual hace innecesaria la reserva al CEDDDH realizada por España. En tercer lugar, alude el Alto tribunal a la inexistencia de esa vulneración porque existiría, en cualquier caso, la posibilidad de interponer recurso ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

En nuestra opinión, consideramos que la alusión al término «restricciones de libertad» como algo jurídicamente distinto a «privaciones de libertad» parece un mero juego de palabras. De hecho, con los arrestos militares se limita la libertad deambulatoria, puesto que en su definición del artículo 9 RD ya aparece como una sanción distinta a la privación de salida de la Unidad. El arresto de uno a treinta días, previsto para las faltas leves, aunque permita al sancionado participar en las actividades de la Unidad, supone el permanecer arrestado en el domicilio o en la Unidad el resto del tiempo (artículo 13 RD)³¹. En cualquier caso, el arresto de un mes y un día a dos meses, previsto para las faltas graves, supone el internamiento total en un establecimiento disciplinario militar que llega a ser calificado por el mismo artículo 14 RD como una «privación de libertad».

Pero, además, las faltas leves, que pueden llegar a suponer hasta un mes de privación de libertad, están excluidas de este recurso ordinario ante el órgano jurisdiccional.

Por todo ello, parece necesario aprovechar la ocasión que brinda la inmediata profesionalización del Ejército para abrir el debate en torno a la posibilidad de que la Administración pueda imponer penas privativas de libertad. Seguramente, alguna de estas sanciones podrá ser sustituida por privaciones de empleo y sueldo. Pero, en el caso de que —en aras de la pro-

³⁰ Sobre esta jurisprudencia ampliamente ver J. JIMÉNEZ-VILLAREJO, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*. Colex. Madrid. 1991, pp. 19 y ss.

³¹ El artículo 10 RD prevé que el cumplimiento de estas sanciones de arresto pueden cumplirse alternativamente en la Unidad o en el domicilio particular en caso de que las infracciones leves sean cometidas por Oficiales Generales, Oficiales, Suboficiales y Tropa y Marinería profesionales. Los demás militares la cumplirán necesariamente en el lugar dispuesto para ello en su Unidad militar.

tección de la disciplina— se considerara imprescindible su mantenimiento para algunos supuestos graves, creemos que debería verse rodeada de mayores garantías. No vemos razón que justifique que en un procedimiento disciplinario militar por faltas leves el sancionado no puede verse asistido por un abogado o por un militar de su confianza y por qué no puede gozar del derecho a un recurso ordinario ante un órgano judicial, cuando ambas garantías se reconocen en el procedimiento común de faltas penales.

En este sentido, es interesante traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha advertido que: «el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales reconocido en el artículo 24.1 CE³²».

3. EL TRATAMIENTO SUSTANTIVO DE LA VIOLENCIA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

Lo primero que llama la atención al abordar el análisis del tratamiento que el Código penal militar hace de las violencias en el ámbito castrense es que en éste no aparecen tipificadas como delito las conductas violentas entre soldados del mismo rango jerárquico. Esas violencias alcanzan tan sólo el carácter de delito militar cuando se realizan entre soldados de distinto rango. Por ello vamos a sistematizar la exposición de esa regulación en torno a dos grupos de supuestos: (3.1) la violencia ejercida por un inferior a un superior jerárquico y (3.2) la violencia ejercida por un superior a un inferior jerárquico. Las llamadas «novatadas», que generalmente son realizadas a los recién llegados por veteranos del mismo rango jerárquico, no aparecen reguladas en el Código penal militar. Sin embargo, podrán ser constitutivas de delito si responden a alguna de las conductas tipificadas en el Código penal común, enjuiciándose entonces por la jurisdicción ordinaria. Ello es consecuencia del principio de especialidad del Código penal militar que supone un importante presupuesto para abordar nuestro análisis: todos aquellos supuestos de violencia que no aparezcan expresamente regulados en el Código penal militar deberán ser resueltos por la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en el Código penal común.

3.1. *Las violencias ejercidas por un inferior a un superior jerárquico*

3.1.1. Las violencias físicas

En efecto, las *violencias físicas de un soldado a un superior jerárquico* pueden llegar a constituir un delito militar en la medida en que su conducta

³² SSTC 21/1981; 18/1994.

pueda subsumirse en el delito de «atentado a la autoridad» (artículo 87 CPM) o de «maltrato de obra a superior» (artículos 98 y 99 CPM).

1. En el supuesto en el cual el superior sea una *Autoridad*,³³ el artículo 87 CPM castiga la conducta de violencia física del inferior que *atentare contra la Autoridad militar con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, causándole la muerte, lesiones muy graves o cualquier otro resultado*. En tiempo de guerra se impondrá la pena de 15 a 25 años de prisión si se produjera la muerte o lesiones graves y de 5 a 15 años de prisión, si se produjera otro resultado. En tiempo de paz, la pena prevista es la de 15 a 25 años de prisión si se produjera la muerte; de 5 a 15 años de prisión si se produjeran lesiones muy graves y de 3 meses y un día a 5 años de prisión si se produjera cualquier otro resultado.

No hay duda de que la conducta tipificada en este delito consiste en la realización de una acción de violencia física. Ello se desprende de la expresión «atentare» que, además, por mandato del artículo 5 CPM, deberá ser interpretada de acuerdo con el propio contenido que al término «atentado» otorga el Código penal común. Es decir, como cualquier tipo de agresión corporal, independientemente de la entidad del resultado que se produzca³⁴. Éste será tan sólo relevante a efectos de penalidad.

A pesar de ser un delito que castiga conductas violentas de un militar inferior a una Autoridad militar, queremos aclarar, en primer lugar, que en tiempos de guerra este delito puede también ser cometido por un civil y, en segundo lugar, que ni del bien jurídico protegido, ni de una interpretación del tipo penal, debe excluirse que las autoridades militares puedan llegar a ser sujetos activos de este delito³⁵.

³³ El artículo 9 CPM establece que, a efectos de este Código, se entenderá que son autoridades militares: 1) El Jefe de Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes le sustituyan en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones; 2) Los militares que ejerzan Mando superior o, por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales; 3) Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar; 4) Los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Tribunales militares de Justicia y los Auditores, Fiscales y Jueces militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas; 5) Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada.

³⁴ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996, p. 761. La alusión del propio artículo 87 CPM a la producción de un resultado excluye de este delito a las intimidaciones que no representen el comienzo de una agresión corporal o no constituyan una amenaza de llevar a cabo inmediatamente esa agresión. Ver J.C. GIRGADÓ DOCE, «Atentados y desacatos a autoridades militares, ultrajes a la nación o a sus símbolos e injurias a los ejércitos» en AA.VV., *Comentarios al Código penal militar*. Civitas. Madrid. 1988, p. 1011.

³⁵ El TS, en materia de atentado común, excluyó a las personas constituidas en autoridad, siempre que se hallen en el ejercicio de sus funciones y no estén ligadas con el ofendido por deberes de subordinación o disciplina (ver SSTTS de 9 de enero de 1890, 2 de julio de 1909 y 8 de julio de 1922). La cuestión es discutida entre la doctrina donde hay autores que, en el sentido aquí propuesto, consideran que las autoridades militares pueden ser también sujetos activos de este delito (ver J.C. GIRGADÓ DOCE, *ob. cit.*, p. 1010).

2. Es en el delito de «maltrato de obra a superior» de los artículos 98 y 99 CPM donde se sancionan específicamente las conductas de violencia física realizadas por militares inferiores a *superiores jerárquicos*³⁶.

En tiempo de guerra y siempre que el hecho se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de éste, produciendo el resultado de muerte o lesiones graves, la pena a imponer será la de prisión de 15 a 25 años. En tiempo de paz y siempre que el hecho se ejecutare fuera de acto de servicio o de ocasión del mismo, el maltrato de obra será castigado con la pena de 15 a 25 años de prisión si se produjera la muerte del superior. Con la de 5 a 15 años si se causare una lesión grave. Con la de 3 meses y 1 día a 5 años de prisión en los demás casos. Estas penas serán impuestas en su mitad superior si el hecho se ejecutare en acto de servicio o con ocasión del mismo.

La tipificación delictiva en torno a la acción de «maltrato de obra» no deja lugar a dudas sobre la voluntad de este precepto de reprimir las conductas de violencia física. Si bien en una primera significación gramatical «maltrato» pudiera incluir el hecho de tratar mal al superior de palabra o de obra, la limitación a que sea de obra ha sido interpretado unánimemente tanto por la doctrina³⁷ como por el Tribunal Supremo³⁸ como utilización de cualquier tipo de violencia física sobre el superior, independientemente de que se produzca un resultado lesivo o no³⁹. En consecuencia, cualquier tipo de violencia física ejercida por un militar a un superior jerárquico constituye delito militar, no pudiéndose aplicar en ningún caso los delitos y faltas de homicidio o lesiones previstos en el Código penal común.

Desde una consideración crítica de este precepto, debe advertirse que al margen de la crítica que pudiera recibir por la utilización de la técnica de los delitos cualificados por el resultado⁴⁰, en tiempo de guerra las lesiones muy graves y la muerte tienen previstas la misma pena, hecho que en nuestra opinión violaría el principio de proporcionalidad.

3.1.2. Las violencias verbales

1. Por su parte, el artículo 88 CPM castiga con penas de prisión de 1 a 5 años la conducta de *violencia verbal* del que, en tiempo de guerra, *amenaza*

³⁶ El artículo 12 del CPM establece que «a los efectos de este Código se entenderá que es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente más elevado o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones».

³⁷ P. GARCÍA BALLESTER, «Delito de insulto a superior» en AA.VV., *Comentarios...*, ob. cit., p. 1099.

³⁸ Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo considerando como subsumibles a este maltrato de obra acciones tales como empujones (STS 1/1997, de 9 de enero), puñetazos (SSTS 1/1997, de 9 de enero, 36/1997, de 16 de mayo).

³⁹ Ver, entre otras, SSTS 8 y 9 de marzo de 1990; 6 de junio de 1991; 2 de junio de 1993; 31 de marzo de 1995; 29 de noviembre de 1995 y 22 de enero de 1997.

⁴⁰ Al respecto ver ampliamente *infra* epígrafe 6.3.

zare, calumniare o injuriare a Autoridad militar. El militar que, en tiempo de paz, cometiera este delito será castigado con la pena de prisión de 3 meses y un día a 5 años. Como se podrá observar, en él no se castigan únicamente las amenazas, calumnias o injurias de un inferior a una Autoridad. Además de incluirse en ellas las realizadas por una Autoridad militar, debemos destacar que, en tiempo de guerra, incluso los civiles podrán llegar a ser sujetos activos de este delito.

2. Sin embargo, el artículo 101 CPM sí que castiga expresamente con penas de prisión de 3 meses y un día a 2 años la conducta del inferior jerárquico que *coaccionare, amenazare o injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad a un superior.* Los verbos utilizados en estos preceptos no ofrecen problemas interpretativos debido a la claridad de estas conductas en el Código penal común. A pesar de ello, en el artículo 101 CPM llama la atención la omisión que —respecto al artículo 88 CPM— se realiza de las «calumnias» y la inclusión que hace de las «coacciones». La primera ausencia sorprende porque no se entiende que las calumnias a una Autoridad militar merezcan ser constitutivas de un delito militar, mientras que la misma acción pero cometida sobre un superior jerárquico deba ser castigada a través del Derecho penal común. La segunda inclusión tampoco, puesto que, en primer lugar, toda coacción implica necesariamente el uso de violencia física y ésta —como vimos— es constitutiva de delito de «maltrato de obra» tanto si se realiza sobre una autoridad como sobre un superior jerárquico. Pero, además, en segundo lugar, parece difícil concebir la posibilidad de que una coacción se realice por escrito.

3.2. *Las violencias ejercidas por un superior a un inferior jerárquico*

Por su parte, la *violencia física y de obra* ejercida por un superior a un *inferior jerárquico* pueden ser relevantes para el Código penal militar, en la medida en que pudieran incluirse en los tipos penales de «abuso de autoridad» (artículo 103 CPM), «maltrato de obra a un inferior» (artículo 104 CPM) y «trato degradante e inhumano a un inferior» (artículo 106 CPM).

3.2.1. *Las violencias físicas*

El artículo 104 CPM castiga con penas de 3 meses y un día a 5 años de prisión, al *superior que maltratare de obra a un inferior.* Si causare a la persona objeto de maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de 5 a 15 años de prisión. Si le causare la muerte, se impondrá la pena de 15 a 25 años. A pesar de que el precepto haya recibido alguna crítica en el sentido de que debería precisarse mejor la acción típicamente relevante⁴¹, la alusión al «maltrato de obra» no ofrece dudas sobre la sanción como delictiva de toda conducta

⁴¹ CALDERÓN, *Comentario de urgencia al Proyecto de Código penal militar*, p. 19.

consistente en violencia física sobre un inferior. Tal y como hemos señalado respecto a los artículos 98 y 99 CPM la doctrina y la jurisprudencia del T.S. han considerado como maltrato de obra cualquier contacto físico violento entre el superior y el inferior jerárquico: desde la acción de empujar ⁴², abofetear ⁴³, dar patadas ⁴⁴, cabezazos ⁴⁵, puñetazos ⁴⁶, rodillazos ⁴⁷, cogotazos ⁴⁸ hasta la de golpear con objetos ⁴⁹, zarandear ⁵⁰, lanzar piedras ⁵¹ o, en definitiva, utilizar cualquier clase de violencia física, sin que sea necesario la producción de un resultado lesivo ⁵². Eso sí, el Tribunal Supremo ha considerado que debían ser «agresiones físicas susceptibles de causar una perturbación en la incolumidad corporal de una persona» ⁵³ o «mínimamente aptas para producir alguna suerte de menoscabo a la incolumidad, bienestar o integridad corporal de la persona afectada» ⁵⁴.

Así pues, a pesar de las críticas que el precepto haya podido recibir por ser un «delito cualificado por el resultado» —a lo que tendremos ocasión de volver en sede de conclusiones y propuestas de reforma—, el artículo 104 CPM no plantea dudas respecto a la tipificación de cualquier conducta de violencia física mínimamente apta para producir un resultado lesivo e independientemente de que éste se produzca o no. A pesar de esa unánime jurisprudencia del TS, queremos advertir que en alguna resolución este tribunal ha considerado que el maltrato de obra no sólo puede referirse a «golpear a alguien», sino que también es factible integrar en el referido tipo delictivo otras acciones que supongan una vejación para el que la sufre, sin necesidad de que se produzca contacto físico ⁵⁵. Jurisprudencia que en nada ayudará a la delimitación de este precepto con los que sancionan las violencias de obra ⁵⁶.

⁴² Ver, entre otras, SSTS 10/97, de 11 de febrero; 48/97, de 25 de junio.

⁴³ 12/97, de 15 de febrero; 69/97, de 30 de octubre.

⁴⁴ 48/97, de 25 de junio; 69/97, de 30 de octubre.

⁴⁵ 43/97, de 3 de junio.

⁴⁶ 69/97, de 30 de octubre; 84/96, de 19 de diciembre.

⁴⁷ 76/97, de 13 de noviembre.

⁴⁸ 14/96, de 28 de febrero; 30/96, de 9 de mayo.

⁴⁹ Con un cetme, ver SSTS 48/97, de 25 de junio; 69/97, de 30 de octubre. Con una porra, ver STS 76/97, de 13 de noviembre. Con un casco, ver STS 31/96, de 16 de mayo. Con una muleta, ver STS 79/96, de 29 de noviembre.

⁵⁰ STS 30/96, de 4 de mayo.

⁵¹ STS 79/97, de 28 de noviembre.

⁵² J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE. «Delitos de abuso de autoridad» en AA.VV., *Comentarios.*, *ob. cit.*, pp. 1.364-1.366. Es unánime también en la jurisprudencia del TS la consideración de que no hace falta la producción de un resultado lesivo: SSTS 12/97, de 15 de febrero; 11/96, de 13 de febrero.

⁵³ Ver STS 84/96, de 19 de diciembre.

⁵⁴ Jurisprudencia que le ha llevado a excluir de este delito, por ejemplo, los golpes realizados con un Documento Nacional de Identidad sobre el rostro de un soldado. Ver STS 46/97, de 21 de junio.

⁵⁵ Ver STS 4 de abril de 1998, aludiendo a la de 23 de octubre de 1995, donde se consideró maltrato de obra obligar a un inferior a «comerse una colilla» de un cigarrillo que el superior se estaba fumando.

⁵⁶ Ver *infra* 3.2.2. -1- y -2-.

Finalmente, sorprende que a diferencia del «maltrato» a un superior (artículo 99 CPM), cuando la misma conducta se realice a un inferior no venga incrementada la pena en su mitad superior por «ejecutarse en acto de servicio o con ocasión de éste».

3.2.2. Las violencias de obra

1. Por su parte, el artículo 103 CPM castiga con penas de 3 meses y un día a 4 años de prisión la conducta del superior que consista en un abuso de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, que produzca cualquiera de los resultados típicos previstos: irrogar un perjuicio grave al inferior, obligarle a prestaciones ajenas al interés del servicio o impedirle arbitrariamente el ejercicio de algún derecho. Hemos dicho que el abuso del superior debe, en primer lugar, «*irrogar un perjuicio al inferior*» que además sea «*grave*». Por *perjuicio* se ha entendido el ocasionarle un daño o menoscabo tanto material como moral⁵⁷. La *gravidad* del perjuicio deberá apreciarla el Tribunal según las consecuencias que ocasione. Como ha señalado RODRÍGUEZ-VILLASANTE, el perjuicio es, en principio, grave cuando el resultado es constitutivo de delito o cuando se obligue al inferior a cometer un delito⁵⁸. Pero, además, también han sido considerados perjuicios graves consecuencias que no eran constitutivas de delito. Así, por ejemplo, (...) y, por lo que a nosotros interesa, supuestos de violencia física como el «abofetear al teniente defensor por oponerse a determinada actitud procesal»⁵⁹. De este modo, es interesante advertir que sin protegerse directamente en él la integridad física, bajo este tipo puede englobarse también algún acto de violencia con la consiguiente confusión entre los preceptos penales⁶⁰.

2. Por su parte, el artículo 106 CPM castiga con penas de tres meses y un día a 5 años de prisión al *superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana*. El fundamento básico de la protección penal militar que aquí se arbitra hay que encontrarlo, sin duda, en el artículo 15 CE que prohíbe, en todo caso, los tratos inhumanos o degradantes. A pesar de ese acuerdo unánime en su fundamento constitucional, la definición de qué puede considerarse como «trato inhumano o degradante» no es tan sencilla como la de «maltrato de obra». En opinión de SERRANO ALBERCA, supone el derecho a no ser dañado en el propio cuerpo ni física ni moralmente, a través de torturas o tratos inhumanos o degradantes. Aunque no aporte demasiada claridad, la definición propuesta por este autor aclara —como mínimo— que a diferencia del artículo 104 CPM estos tratos inhumanos o degradan-

⁵⁷ J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE. «Delitos de abuso de autoridad» en AA.VV., *Comentarios...*, ob. cit., p. 1323.

⁵⁸ J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE. *ult. ob. cit.*, p. 1324.

⁵⁹ S. del Consejo Supremo de Justicia militar de 6 de diciembre de 1957.

⁶⁰ Ver *supra* 3.2.1.

tes pueden consistir en un daño moral y no estrictamente físico. La acción está integrada por dos conductas alternativas: tratar al inferior, bien de manera degradante o de manera inhumana. Tratar significa relacionarse, comunicarse con otra persona o, partiendo de una relación jerárquica, emplear, manejar u ordenar a un subordinado, sin que la idea de «trato» implique una continuidad en el tiempo. En opinión de RODRÍGUEZ-VILLASANTE, cabe considerar como *inhumano*, «lo bárbaro, salvaje, brutal o cruel, conceptos que hay que distinguir de otros como desagradable, riguroso, duro o grave que no constituyen trato inhumano aunque sí malos tratos. No se puede considerar inhumano cualquier acto que consista en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o alimentación. Ante las incomodidades, perturbaciones y rigores de la vida militar hay que decir que debe reservarse la calificación de trato inhumano a la conducta que ningún ser humano deba infligir a un semejante, sin ofender gravemente a la naturaleza humana». Respecto al trato *degradante*—continúa este autor— consiste «en realizar acciones con el fin de humillar, deshonorar, hacer despreciar o envilecer a alguien afectando a su dignidad humana». Acciones degradantes son, por ejemplo, el corte de pelo al rape, embadurnar con alquitrán y plumas, ensuciar con inmundicias, cubrir de estiércol, obligar a desfilarse desnudo entre extraños, comer excrementos y vestir de forma ridícula ⁶¹.

En definitiva, el trato degradante o inhumano, por lógico contraste con el maltrato de obra —castigado con la misma pena—, no debe consistir en golpes o violencias físicas, sino en un comportamiento del superior humillante o envilecedor para el subordinado.

4. EL TRATAMIENTO DE LAS VIOLENCIAS EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

A diferencia de la regulación prevista en el Código penal militar, el régimen disciplinario de las fuerzas armadas sí que prevé, en cambio, sanciones disciplinarias para supuestos de violencia de obra y verbal entre militares del mismo rango jerárquico.

Los elementos que llaman aquí la atención son, en primer lugar, que la violencia física entre soldados de igual rango jerárquico continuará sin estar sancionada por el régimen disciplinario; y en segundo lugar, que no aparece regulada en ningún supuesto la violencia física, de obra o verbal de un inferior a un superior jerárquico que, cuando consista en violencia física o ver-

⁶¹ J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE. «Delitos de abuso de autoridad» en AA.VV., *Comentarios...*, ob. cit., pp. 1410-1411, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

bal, será constitutiva de delito militar y cuando consista en violencia de obra podrá aplicársele el Código penal ordinario.

4.1. *La violencia ejercida por un superior a un inferior jerárquico*

Al margen de los delitos de «abuso de autoridad», «maltrato de obra» y de «trato inhumano o degradante» a inferior jerárquico, el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas prevé como infracciones administrativas una serie de correlativas conductas violentas realizadas por un superior a un inferior jerárquico.

1. Así, respecto a las *violencias de obra*, aparecen sancionadas como *falta grave* las conductas que consistan en «*excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio*» (artículo 8.13 RD) y en «*realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados*» (artículo 8.22 RD). Y como *falta leve* las conductas del superior que consistan en «*corregir a un subordinado de forma desconsiderada*» (artículo 7.16 RD).

2. Por otro lado, determinadas conductas de *violencia verbal* pueden ser constitutivas de *falta leve* cuando consistan en «*ofender a un subordinado con acciones o palabras indecorosas o indignas*» (artículo 7. 17 RD)

4.1.1. Las violencias de obra

Como veíamos, las violencias de obra de los superiores jerárquicos aparecen también sancionadas como *falta grave* en el artículo 8 RD en la medida en que consistan en «*excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio*» (artículo 8.13 RD) o «*realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados*» (artículo 8.22 RD).

1. En relación a la primera de las conductas (artículo 8.13 RD) debe advertirse que en ella no se sanciona acciones de violencia física. En la legislación actualmente vigente el maltrato siempre es delito, se causen o no lesiones, ya que éstas influirán sólo en la penalidad pero no en la calificación, que siempre será constitutiva del delito de «maltrato de obra de superior» tipificado en el artículo 104 CPM. En esto —como ha señalado ROJAS CARO— se diferencia la nueva normativa legal de la anterior, en la que el maltrato de obra a inferior era, en principio, simple falta. Ahora, contrariamente, es siempre delito, sea cual fuere el resultado⁶². Por todo ello, no vale en nuestro ordenamiento jurídico actual la doctrina jurisprudencial sobre la legislación derogada, que exigía, para que el maltrato fuese constitutivo de delito, que el perjuicio, físico o moral, infligido al inferior fuese grave, dejando para el ámbito de la falta grave el maltrato de obra que produjera un

⁶² J. ROJAS CARO, *ult. ob. cit.*, p. 187.

daño leve. En el vigente régimen disciplinario, el tipo delictivo correlativo a esta falta es el contenido en el artículo 103 CPM del que se diferencia en que este último exige un perjuicio grave. En definitiva, la falta grave de *abuso de autoridad* (artículo 8.13 RD) sanciona todas aquellas conductas que, en directa colisión con el normal proceder del Mando, supongan un abuso o exralimitación con sus subordinados, sin que de tal proceder se irroge un perjuicio grave al subordinado o al servicio, resultado que cualificaría la infracción disciplinaria como constitutiva de delito (artículo 103 CPM).

En cualquier caso, merece ser destacado que la dificultad de delimitar el carácter grave del perjuicio entorpece la nítida distinción entre la falta grave del artículo 8.13 RD y el delito del artículo 103 CPM. Pero, además, como veremos a continuación, también plantea problemas de delimitación con la falta leve del artículo 7.16 RD en la medida en que ésta supone una especificación del abuso del mando⁶³. Más adelante tendremos ocasión de sacar algunas conclusiones de esta ambigüedad.

2. En este punto nos interesa tan sólo destacar que la falta grave de «vejación o menosprecio a subordinados» (artículo 8. 22 RD) plantea idénticos problemas de delimitación con el delito del artículo 106 CPM, aunque en esta ocasión quizás sean más graves puesto que la diferencia entre la realización de acciones que supongan «vejación o menosprecio a subordinados» —constitutiva de una falta grave del artículo 8.22 RD— y «trato degradante» constitutiva de un delito del artículo 106 CPM es mucho más ambigua que la distinción a partir del «perjuicio grave» del caso anterior.

3. Respecto a la *falta leve* del artículo 7.16 RD consistente en «*corregir a un subordinado de forma desconsiderada*», debemos advertir de nuevo de la dificultad de su definición. Dificultad que si bien constituye —como veremos— una constante en el régimen disciplinario, aparece en este caso agravada por la ausencia de comentarios doctrinales y de resoluciones administrativas o judiciales. En efecto, la falta leve de «corrección a un subordinado de forma desconsiderada» (artículo 7.16 RD) fue introducida al régimen disciplinario a través de la reciente LO 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Mantener esta ambigua graduación sólo favorecería al superior en detrimento de los derechos del inferior⁶⁴, puesto que sus conductas de abuso de autoridad no quedará muy claro si son constitutivas de un delito (artículo 103 CPM), una falta grave (artículo 8.13 RD) o una falta leve (artículo 7.16 RD).

4. Respecto a otras infracciones disciplinarias debemos destacar, por último, la *falta grave* de «*realización de actos que afecten a la libertad sexual*

⁶³ Ya había criticado esa confusión respecto al régimen disciplinario anterior, P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, p. 402. Sus críticas se referían a la posible englobación de las faltas leves del artículo 8.11 a 8.17 RD 1985, en la falta grave del artículo 9.11 del mismo texto legal. Sin embargo, la identidad de los preceptos aludidos permiten exportar estas críticas a la vigente regulación.

⁶⁴ P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, p. 373.

cuando el acto no constituya infracción más grave o delito» del artículo 8. 23 RD y el artículo 17.7 RD que considera merecedora de *sanción disciplinaria extraordinaria* el «realizar cualquier actuación que afecte a la libertad sexual de inferiores o iguales, del mismo o distinto sexo, prevaleciendo de la condición de superior que se ostente, de la mayor antigüedad en el servicio, en las Fuerzas Armadas o en la Unidad o destino, de su superioridad física o de cualquier otra circunstancia análoga, cuando tal actuación no constituya delito». Quizás valga la pena señalar que algunos actos calificables como «trato degradante» pueden ser actos que afecten a la libertad sexual, sin necesidad de suponer relación o contacto sexual entre autor y víctima —que sería constitutivo de algún delito contra la libertad sexual del Código penal común—. Sería, el caso, por ejemplo, del superior jerárquico que obligara a algún soldado a masturbarse en público.

4.1.2. Las violencias verbales

Parecidos problemas de definición plantea la segunda de las faltas leves aludidas: «ofender a un subordinado (...) con acciones o palabras indecorosas o indignas» (artículo 7.17 RD). Para poder considerar que las «palabras» sean «indecorosas o indignas» podrá ser de ayuda el criterio de que deban concretarse atendiendo al tiempo, lugar y ocasión que son las que pueden ilustrar sobre la malicia de quien las pronuncia⁶⁵. Sin embargo, una vez más queremos dejar constancia de la discusión doctrinal desatada a propósito de la redacción de este precepto. En efecto, mientras PADILLA CARBALLADA ha considerado que las palabras indecorosas o indignas no podrán ser de contenido injurioso, pues en tal caso el ofendido podrá ejercitar la acción penal correspondiente, dimanante de los delitos contra el honor previstos en el Código penal común⁶⁶, ROJAS CARO no descarta la posibilidad de utilizar esta vía disciplinaria⁶⁷.

4.2. Las violencias ejercidas entre militares de igual rango

Mientras la violencia ejercida entre militares de igual rango no aparecía sancionada en el Código penal militar, sí que aparece, en cambio, sancionada por el régimen disciplinario.

El elemento a destacar respecto al tratamiento legal de la violencia entre militares de igual rango jerárquico es que la violencia física ni es objeto de represión en el Código penal militar ni en el Régimen disciplinario.

4.2.1. Las violencias de obra

La *violencia de obra* puede constituir *falta grave* siempre que consista en «realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a compañeros»

⁶⁵ J. ROJAS Caro, *ult. ob. cit.*, p. 160.

⁶⁶ J. PADILLA CARBALLADA, *ob. cit.*, p. 120.

⁶⁷ J. ROJAS Caro, *ult. ob. cit.*, p. 160.

(artículo 8.22 RD) ⁶⁸ o «que afecten a la libertad sexual de las personas cuando el acto no constituya infracción más grave o delito» (artículo. 8. 23 RD). Igualmente, el artículo 17. 7 RD considera merecedora de sanción extraordinaria «cualquier actuación que afecte a la libertad sexual de (...) iguales, del mismo o distinto sexo, prevaleciéndose (...) de la mayor antigüedad en las fuerzas armadas o en la Unidad o destino, de superioridad física o de cualquier otra circunstancia análoga, cuando tal actuación no constituya delito».

4.2.2. Las violencias verbales

La violencia verbal puede constituir una *falta leve* siempre que consista en «ofender a un (...) compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas» (artículo 7. 17 RD).

4.3. *Algunas conclusiones sobre el tratamiento sustantivo de la violencia por la legislación militar*

Del análisis realizado respecto a la regulación propuesta por el Código penal militar y el Régimen disciplinario de la Fuerzas Armadas, podemos afirmar ya premisas útiles para alcanzar algunas conclusiones sobre el tratamiento sustantivo que el ordenamiento jurídico español ofrece a la violencia en el ámbito militar.

4.3.1. Respecto al régimen disciplinario militar

Con carácter previo a las conclusiones que puedan extraerse del concreto tratamiento jurídico de las violencias en el ámbito castrense, deben hacerse algunas consideraciones respecto al régimen disciplinario militar en general, puesto que tendrán una importante relevancia para las primeras.

En este sentido, debe destacarse, en primer lugar, que el régimen disciplinario militar se ha extendido hasta extremos que supone la invasión de materias estrictamente penales. Como consecuencia de esta extensión del ámbito disciplinario nos podemos encontrar con alguna conducta que, siendo su naturaleza claramente penal, es considerada *ex lege* disciplinaria, por lo que será sustanciada de acuerdo a un procedimiento administrativo, sancionada y ejecutada por la Administración ⁶⁹. Es el caso, por ejemplo, de las «vejeciones injustas de carácter leve» o de las «injurias de carácter leve» que en el Código penal común son constitutivas de falta (artículo 620.2 CP) y en el ámbito militar tan sólo objeto de falta disciplinaria grave de «veja-

⁶⁸ El precepto se introdujo en el Régimen disciplinario a través de la Ley del Servicio militar de 1991. El propio Fiscal General del Estado, *Memoria 1993*, p. 191, reconoce que antes no eran sancionables disciplinariamente.

⁶⁹ P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, pp. 358-359 y L. ÁLVAREZ ROLDÁN, R. FORTUN, *ob. cit.*, p. 80.

ción» (artículo 8.22 RD) o de falta disciplinaria leve de «ofensa con acciones o palabras indecorosas o indignas» (artículo 7.17 RD). El motivo de ese tras-paso de sanciones del ámbito penal al administrativo ha sido la voluntad del legislador de reforzar la autotutela de la Administración militar.

Precisamente, esa necesidad de imponer junto a la inmediatez de la sanción, mayor eficacia preventiva, ha llevado también al legislador a sustituir las penas de arresto de fin de semana o de días-multa previstas para las faltas en el Código penal ordinario por sanciones privativas de libertad de hasta dos meses.

En segundo lugar —directamente relacionado con lo anterior— debe subrayarse que esta invasión de materias penales por parte del régimen disciplinario ha sido hecha sin atender a la naturaleza, la gravedad o el bien jurídico protegido. Se tipifica simplemente como delito aquellos hechos que se encuentran contenidos en el Código penal militar, y como faltas aquellos que se encuentran contenidos en la Ley disciplinaria. Hecho que dificulta —como vimos— la distinción entre numerosas faltas y delitos militares. Si se hubiera recurrido a criterios materiales (cuantitativos: la gravedad; o cualitativos: el bien jurídico) y no estrictamente formales, la delimitación entre ilícito penal y administrativo hubiera sido más fácil de establecer.

En tercer lugar, debe destacarse el uso, en algunos supuestos, de expresiones y términos de difícil concreción, conceptos jurídicamente indeterminados que pueden llegar a provocar serios problemas de seguridad jurídica. Todos estos elementos —junto a los limitados controles judiciales a que está sometida la actividad sancionadora de la Administración militar⁷⁰ y las limitaciones a que están sometidas las garantías procesales⁷¹— han provocado que la distinción entre una falta leve y una falta grave o, peor aún, la distinción entre éstas y un delito militar dependa en muchas ocasiones del criterio de la Autoridad o mando que lo determine.

Finalmente y en otro orden de consideraciones —como ha sido puesto de manifiesto en el estudio procesal—, el régimen disciplinario militar también plantea problemas por la previsión de sanciones consistentes en privación de libertad.

4.3.2. Respecto al tratamiento de la violencia ejercida por un superior a un inferior

En primer lugar, y a pesar de que la *violencia física ejercida sobre un inferior jerárquico siempre sea constitutiva de delito militar*⁷², observamos que

⁷⁰ Ya hemos visto como las faltas leves están excluidas de recurso ordinario ante un órgano judicial.

⁷¹ Nos referimos, por ejemplo, a la exclusión de la acusación penal particular en causas entre soldados de distinto rango jerárquico y la acción popular.

⁷² Destacando que la violencia física es siempre constitutiva de delito militar del artículo 104 CPM, ver SSTs 4 de abril de 1990; 9 de mayo de 1990; 10 de noviembre de 1992; 30 de noviembre de 1992; 29 de abril de 1994; 14 de marzo de 1996.

manifestaciones de otras violencias —tanto verbales como de obra— ejercidas por un mando a un inferior jerárquico pueden ser objeto tanto de sanciones penales como de sanciones disciplinarias. En relación inmediata con lo acabado de afirmar en el epígrafe anterior, un análisis somero de la aplicación de estos preceptos permite darnos cuenta de la difícil delimitación entre algunas conductas que merecen una sanción penal o una sanción disciplinaria. Así, por ejemplo, en relación a las *violencias de obra*, la distinción entre qué puede constituir un delito de «trato degradante» (artículo 106 CPM) y una falta grave de «vejación o menosprecio a un subordinado» (artículo 8.22 RD) no aparece muy clara, sobre todo, si tenemos en cuenta que por «trato» no se ha entendido una pluralidad de acciones. Igualmente, la dificultad de establecer qué es un «perjuicio grave» no permitirá delimitar fácilmente los abusos de autoridad puesto que podrán calificarse como delito (artículo 103 CPM), como falta grave (artículo 8.13 RD) o como falta leve (artículo 7.16 RD). El mismo problema se presenta respecto a las *violencias verbales* —como vimos⁷³— entre las injurias del Código penal común (artículos 208 y 620.2 CP) y la falta disciplinaria leve de «ofender a un subordinado con acciones o palabras indecorosas o indignas» (artículo 7.17 RD).

Esa ambigüedad —denunciada por la doctrina y por el propio Fiscal General del Estado⁷⁴—, por sí sola, ya es censurable desde el punto de vista de la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Pero, además, en el caso del régimen disciplinario militar confluyen una serie de elementos que agravan la situación.

En primer lugar, el hecho de que en los procesos penales se excluya la acusación particular en las causas, y sólo en las causas, en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y existiera entre ellos una relación de subordinación en cualquiera de los sentidos⁷⁵. Este obstáculo procesal facilitará que sea el sentido de la Autoridad militar o mando quien determine a su criterio si los hechos se califican como falta leve, grave o delito, cuestión que —como ha afirmado NEVADO MORENO⁷⁶— se mire por donde se mire es puramente valorativa, juicio discrecional del que van a depender para el interesado consecuencias jurídicas muy distintas en función de la calificación realizada. De hecho, y hasta donde hemos podido alcanzar a analizar, no son pocas las sentencias de los juzgados Territoriales militares que archivan causas penales por retirar la denuncia el fiscal jurídico-militar.

En segundo lugar, el hecho de que el Derecho disciplinario, en aras de su ejemplaridad, sea considerado como preferente al penal⁷⁷ generará la di-

⁷³ Ver *supra* epígrafe 4.1.2.

⁷⁴ Entre la doctrina P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, pp. 359-360.

⁷⁵ Ver artículo 127 LPM declarado constitucional por la STC 97/1985, de 29 de julio.

⁷⁶ P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, p. 359.

⁷⁷ El Fiscal General del Estado, Don Carlos GRANADOS, *Memoria 1994*, p. 207, tuvo la ocasión de advertir que ante el concurso aparente de normas penales y disciplinarias, el principio de subsidiariedad

námica de solucionar esos actos de violencia de los superiores jerárquicos en el ámbito exclusivamente disciplinario, a pesar de su importante desvalor. Téngase en cuenta el ejemplo ya aludido de las injurias leves entre compañeros que, apesar de ser subsumibles en la falta del artículo 620.2 CP, tenderán a resolverse por vía disciplinaria a través de la falta leve del artículo 7.17 RD o los casos más graves de ambigüedad entre los delitos de «abuso de autoridad» (artículo 103 CPM) y «trato degradante» (artículo 106 CPM) y las respectivas faltas de «exceso arbitrario en el ejercicio de la autoridad» (artículo 8.13 RD) y «trato vejatorio» (artículo 8.22 RD). Situada la solución de ese tipo de violencias en el ámbito disciplinario, éste, seguramente, no se ofrece como la mejor solución debido al marcado sentido corporativista del régimen disciplinario. De hecho, es una constante en los informes del Ministerio Fiscal la explicación del aumento de procesos penales por los delitos de los artículos 104 y 106 CPM como consecuencia, no del aumento de estas conductas, sino del creciente interés por parte del Ministerio Fiscal en perseguirlos⁷⁸, lo que demuestra hasta qué punto la ausencia de esa voluntad del Ministerio Fiscal, junto con la prohibición de las acusaciones particulares y las acciones populares, podía hacer terminar esos casos en procedimientos disciplinarios. La cuestión se agrava si tenemos en cuenta —como vimos— que una vez en sede disciplinaria la ambigüedad también existe entre faltas leves y graves⁷⁹. Es el caso, por ejemplo, de las «acciones indignas» (artículo 7.17 RD) o «acciones vejatorias» (artículo 8.22 RD); y de la «corrección desconsiderada» (artículo 7.16 RD) o «exceso arbitrario en el ejercicio de la autoridad» (artículo 8.13 RD).

En tercer lugar, y como ha puesto de relieve NEVADO MORENO⁸⁰, esa ambigüedad a quien más puede beneficiar es al superior jerárquico, puesto que en los casos de violencias entre iguales o de un inferior a un superior esa ambigüedad entre faltas y delitos militares no existe⁸¹.

La primera conclusión, en definitiva, es que existen motivos tanto procesales como sustantivos para facilitar la resolución del conflicto en la vía disciplinaria, independientemente del desvalor de la conducta realizada, puesto que la acción disciplinaria o penal dependerá en última y única instancia del mando jerárquico competente.

haría aplicable primero las sanciones en lugar de los delitos. Entre los comentaristas, ver, por todos, J. ROJAS CARO, *ob. cit.*, p. 45. Como hemos destacado *supra* 4.3.1 -1-, esa prioridad del Derecho disciplinario se ha fundamentado únicamente en razones de mayor ejemplaridad del régimen disciplinario.

⁷⁸ Ver *Memoria del Ministerio Fiscal 1992*, p. 202; *1993*, pp. 194 y 197; *1994*, p. 204; *1995*, p. 514.

⁷⁹ Ver *supra* 4.1.1. y 4.1.2 donde ya se advirtió de las críticas que al respecto había realizado entre la doctrina P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, pp. 401-402.

⁸⁰ P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, p. 401.

⁸¹ Ver gráfico núm. 1 donde las líneas discontinuas señalan la difícil delimitación entre las distintas conductas violentas sancionadas por el CPM y el RD. Obsérvese cómo éstas sólo existen en el cuadro relativo a las violencias de un superior a un inferior jerárquico. En los otros dos supuestos, cuando existan ambigüedades lo serán sólo respecto al Código penal común.

Una segunda conclusión podemos alcanzar del análisis de este primer grupo de violencias: las amenazas, calumnias e injurias de un superior a un inferior no son constitutivas de delito militar⁸² ni tampoco son fáciles de encajar entre las sanciones disciplinarias, puesto que sólo sería posible en la medida en que cupiera considerarlas como una «vejación o menosprecio a subordinados» (artículo 8.22 RD).

4.3.3. Respecto al ejercicio de violencia por un inferior a un superior

Por su parte, y con radical diferencia respecto a las ejercidas por un superior a un inferior jerárquico, *las violencias verbales ejercidas por un inferior a un superior sólo son constitutivas de delito militar*. En otras palabras, este tipo de conductas están tan desvaloradas en el Derecho militar, que son constitutivas de delito y en ningún caso como infracción disciplinaria. En concreto, nos estamos refiriendo al delito de amenazas, coacciones e injurias a superior (artículo 101 CPM), inexistente —como hemos visto— para el caso opuesto.

4.3.4. Respecto al ejercicio de violencia entre militares de igual rango

Finalmente, y para completar la sistematización, interesa destacar que respecto a *las violencias tanto de obra como verbales realizadas entre militares de igual rango, éstas no merecen la calificación de delictiva por el Código penal militar, siendo — tan sólo a partir de 1991— objeto única y exclusivamente de sanciones disciplinarias*⁸³ en la medida en que puedan subsumirse en la «vejación o menosprecio a compañeros» (artículo 8.22 RD) o en la «ofensa a compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas» (artículo 7.17 RD). *Las violencias físicas entre militares de igual rango no son constitutivas ni de delito militar ni de falta disciplinaria militar*.

4.3.5. Respecto al bien jurídico protegido en la legislación militar: la disciplina

Esta discriminación que realiza la legislación militar, no sólo entre la diversa calificación de estas conductas como delito o como sanción disciplinaria en función de si tienen lugar entre inferior, superior o militar de igual rango jerárquico, sino entre violencias físicas o verbales, se explica desde el bien jurídico protegido por todas ellas. En contra de lo que podría pensarse respecto a la legislación común, este tipo de normas no tienen como bien ju-

⁸² El Fiscal General del Estado, Don Jesús CARDENAL, *Memoria 1998*, p. 185, ha pedido su inclusión en el Código penal militar.

⁸³ Fue introducida por la Ley del Servicio militar de 1991.

ídico protegido a la «integridad física o moral», la «vida» o el «honor» sino la «disciplina». En otras palabras, la integridad física o moral no es un bien jurídico de interés por parte del Derecho militar. A éste sólo le importa castigar esas conductas en la medida que representen una lesión a la disciplina castrense. Así se ha puesto de manifiesto por la doctrina, el propio Fiscal General del Estado y los mismos textos legislativos aludidos ⁸⁴.

1. Esto es lo que explica, por ejemplo, que los delitos militares que sancionan las violencias tengan penas superiores a sus correlativos delitos del Código penal común. Estos delitos militares se constituyen como delitos pluriofensivos protectores de la vida, la integridad física, la integridad moral o el honor, pero además protectores de la disciplina.

2. También explica que las penas de arresto de fin de semana o días-multa previstas en el Código penal para las faltas, se vean sustituidas en las faltas graves del Régimen disciplinario militar por sanciones privativas de libertad.

3. El hecho de que el bien jurídico protegido por estas normas sea la disciplina influye también en la concreta forma en que estas violencias aparecen reguladas. Así, por ejemplo, explica por qué las violencias verbales de un militar inferior a un superior, consistentes en amenazas, injurias y calumnias sean sólo constitutivas de delito y nunca de sanción disciplinaria; y cómo inversamente esas mismas conductas pero realizadas a un inferior pueden ser sólo —y con problemas— constitutivas de una falta. La misma razón que explicaría por qué el trato degradante o vejatorio entre militares de igual rango es sólo sancionado por el régimen disciplinario, quedando excluida tanto del Código penal militar como del Régimen disciplinario la sanción de su violencia física ⁸⁵.

No debe sorprender si tenemos en cuenta, por un lado, la importancia de este bien para la organización, funcionamiento y eficacia de una organización como el Ejército y, por otro, que estas conductas no quedarán sin sanción sino sometidas —en la medida que fueran constitutivas de un delito o falta común— al Código penal ordinario.

A pesar de ello, sí que queremos, en sede de conclusiones, hacer algunas consideraciones sobre el concepto de «disciplina» protegido penal y administrativamente por el Derecho militar. Existe un consenso unánime en

⁸⁴ Ver Don Javier MOSCOSO, *Memoria 1989*, pp. 161 y 163; Eligio HERNÁNDEZ, *Memoria 1992*, p. 206, insistiendo en la idea de que «el Código castrense protege valores militares, y también constitucionales (los derechos inviolables de las personas), pero estos últimos sólo a través de los valores militares, en concreto, de la disciplina». Entre la doctrina, ver, por todos, J. ROJAS CARO, *ult. ob. cit.*, p. 78; P.T. NEVADO MORENO, *ob. cit.*, p. 348; J. CHÁVARRI, *Régimen disciplinario militar*. Tecnos. Madrid. 1986; L. ÁLVAREZ ROLDÁN, R. FORTÚN ESQUIFINO, *ob. cit.* En efecto, en la Exposición de Motivos de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se reconoce que «la protección y mantenimiento de la disciplina ha constituido en los Ejércitos un objetivo consustancial a la Institución misma. La disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, dice el artículo 11 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, será practicada y exigida como norma de actuación».

⁸⁵ Ver gráfico número 1.

considerar que por disciplina no hay que entender una relación entre dos sujetos que ocupan posiciones de distinto orden, en las cuales uno actúa siempre como superior —al que le corresponde mandar— y el otro como inferior —al que le corresponde obedecer—. En el ordenamiento jurídico-militar español el concepto de «disciplina» está directamente vinculado al acatamiento de los valores y principios constitucionales. Así, se dice en el artículo 11 RR.OO. que la expresión colectiva de la disciplina consiste en el acatamiento de la Constitución a la que la institución militar está subordinada; el artículo 26 RR.OO. señala que todo militar deberá conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en la Constitución; el artículo 34 RR.OO. impone la desobediencia de aquellas órdenes manifiestamente contrarias a la Constitución y, finalmente, el artículo 13 de las RR.OO. para el Ejército de Tierra dispone que el militar que ejerza el mando lo hará de acuerdo con cuanto señala la Constitución. De todo ello puede afirmarse una doble vertiente de la disciplina en el tratamiento legal de las violencias en el ámbito castrense. Una «*institucional*», de sumisión del mando militar a los valores y principios constitucionales que permitirá sancionar aquellos abusos de autoridad que atenten contra los valores constitucionales de la integridad física y la dignidad de los subordinados (artículos 15 y 10 CE). Y otra vertiente «*personal*», dirigida a asegurar el cumplimiento de la voluntad de los mandos y el funcionamiento operativo de las unidades de forma armónica y ordenada, que permitirá sancionar las conductas que atenten contra la integridad física y la dignidad tanto de superiores jerárquicos como de los propios compañeros. De hecho —tal y como hemos podido observar—, los dos aspectos de la disciplina aparecen sancionados por el Derecho militar español⁸⁶.

A pesar de ello, creo que pueden observarse diferencias sustanciales respecto a la protección de las dos vertientes. La disciplina que hemos denominado «*personal*» —la enderezada al cumplimiento de órdenes y la eficacia del servicio— está más protegida que la «*institucional*». Así, como hemos visto, las violencias verbales de un militar a un superior, consistentes en amenazas, injurias y calumnias —en la medida que atentan a la vertiente «*personal*» de la disciplina— son sólo constitutivas de delito y nunca de sanción disciplinaria; y cómo inversamente esas mismas conductas pero realizadas a un inferior, es decir, atentando a su vertiente «*institucional*», son sólo —y con problemas— constitutivas de una falta disciplinaria. La misma razón que explicaría por qué el trato degradante o vejatorio entre militares de igual rango es sólo sancionado por el régimen disciplinario.

Además, existe una tendencia de la Administración militar a interpretar de forma restrictiva los delitos de abuso de autoridad y, sobre todo, las faltas

⁸⁶ Ver J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, *ob. cit.*, pp. 1195 y 1263. Los delitos de abuso de autoridad y de insulto a superior aparecen regulados en el mismo título quinto del CPM bajo la rúbrica de «delitos contra la disciplina».

para evitar que las competencias del mando para establecer la disciplina no resulten inaplicables.

4. Por otro lado, que el bien jurídico protegido en estas leyes militares sea la disciplina tiene directas consecuencias tanto sustantivas como procesales sobre principios elementales del Derecho sancionatorio común. En otras palabras, la protección de la disciplina ha justificado la restricción de importantes principios jurídicos y la perversión dogmática de algunas instituciones jurídicas.

A) A nivel sustantivo, la protección tanto penal como administrativa de la disciplina militar ha modificado la lógica que el principio de «proporcionalidad» tiene en el Derecho sancionador común. Conductas de violencia verbal que en el Código penal común serían merecedoras de una pena de multa de 10 a 20 días (artículo 620.2 CP), en aras de la protección de la disciplina militar, pueden llegar a penas de prisión de 3 meses y un día a 5 años (artículo 104 CPM).

Por otro lado, mientras que en el Derecho penal común se excluye la posibilidad de aplicar las consecuencias del delito continuado a supuestos de ataques a bienes eminentemente personales como la integridad física (artículo 74 CP), en el Derecho penal militar, al entender que el bien jurídico protegido no es la integridad física sino la disciplina, se permite su aplicación con las consecuentes ventajas penológicas para el autor⁸⁷.

B) A nivel procesal, la disciplina ha tendido a fundamentar la prioridad del Derecho disciplinario por encima del penal. En efecto, han sido argumentos de mayor ejemplaridad los que han sido utilizados para aplicar el Derecho disciplinario con carácter prioritario al penal, más lento y con mayores garantías⁸⁸.

Pero, además, esa disciplina ha sido también el argumento utilizado para limitar procesalmente el derecho a la tutela judicial efectiva de los soldados (artículo 24.2 C.E.). Éste es, en efecto, el argumento utilizado para (1) excluir el recurso ordinario en las faltas leves; (2) eliminar el carácter suspensivo de los recursos interpuestos sobre resoluciones relativas a faltas graves o extraordinarias; (3) eliminar la acusación penal particular en las causas entre soldados de distinto rango y (4) el no reconocimiento judicial de la acción popular, a pesar de que no está expresamente excluida por las leyes procesales militares.

5. EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS «NOVATADAS» EN ESTE CONTEXTO LEGISLATIVO

Debido precisamente al hecho de que la integridad física o moral es protegida por el Derecho militar tan sólo en la medida que lesione el bien

⁸⁷ Así lo ha entendido el TS tanto respecto a las conductas de maltrato de obra a superior (STS 1/97, de 9 de enero) como a inferior (SSTS 48/97, de 25 de junio; 69/97, de 30 de octubre) alegando precisamente que el bien jurídico protegido no era eminentemente personal por tratarse de la disciplina.

⁸⁸ J. ROJAS CARO. *Derecho disciplinario militar, ob. cit.*, p. 45.

jurídico militar de la disciplina, las violencias entre militares del mismo rango jerárquico —conocidas popularmente como «novatadas»— no están castigadas como delito militar⁸⁹. Éstas tan sólo serán objeto de falta disciplinaria en la medida en que consistan en una «vejación o menosprecio a compañeros». En cualquier caso, si consistieran en un maltrato de obra o en una lesión podrían ser perseguibles a través del Código penal común.

Únicamente en aquellos supuestos de «novatadas» realizadas por algún superior jerárquico podría constituir para todos sus partícipes —sean superiores jerárquicos o no— un delito de «maltrato de obra a un inferior» (artículo 104 CPM) o «de trato inhumano o degradante a un inferior» (artículo 106 CPM). En ese sentido se ha pronunciado la Fiscalía militar en numerosas ocasiones al afirmar que «respecto a la posible participación de soldados en el delito de abuso de autoridad del artículo 106, el criterio sustentado ha sido el de mantener la punición de esta participación de individuos «no cualificados», a tenor de los números 2º y 3º del artículo 14 del Código penal común o de lo previsto en el artículo 16 del mismo Cuerpo legal (actual artículo 28 Código penal vigente), siempre que concurren los requisitos legales y jurisprudenciales para su aplicación, ya que no parece justo que queden desiguales en la responsabilidad quienes pueden actuar conjuntamente en «un mismo hecho», ni que sea jurídicamente admisible una valoración punitiva totalmente divergente porque el autor principal reúna o tenga de manera incidental, en algunas ocasiones, la cualidad de superior»⁹⁰. Finalmente, y después de muchos años de mantenimiento de una posición contraria, el propio Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala de lo militar de 23 de marzo de 1993 aceptó definitivamente esta posición, castigando la participación del *extraneus* en estos delitos especiales⁹¹.

⁸⁹ Ver en ese sentido Eligio HERNÁNDEZ, *Memoria 1992*, p. 205, que afirma que «las condenas por «novatadas» en procedimiento judicial militar no siempre son posibles pues, después de la reforma de la justicia militar de 1985, la jurisdicción militar sólo es competente por razón de delito y, entre los incluidos en el Código penal militar vigente, no existe el de lesiones o el de malos tratos o trato degradante o inhumano entre iguales, sino sólo del superior al subordinado».

⁹⁰ Ver Eligio HERNÁNDEZ, *Memoria 1992*, pp. 207 y 208. El Fiscal General del Estado ha insistido en el mantenimiento de esta opinión por parte de la Fiscalía militar en numerosas Memorias elevadas al Gobierno de SM: 1994, p. 209; 1995, p. 514; 1997, pp. 249 y 255. Ver entre la doctrina, por ejemplo, J.A. PÉREZ PARENTE, «Abuso de autoridad y problemas de participación» en *R.E.D.M.* 58-1991, p. 96.

⁹¹ Ver Carlos GRANADOS, *Memoria. 1994*, p. 209, quien destaca que «esta sentencia no sólo dejó zanjada esta cuestión de enorme transcendencia práctica, sino que supuso también un importante hito en la lucha para combatir la existencia de novatadas en el seno de las Fuerzas Armadas, por la claridad y contundencia de sus fundamentos, y por la gran transcendencia social que adquirió (...) incidiendo todo ello de forma muy positiva en la divulgación de la absoluta inadmisibilidad de cualquier conducta que, en el seno de los ejércitos suponga vulneración de la dignidad de la persona». Como ha destacado Jesús CARDENAL, *Memoria 1997*, p. 255, la misma Sala se planteó el problema del *extraneus* en el estudio del delito de maltrato a superior del artículo 99.3 CPM, así como en el de amenazas, coacciones e injurias del artículo 101 CPM, asumiendo, al igual que la moderna doctrina penalista a la que se da acogida en el ámbito militar, que el partícipe en un delito especial no puede ser autor principal, lo que no quiere decir que no pueda participar en el injusto, por la vía de la participación de extraños, como cooperador necesario (SSTS 16 de febrero de 1996 y 1 de febrero de 1996).

Sin embargo, como ya hemos dicho, las «novatadas» entre soldados sin intervención de un superior, o bien se sancionan en vía disciplinaria en la medida en que consistan en una «vejación», o bien, si revisten mayor gravedad siendo constitutivas de lesiones, la jurisdicción militar se inhíbe en favor de la ordinaria, que es la competente para juzgarlas y sancionarlas⁹².

Dada esa situación, ha sido una constante en las Memorias del Fiscal General del Estado elevadas al Gobierno la reivindicación de la creación de un delito penal militar para supuestos de «maltrato de obra» o «tratos inhumanos y degradantes» realizados entre militares de igual rango⁹³. En alguna ocasión se ha propuesto incluso que esa tipificación lo fuera de forma casuística dando lugar a una regulación detallada de todo tipo de supuestos. En cualquier caso, el intento de la Ley del Servicio militar de 1991, modificando la ley disciplinaria en el sentido de incluir como falta grave las vejaciones o trato degradante entre iguales, no ha sido suficiente, pues se ha mostrado como una solución poco efectiva y, además, al tratarse de sanción disciplinaria no puede comportar responsabilidad civil para los autores ni la subsidiaria del Estado, cuando es de justicia que tales tratos degradantes, aun sin secuelas ni lesiones, tuviesen reparación económica por los daños morales sufridos⁹⁴.

Sin embargo, a la vista de las conclusiones alcanzadas en el estudio jurisdiccional, no nos parece que sea una solución acertada. La conversión de una sanción disciplinaria militar a un delito militar no es ninguna garantía de eficacia debido a las características de la jurisdicción militar y a su «potencial» corporativismo. El propio Fiscal General del Estado ha criticado el modo cómo los tribunales militares de primera instancia e incluso los tribunales militares territoriales interpretaban de forma restrictiva los delitos de «abuso de autoridad» (artículos, 104 y 106 CPM) en el sentido de entender, por ejemplo, que los cabos no podían ser considerados «superiores jerárquicos» o exigiendo un «dolo específico de actuar abusando del carácter de superior»⁹⁵. Si bien es cierto que la jurisprudencia de la sala quinta del Tribunal Supremo ha intentado eliminar esa línea jurisprudencial de primera y segunda instancia⁹⁶, no lo es menos que eso ha sido así por el interés personal del Fiscal General del Estado en reprimir esas conductas. Por ello, y en la medida en que estas conductas violentas en militares de igual rango pueden ser constitutivas de un delito del Código penal común, nos parece más recomendable que sean juzgados por la jurisdicción ordinaria.

⁹² Así se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones por el Fiscal General del Estado. Ver *Memoria 1991*, p. 170; *1992*, p. 205 y *1995*, p. 514.

⁹³ Ver *Memoria 1991*, p. 173; *1992*, p. 205; *1993*, p. 195; *1994*, p. 205; *1995*, p. 516; *1997*, p. 250.

⁹⁴ Ver crítica a esa exclusión de la responsabilidad civil en Eligio HERNÁNDEZ, *Memoria 1992*, p. 205.

⁹⁵ Ver Leopoldo TORRES, *Memoria. 1991*, p. 171.

⁹⁶ Ver SSTS 14 de septiembre de 1992, 10 de noviembre de 1992, 17 de noviembre de 1992 y 30 de noviembre de 1992, entre otras.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA

6.1. *Respecto al ámbito jurisdiccional*

La actual configuración legal de la jurisdicción militar —como demuestra el debate doctrinal y jurisprudencial aludido— plantea un controvertido conflicto con los principios jurisdiccionales de independencia, inamovilidad y exclusividad reconocidos en el artículo 117.3 y 4 de la Constitución. Extremo que ha llevado a voces tan autorizadas como las de PARADA VÁZQUEZ a declarar su inconstitucionalidad ⁹⁷.

Esta violación supone evidentes consecuencias negativas para la represión de las conductas violentas en el ámbito castrense, en la medida que la regulación actual no garantiza plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 .E.

Ante esta situación existen cuatro propuestas posibles: (1) mantener el actual sistema; (2) plantear una reforma legal dirigida a reestablecer el modelo de jurisdicción militar tradicional caracterizado por el principio de «quien manda debe juzgar», es decir, por la unidad de mando y jurisdicción, eso sí, con asesoramiento de auditores, letrados que puedan aconsejar al mando. Consistiría en volver al sistema vigente en España hasta la entrada en vigor de la LOCOM . Sistema, por otro lado, todavía vigente en el Reino Unido, Estados Unidos y, en general, en aquellos países de la órbita anglosajona; (3) alternativamente, iniciar una reforma legal dirigida a incorporar plenamente la justicia militar al Poder Judicial para que, dejando de ser una jurisdicción «especial», se convirtiera en un orden más del mismo, «especializado» en su propio ámbito: «el estrictamente castrense». La opción consistiría en adoptar un modelo similar al adoptado en Italia; y (4) la última alternativa, consistiría en abordar la reforma ya realizada en buena parte de los países europeos (Alemania, Francia, Austria, Suecia, Noruega, Dinamarca) para que la jurisdicción militar fuera asumida por la jurisdicción ordinaria en tiempos de paz. De este modo aquella sólo se conservaría para los tiempos de guerra.

En nuestra opinión, las dos primeras opciones deben ser descartadas porque, a pesar de ser opciones que bordean la constitucionalidad, no son precisamente aquellas que aseguren de forma más plena la realización de las garantías jurisdiccionales y la tutela judicial efectiva. En efecto, el actual modelo de jurisdicción militar prevista en el ordenamiento español ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional. Pero ni ha sido a través de argumentos que gozaran de consenso por parte de toda la comunidad jurídica, ni tampoco ha sido una jurisprudencia que se haya pronunciado sobre todos los vicios de inconstitucionalidad que tiene ⁹⁸. Respecto al reestableci-

⁹⁷ Ver J.M. PARADA VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pp. 33 y ss.

⁹⁸ Ver *supra* l.

miento del modelo tradicional, a pesar de que se haya defendido su constitucionalidad por entender que «las señas de identidad tradicionales de la jurisdicción militar son excepción de aquellos criterios» constitucionales⁹⁹, no sería tampoco el mejor modelo para garantizar el pleno ejercicio de la tutela judicial efectiva.

Las dos últimas opciones serían, en cambio, las únicas que ofrecerían un respeto total por todos los principios jurisdiccionales reconocidos en el Título VI CE, a saber, el principio de unidad jurisdiccional, independencia, inamovilidad y exclusividad. Podría objetarse que la propuesta de incorporar la justicia castrense como «justicia especializada» al poder judicial sería — frente a la asunción de su competencia por la justicia penal ordinaria — la única que respetaría la garantía institucional de la jurisdicción militar «en el ámbito estrictamente castrense» reconocida en el artículo 117.5 CE¹⁰⁰. Sin embargo, y sobre la base de que el Tribunal Constitucional ha reconocido la libertad política del legislador a la hora de configurar la jurisdicción militar¹⁰¹, podría superarse con la reserva de que la justicia castrense perviviría, aunque de modo latente, en tiempos de paz y efectiva sólo en caso de estado de sitio o guerra¹⁰².

Siendo ambas conciliadoras con el artículo 117.5 CE y, en consecuencia, sin que hiciera falta ninguna reforma constitucional, nos decantamos por la reforma legal que permita la asunción de la justicia militar por los jueces ordinarios. Ambas opciones legales garantizarían por igual el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, pero sólo esta última sería la única opción que ganaría el absoluto consenso jurídico de ofrecer la máxima realización de todos los principios jurisdiccionales reconocidos en el Título VI CE.

Pero, en segundo lugar, existirían importantes ventajas económicas. La justicia militar sería absorbida por los jueces ordinarios, desmantelando en caso de paz una jurisdicción: la militar, que por su escaso número de actuaciones no justifica el derroche presupuestario que ella significa¹⁰³.

Frente a esta opción, no podría alegarse la objeción de suponer una materia de extrema complejidad técnica o que tan sólo una justicia formada por militares puede conocer la concreta realidad castrense. La compleja idiosincrasia del mundo informático o financiero no ha sido ningún obstáculo para otorgar esa competencia al juez ordinario predeterminado por la

⁹⁹ Ver en ese sentido R. CANOSA USERA, *ob. cit.*, pp. 14 y 34.

¹⁰⁰ En este sentido se ha pronunciado S. SAN CRISTÓBAL, *ob. cit.*

¹⁰¹ STC 91/84, de 19 de octubre.

¹⁰² En este sentido se ha pronunciado R. CANOSA USERA, *ob. cit.*, p. 20. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *ob. cit.*, p. 762 y F. LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas* CEC Madrid. 1985, pp. 62 y ss.

¹⁰³ Ver gráfico número 2 con el volumen de causas penales sometidas a la jurisdicción militar en los últimos diez años.

ley, en lugar de encomendarla a técnicos informáticos o a empresarios. En cualquier caso, si apareciera cualquier extremo que precisara de una especial consideración profesional, podría resolverse con la participación de militares como peritos o testigos.

Tampoco podría objetarse que el traspaso a la jurisdicción ordinaria supondría aumento del volumen de trabajo para los juzgados ordinarios, ya de por sí muy sobrecargados. Ya hemos visto el escaso volumen de trabajo de los Tribunales Togados Militares. Sólo en la provincia de Barcelona suponen alrededor de sesenta casos al año que deberían repartirse entre la treintena de juzgados de instrucción penal que existen. Es decir, estaríamos hablando de un incremento de dos casos por juzgado de instrucción.

Finalmente, tampoco podría alegarse en su contra que sería un sistema que debilitaría las finalidades de las Fuerzas Armadas. Esto no ha pasado en todos aquellos países en los que la justicia militar ha sido asumida por la ordinaria.

6.2. *Respecto al ámbito procesal*

Atribuida la competencia a los tribunales ordinarios, el procedimiento penal militar podría someterse al régimen jurídico previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si por razones técnicas se valorara la necesidad de mantener una ley procesal específica, consideramos que ésta debería adaptarse a la protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y ser reformada para: (1) permitir la acusación particular entre superiores e inferiores jerárquicos, garantizando de este modo que la acción penal no quedara simplemente en las manos de los jueces y fiscales; (2) garantizar expresamente la acción popular y las denuncias colectivas como garantía de acceso, transparencia y democratización de la justicia. Finalmente, y en coherencia con el traspaso de la competencia a la jurisdicción ordinaria, (3) el fiscal en el procedimiento por delitos militares debería formar parte del Ministerio fiscal.

Respecto al proceso disciplinario, si bien entendemos que la necesidad de inmediatez y efectividad de la sanción administrativa para conseguir sus efectos disciplinarios puede llegar a justificar el mantenimiento del carácter no suspensivo de los recursos, entendemos que no habría ningún motivo que justificara la exclusión de recurso ordinario ante el órgano judicial para las faltas leves. Hasta entonces, es jurídicamente incomprensible que una sanción pecuniaria de tráfico pueda ser objeto de recurso por la vía contencioso-administrativa y que en la vía disciplinaria militar una sanción privativa de libertad no merezca esa garantía. Incomprensión que también extendemos a la imposibilidad de otorgarle al presunto infractor el derecho a la asistencia técnica de un abogado o militar de confianza en los procedimientos por faltas leves, donde, insistimos, también se limita la libertad deambulatoria del sancionado.

6.3. *Respecto al ámbito sustantivo*

La regulación sustantiva de las violencias en el ámbito militar debería ser objeto de una reforma dirigida a alcanzar tres objetivos principales: (1) precisar la delimitación entre ilícito penal e ilícito administrativo para garantizar el derecho a la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE); (2) lograr coherencia entre las sanciones impuestas a superiores e inferiores jerárquicos por los mismos hechos para garantizar los principios de justicia material, igualdad y proporcionalidad (artículo 14 en relación al 1.1 CE); y (3) garantizar la proporcionalidad de sus penas respecto a las previstas en el Código penal común y a la gravedad de los hechos. No es, por ejemplo, proporcionado en relación con lo primero que la misma conducta: «una lesión de carácter leve», realizada por un soldado en el ejército o por un ciudadano en la calle, suponga una diferencia en términos de pena privativa de libertad de hasta cinco años ¹⁰⁴. Tampoco es proporcionado, en relación a lo segundo, que las lesiones graves y la muerte tengan prevista la misma pena.

1. Respecto al primer objetivo, podría ganarse en precisión delimitadora si en el ámbito militar se mantuviera la tipificación de los delitos contra la vida, la integridad física y moral y el honor, y se adaptara la redacción de las sanciones disciplinarias relativas a esos bienes jurídicos a las faltas del Código penal común. En cualquier caso, deberían excepcionarse dos delitos: (1) la violencia física entre soldados de distinto rango jerárquico que, independientemente de su gravedad, debería ser constitutiva de delito y (2) la realización de acciones que supongan vejaciones a los compañeros (las llamadas «novatadas») que, atribuida ahora la competencia a la jurisdicción ordinaria, nos parece que, por lesionar gravemente a la dignidad de las personas y la vertiente «institucional» de la disciplina, merecerían ser calificadas como delito.

Obsérvese que la utilización de los criterios de delimitación entre delitos y faltas propuestas por el Código penal común supondría, por ejemplo, dotar de coherencia a la regulación de las calumnias y las coacciones de los vigentes artículos 88 y 101 CPM y sustituir expresiones o términos de difícil y ambigua precisión como la alusión al concepto valorativo de «lesiones graves» o «perjuicio grave» del CPM que se vería sustituida por el objetivo del «requerimiento de asistencia médica o quirúrgica» del CP

2. Respecto al segundo objetivo, éste se podría alcanzar manteniendo las mismas penas tanto para las violencias realizadas a un superior como a un inferior. No se alcanza a ver por qué la misma conducta de maltrato de

¹⁰⁴ En efecto, el artículo 617.2 CP prevé penas de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días para el que «golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión», mientras que los correlativos artículos 99 y 101 CPM prevén penas de hasta cinco años de prisión.

obra, cuando es realizada a un superior puede imponerse en su mitad superior «cuando el hecho se ejecutare en acto de servicio o con ocasión del mismo» (artículo 99 CPM) y cuando es realizada a un inferior no existe tal previsión legal.

3. Respecto al tercer objetivo, se podría evitar la desproporción si se mantuvieran las mismas penas vigentes en el Código penal de 1995. Para preservar la disciplina en su doble vertiente «institucional» y «personal», haría falta únicamente incorporar una agravante genérica que aumentara la pena, respectivamente, en aquellos supuestos en los que se «abusara del cargo» o «se realizaran contra un superior jerárquico» y otra que lo hiciera para los supuestos en que la conducta se realizara «en acto de servicio o con ocasión de éste».

Todos estos objetivos se podrían alcanzar incorporando estas reformas en el Código penal común. Una solución así sería capaz de compaginar la necesidad de imposición de la disciplina —tan necesaria y fundamento del Derecho militar sancionador— con el respeto por los principios del Derecho sancionador derivados del Estado democrático y de Derecho y la adaptación a las reformas introducidas por el Código penal común de 1995.

Sin embargo, creemos que por cuestiones técnicas sería necesario valorar el mantenimiento de un Código penal militar como Ley penal especial. A ello obligaría, por un lado, la existencia de delitos típicamente militares como el derrotismo (artículo 64 CPM), atentados contra los medios o recursos de la defensa militar (artículos 57 y ss. CPM), etc. Pero, por otro, la mejor claridad de su aplicación. Piénsese en la dificultad de aplicación de un Código con agravantes en la parte general sólo aplicables a militares y con alusiones en cada delito de la parte especial a si la pena es aplicable y, en su caso, agravada en caso de guerra.

De cualquier modo, el nuevo texto debería someterse a una profunda revisión para recoger las propuestas acabadas de exponer —haciéndolo más respetuoso con los principios del Derecho sancionador democrático— y todas aquellas cuestiones estrictamente técnicas que hemos ido analizando en su momento.

De estas últimas, deberíamos destacar, sobre todo, la necesidad de eliminar la técnica de los delitos cualificados por el resultado.

En la redacción del nuevo Código penal de 1995 ha desaparecido la institución de la cualificación por el resultado¹⁰⁵. El modelo del Código penal

¹⁰⁵ El nuevo Código penal ha eliminado toda referencia específica a los mismos, en concreto, la contenida en el artículo 1 CP de 1973: «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa». El resultado de tal determinación es que rige en toda su amplitud y sin limitación alguna el tenor del artículo 12 NCP: «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». Ver J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones introductorias sobre la repercusión de la parte general del nuevo Código penal en el Código penal militar» en *El Derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes* Estudios de Derecho judicial. CGPJ, Madrid, 1996, p. 238.

común se basa, pues, en la plena imputación dolosa y el recurso —cuando ello sea procedente y el legislador haya tipificado la modalidad comisiva imprudente— a las reglas del concurso de delitos.

Frente a ello, el artículo 2.2 CPM mantiene una regla de imputación en casos de cualificación por el resultado: «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa». Estos casos —como vimos— son bastante frecuentes en el tratamiento de las violencias físicas en el Código penal militar. Además, el artículo 38 CPM prevé, para el caso de muerte o lesiones graves producidas imprudentemente, la imposición de la pena inferior en grado a la que correspondería de haberse ocasionado el resultado dolosamente.

Pues bien, esta regulación de los delitos cualificados por el resultado supone —como ha señalado SILVA SÁNCHEZ— que no se dé en el Código penal militar plena asunción del principio de culpabilidad¹⁰⁶, pues las penas en caso de causación culposa del resultado cualificante de lesiones o muerte son sustancialmente más elevadas que las que corresponderían en virtud de la aplicación de las reglas generales del concurso ideal de delitos: absorción con agravación. Como ha señalado este autor en otras palabras, «el resultado culposamente producido (¡incluso el producido por imprudencia leve!) se sigue imputando como un resultado dolosamente producido, si bien se impone la apreciación de una atenuación excepcional». Frente a la imposibilidad de resolver este conflicto por vía interpretativa¹⁰⁷, la solución más adecuada sería la no inclusión de artículos del tenor del 2.2 y 38 del vigente CPM en un futuro Código penal militar. Hasta ese momento urge la derogación inmediata de estos preceptos vigentes.

¹⁰⁶ J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 239.

¹⁰⁷ Ver ampliamente J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 240 y ss.

GRÁFICO I

VIOLENCIA DE SUPERIOR A INFERIOR JERÁRQUICO

	violencia física	violencia de obra	violencia verbal
Delitos militares	Art. 104 CPM "el superior que maltrata de obra a un inferior será castigado con la pena de 3 meses y un día a 5 años. Si causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de 5 a 15 años de prisión. Si le causare la muerte, se impondrá la pena de 15 a 25 años".	Art. 106 CPM "el superior que tratare a un inferior de manera degradante o injuriosa será castigado con la pena de 3 meses y un día a 5 años de prisión"	
Faltas graves	Art. 103 CPM "el superior que abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de 3 meses y un día a 5 años de prisión".	Art. 8.22 R.D: "son faltas graves realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados (...)".	
Faltas leves	Art. 7.16 R.D: "son faltas leves conagir a un subordinado de forma desconsiderada".	Art. 7.17 R.D: "son faltas leves ofender a un subordinado con acciones o palabras indecorosas o indignas".	Art. 7.17 R.D: "son faltas leves ofender a un subordinado con acciones o palabras indecorosas o indignas".

Nota: Las líneas discontinuas señalan la ambigüedad en la delimitación entre delitos y faltas disciplinarias.

VIOLENCIAS ENTRE SOLDADOS DE IGUAL RANGO JERÁRQUICO

	violencia física	violencia de obra	violencia verbal
Delitos militares			
Faltas graves		Art. 8.22 R.D: "son faltas graves realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a (...) compañeros".	
Faltas leves			Art. 7.17 R.D: "son faltas leves ofender a (...) un compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas".

VIOLENCIAS DE UN INFERIOR A UN SUPERIOR JERÁRQUICO

	violencia física	violencia de obra	violencia verbal
Delitos militares	Art. 98 CPM el militar que en tiempo de guerra, maltrata de obra a un superior causando la muerte o lesiones muy graves será castigado con la pena de 15 a 25 años, si el hecho se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de éste. Art. 99 CPM fuera de los casos previstos en el artículo anterior, el militar que maltrata de obra a un superior será castigado: 1. Con la pena de 15 a 25 años de prisión, si resultare la muerte del superior. 2. Con la pena de 5 a 15 años de prisión, si le causare lesiones graves. 3. Con la de 3 meses y un día a 5 años de prisión en los demás casos. Estas penas se impondrán en su mitad superior cuando el hecho se ejecutare en acto de servicio o con ocasión del mismo.		Art. 101 CPM "el militar que (...) conculcare, amenazare o injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad a un superior será castigado con la pena de 3 meses y un día a 2 años"
Faltas graves			
Faltas leves			

GRÁFICO 2

DELITO	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Atentado contra los medios y recursos de la defensa nacional			25	20	20	28	56	13	20	19
Contra centinela, Fuerza Armada o Policía Militar			29	29	25	10	22	30	14	12
Atentados y desacatos a Autoridades Militares y ultrajes a la Nación e injurias a los ejércitos			16	10	7	1	3	3	2	1
Sedición militar	1		5	5	4	1	1			
Insulto a superior	190	206	188	186	136	129	118	100	119	141
Desobediencia	50		64	77	86	49	33	32	37	48
Desobediencia reiterada							3	2	0	0
Abuso de autoridad	83		53	69	88	74	61	66	37	47
Deslealtad			12	17	11	3	8	12	7	10
Abandono de destino	478		23	12	550	454	441	440	467	529
Deserción	625	757	1077	835	37	6	4	5	11	14
Quebrantamientos especiales del deber de presencia	82				0	1	6	4	5	4
Extralimitación en el ejercicio del mando			3	15	8	5	4	1	5	3
Abandono de Servicio			60	43	65	47	27	24	28	25
Contra los deberes del centinela			65	72	78	46	38	37	43	26
Embraguez en acto de servicio			9	11	15	20	8	10	9	8
Contra la eficacia en el servicio	71		38	33	34	22	32	16	30	26
Imprudencia art. 159.2º							10	5	16	7
Contra los deberes del servicio de navegación					0	2	5	6	9	9
Contra la Administración de Justicia Militar			2	3	6	3	17	8	4	6
Contra la Hacienda Militar	87	178	128	166	152	131	132	112	112	81